

NUEVAS TENDENCIAS EN DERECHO PROBATORIO

Dirección

**Cristina Alonso Salgado
Ana Rodríguez Álvarez
Almudena Valiño Ces**

Coordinación

**Lucía Fernández Ramírez
Mario Neupavert Alzola
Ignacio M. Soba Bracesco**

DYKINSON EBOOK

NUEVAS TENDENCIAS EN DERECHO PROBATORIO

DIRECCIÓN

CRISTINA ALONSO SALGADO

ANA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ

ALMUDENA VALIÑO CES

COORDINACIÓN

LUCÍA FERNÁNDEZ RAMÍREZ

MARIO NEUPAVERT ALZOLA

IGNACIO M. SOBA BRACESCO

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial.
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

Esta obra colectiva se inscribe en el marco de la
Ayuda de consolidación de la Xunta de Galicia
para grupos de investigación con potencial crecimiento
con referencia ED431B 2022/18.



XUNTA
DE GALICIA

CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN,
CIENCIA, UNIVERSIDADES E
FORMACIÓN PROFESIONAL

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2024

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1170-671-1
DOI: <https://doi.org/10.14679/3757>

Preimpresión por:
Realizada por los autores

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
Santiago Pereira Campos	
PARTICIPACIÓN DEL JUEZ EN LA PRUEBA, NEUTRALIDAD E IMPARCIALIDAD	9
Mercedes Fernández López	
¿QUÉ PROBAR? CRITERIOS PARA LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL.....	25
Artur Carpes	
LA INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA Y SUS CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD, TEORÍA Y PRÁCTICA DEL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA.....	37
Fabian Andrés Durán Rivero	
A VUELTAS CON LA OBTENCIÓN Y LA EXHIBICIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL	43
Sílvia Pereira Puigvert	
¿QUÉ SON LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN? APROXIMACIÓN A SU CARÁCTER PROBATORIO DESDE UNA CONCEPCIÓN RACIONAL	56
Gerson W. Camarena Aliaga	
RAZONAMIENTO PROBATORIO: UNA CUESTIÓN DE MÉTODO.....	64
Ronald Jesús Sanabria Villamizar	
PRUEBA EN NORMATIVA SUSTANTIVA: EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA Y SU REPERCUSIÓN PROCESAL	79
Federico D. Sedlacek	
VEINTE AÑOS DESPUÉS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN MATERIA CIVIL: ¿Predicción o realidad en la administración de justicia?.....	90
Cindy Charlotte Reyes Sinisterra	
BIZANTINISMOS DE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y EL TRÁNSITO HACIA SU VALORACIÓN RACIONAL EN EL PROCESO PENAL.....	99
Jeffry J. Mora Sánchez	
EL INTERROGATORIO DE PERITOS	119
Ignacio M. Soba Bracesco	

PRUEBA PERICIAL: UNA PROPUESTA DE METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE LA PERICIA.....	130
César Higa Silva - Renzo Cavani	
EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA ACTUACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL	141
Raquel Limay Chavez	
PSEUDOMUTAÇÃO EPISTÊMICA: A ESTRANHA (E INJUSTIFICÁVEL) VARIAÇÃO DAS FORÇAS E FUNÇÕES LÓGICAS DOS TESTEMUNHOS DEPENDENTES DA MEMÓRIA EM UM PROCESSO.....	155
Gabriel Rigueti	
ANÁLISIS EPISTÉMICO DEL TESTIMONIO. APROXIMACIÓN MEXICANA DESDE LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA	168
Alfredo René Uribe Manríquez	
DIFICULTADES DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL ÁMBITO LABORAL	188
María de los Ángeles González Coulon	
LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DECOMISO AMPLIADO	200
Tamara Funes Beltrán	
MEDIOS Y ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO HÍDRICO CHILENO: PREMISAS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN.....	209
Sophía Romero Rodríguez	
LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN ARGENTINA.....	222
Lara Morquecho	
PRUEBA Y PERSPECTIVA DE CLASE: ALGUNOS APUNTES PRELIMINARES.....	233
Ana Rodríguez Álvarez - Cristina Alonso Salgado	
LA OLVIDADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDIVIDUAL. SU CONTENIDO, IDENTIDAD Y FIABILIDAD.....	245
Jhony Batalla Mena Herrera	
APUNTES PARA PENSAR LA PRUEBA DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN CENTROS PENITENCIARIOS. UNA MIRADA MULTIDISCIPLINARIA PARA EL CASO URUGUAYO.....	249
Lucía Fernández Ramírez	

PRÓLOGO

Me han conferido la alegría de prologar esta obra colectiva. Recibo este gesto con la gratitud que se reciben los abrazos de amigas y amigos y se comparten las largas charlas de café con quienes investigan sobre los sistemas de Justicia a lo largo y ancho de nuestra Iberoamérica, tan creativa y tan diversa.

Mi alegría se ve además amplificada por apreciar el trabajo serio de tantas personas jóvenes (y algunas ya no tan jóvenes) preocupadas por los desafíos del Derecho probatorio y su incidencia en la efectividad de los sistemas de Justicia. Conozco el trabajo y la calidad académica de la mayor parte de las profesoras y profesores que escriben en esta obra, de quienes hoy se nutre el desarrollo del Derecho Procesal en Iberoamérica.

El esfuerzo de este grupo está consolidando un movimiento cada vez más interesante de intercambio de conocimientos y prácticas profesionales y académicas que resulta imprescindible para trabajar mancomunadamente en la reconstrucción de los sistemas de Justicia iberoamericanos, cada vez más afectados por la pérdida de eficiencia, las barreras de acceso, el ataque a la independencia judicial y el crecimiento de la corrupción.

Los trabajos que aquí se reúnen bajo la dirección de Ana Rodríguez, Cristina Alonso y Almudena Valiño resultan especialmente interesantes porque, sin desconsiderar los profundos debates doctrinarios, colocan como foco de sus preocupaciones mejorar la vida de las personas que tienen un conflicto y necesitan resolverlo.

La obra se hace cargo de temas de la teoría general de la prueba, tanto en los procesos civiles como penales, como son el rol del tribunal en la prueba, la obtención y acceso a fuentes de prueba en el proceso, los criterios para la admisibilidad de la prueba, la carga dinámica de la prueba con perspectiva de género, el razonamiento probatorio, la valoración de la prueba y los estándares de prueba.

Pero también se analizan temas específicos de particular actualidad, como la implementación de la prueba electrónica, el interrogatorio de peritos, el análisis de la pericia y el principio de contradicción en la prueba pericial, la problemática de la variación de fuerzas y funciones lógicas de los testimonios dependientes de la memoria, el análisis epistémico del testimonio, la prueba de la violencia sexual en centros penitenciarios, la valoración racional de la prueba documental, la prueba indiciaria, entre otros.

Este libro tiene un trascendente valor, no solo desde la perspectiva estricta del Derecho Procesal y del razonamiento probatorio, sino porque además pone foco en temas esenciales de las políticas públicas de Justicia. Ello constituye un gran acierto en un

momento tan fermental de los procesos de cambio de la Justicia en la región, que requiere de debates serios sobre los temas relevantes de este pilar esencial de la democracia.

Obtener información de calidad para la resolución de los conflictos por medio del proceso judicial constituye un inmenso desafío. Una de las causas de la baja percepción de las personas respecto de la confiabilidad de los sistemas de Justicia finca en la visión –fundada o no– de que los conflictos se resuelven por los tribunales, no atendiendo a la verdad de lo que sucedió, sino a información altamente contaminada, cuando no manipulada.

En el área no penal, necesitamos dotar al proceso judicial, a juezas y jueces, a abogadas y abogados y a las propias partes, de herramientas eficientes y de incentivos adecuados para propiciar un debate serio, contradictorio y colaborativo que permita, en la medida de lo posible, obtener decisiones que se acerquen a la realidad de lo acaecido y a la justicia de la solución. En el área penal, es necesario que las garantías esenciales para el imputado –con todo el estatuto de sus derechos esenciales– puedan compatibilizarse con los derechos de las víctimas a obtener una solución justa que, de algún modo, repare el daño sufrido.

En cualquier caso, una de las llaves fundamentales para avanzar en el sentido correcto y necesario está en la adecuada regulación y práctica de la prueba y en las herramientas del razonamiento probatorio.

Por ello, estamos ante un libro cuya lectura recomiendo fervientemente, tanto por los temas que se tratan –todos ellos de innegable actualidad– como por la profundidad y calidad de muchos de los aportes.

La academia necesita, cada día, de más y mejor investigación aplicada a los sistemas de justicia. Esto implica poner en el centro de los diagnósticos, las propuestas de cambio y sus implementaciones, a las personas que buscan resolver sus conflictos (sus dramas personales) de modo pacífico. No les podemos negar o retacear tan elemental derecho. Para ello se necesita ampliar la mira y comprender que la academia, la abogacía y la judicatura deben estar al servicio de esas personas y sus derechos y dejar de ser el ombligo del sistema de Justicia. Este libro hace camino en esa dirección y por ello contribuye al cambio de paradigma.

Por otro lado, las políticas públicas de justicia deben estar basadas en evidencia –y no en prejuicios–, para que la información adecuadamente relevada permita el correcto diagnóstico sobre el cual diseñar e implementar las eficaces propuestas de cambio.

Para navegar en estas aguas turbulentas, necesitamos valentía, más y mejor ciencia, y una academia de calidad y colaborativa en red que logre combatir sus egos en pos del bien común.

Para no naufragar en ese mar embravecido, este libro constituye una buena brújula en el área de la prueba y el razonamiento probatorio.

Santiago Pereira Campos
Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal
Profesor Titular y Director de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación
Universidad de Montevideo

PARTICIPACIÓN DEL JUEZ EN LA PRUEBA, NEUTRALIDAD E IMPARCIALIDAD¹

Mercedes Fernández López
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

“El poder judicial es por su propia naturaleza, pasivo; quien sostiene la balanza no puede moverse de su lugar sin hacerla caer; el que actúa, cualquiera que sea el motivo o el pretexto de su acción, no puede permanecer imparcial; y, sobre todo, no puede examinar sin prevención un caso en el que él mismo ha investigado o aportado los elementos de convicción”.

Jonas Daniel MEYER, *Spirito, origine e progressi delle istituzioni giudiziarie del primari stati d’Europa*, tomo quinto, Tipografia Aldina, Prato, 1839, p. 156.

1. PLANTEAMIENTO

Si existe un aspecto de la actividad jurisdiccional que despierta interés y preocupación a partes iguales entre teóricos y prácticos del proceso es, sin duda, el de las facultades probatorias del órgano judicial. A los trabajos clásicos relativos a esta materia –cuya cita debo omitir para sortear el grave riesgo de incurrir en olvidos imperdonables–, se suman continuamente nuevos estudios que toman partido en el siempre acalorado debate sobre los límites de la intervención judicial en la conformación del conjunto probatorio que va a fundamentar la decisión sobre los hechos, especialmente en los últimos tiempos, en los que se ha producido un importante giro en la manera de enfocar el estudio del proceso.

¹ Trabajo realizado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: “Los errores en la producción y en la aplicación del derecho” (PID2020-114765GB-I00, Ministerio de Ciencia e Innovación de España), “Empresa y proceso. Cooperación e investigación” (PID2020-119878GB-I00, Ministerio de Ciencia e Innovación de España) y “Crisis y retos de la justicia: El necesario equilibrio entre eficiencia e inclusión de grupos vulnerables” (SBPLY/21/180501/000178, Consejería de Educación, Cultura y Deportes de Castilla-La Mancha, España). Forma parte, además, de la investigación desarrollada en la Universidad de Brescia (Italia) entre los meses de febrero y junio de 2023 gracias a la financiación de la Fundación Manuel Serra Domínguez. Agradezco a Josep AGUILÓ REGLA sus atinados comentarios a la primera versión del trabajo, muchos de los cuales he tratado de trasladar al texto definitivo.

En efecto, mientras hace unos años se abanderaba la defensa de los derechos y de las garantías procesales como clave de bóveda de la función jurisdiccional, actualmente han cobrado mucha fuerza los trabajos orientados a destacar la búsqueda de la verdad como fuente de legitimación de la decisión judicial, evidenciando la tensión permanente e inevitable que preside las relaciones entre la epistemología y el garantismo procesal y la fuerte deriva hacia la primera en claro detrimento, en muchas ocasiones, del segundo. Y, en el epicentro de esas tensiones, sometida a los vaivenes de las discusiones sobre verdad y garantías, se encuentra la actividad probatoria y, en particular, el rol que deben desempeñar los jueces en relación con la prueba.

Partiendo de este contexto, me referiré a los parámetros que, en mi opinión, deben tomarse en cuenta para evaluar el impacto sobre la imparcialidad de la intervención del órgano jurisdiccional en la actividad probatoria. Para ello, tomaré como eje vertebrador el concepto de imparcialidad en el contexto de un modelo de proceso orientado, tanto a ofrecer resoluciones judiciales acertadas (modelo de “justicia de la decisión”) como a salvaguardar las garantías del procedimiento en orden a proporcionar una adecuada tutela judicial (modelo de “justicia del proceso”)². Un modelo de proceso, por tanto, a caballo entre el modelo de justicia de la decisión y el modelo de justicia del proceso. Aunque ambos enfoques se presentan habitualmente como formas contradictorias de analizar un mismo fenómeno, creo que deben operar como coordinadas complementarias que enmarcan la actividad jurisdiccional y, en consecuencia, pueden encontrar reflejo en los sistemas procesales en grado tal que permitan dar cumplimiento de forma proporcionada a los fines que persiguen³. En definitiva, trataré de aportar

² Tomo la nomenclatura de ARMENTA DEU, Teresa, *Jueces, fiscales y víctimas en un proceso en transformación*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, Sao Paulo, 2023, p. 36.

³ Se trata de dos modelos que tienden a presentarse como contrapuestos pero que no dejan de representar dos fines a los que –en mayor o menor grado– debe tender cualquier sistema procesal. De ahí que MONTERO AROCA califique esa contraposición como *maniquea*. MONTERO AROCA, Juan, “Prueba y verdad en el proceso civil: un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 49, enero-junio de 2019, p. 121. El propio autor se adhiere manifiestamente a uno de ellos: “la búsqueda de la verdad no puede ser la función última de la prueba civil, entre otras cosas porque realmente lo que persigue la jurisdicción en este proceso no es meramente declarar y además de modo absoluto la verdad de los hechos. La jurisdicción persigue la tutela de los derechos de las partes; la función de la jurisdicción por medio del proceso no consiste en declarar ciertos determinados hechos, sino la de tutelar derechos subjetivos, y ello debe hacerse conforme a una regulación del proceso en cuyo respeto está la propia esencia de la tutela” (p. 125). Es sumamente importante, sin embargo, no restar importancia a la necesidad de que exista, en la medida de lo posible, correspondencia entre los hechos declarados probados y la verdad histórica, en tanto es un presupuesto del contenido y calidad de la tutela de los derechos subjetivos que el sistema procesal está en disposición de ofrecer (“una jurisdicción carente de la brújula de la verdad, la aniquila por completo”, nos recuerda IPPOLITO, Dario, *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, Trotta, Madrid, 2018, p. 96). La justicia de la decisión se asienta sobre tres pilares: el Derecho sustantivo, el Derecho procesal y la epistemología. La convivencia de los dos últimos no es pacífica, pero sí necesaria, por cuanto a las razones jurídicas deben sumarse las que sustentan la corrección racional del razonamiento probatorio. Resulta, además, cuestionable que detrás de cada uno de los modelos que esboza MONTERO AROCA traten de situarse opciones políticas extremas; se trata de una perspectiva muy reduccionista que pone el foco exclusivamente en el hecho de que tales modelos se han adoptado, a lo largo de la historia, en países con regímenes que responden a tales sistemas políticos. El argumento es falaz, tal y como ha mostrado TARUFFO al destacar que todos los sistemas jurídicos prevén, en mayor o menor grado, mecanismos de averiguación de la verdad que involucran al órgano jurisdiccional. Las diferencias entre sistemas han sido en ocasiones meramente azarosas o fruto de evoluciones normativas ajenas a razones

algunas ideas sobre la participación del juez en la práctica de la prueba en el juicio oral, tomando como perspectiva de análisis para ello la necesidad de asegurar el compromiso del sistema con la justicia de la decisión, pero también el respeto a la imparcialidad como compromiso con la justicia del proceso. Con ello pretendo presentar algunos de los límites que el deber constitucional de imparcialidad impone a la actividad probatoria del juez para salvaguardar su condición de tercero. Espero que estas ideas puedan contribuir de algún modo a la clásica y siempre viva discusión sobre las fronteras de la intervención judicial en la prueba.

Partiré, como he anunciado, del análisis del concepto de imparcialidad, por cuanto ésta se encuentra conectada con la distribución de roles entre los sujetos procesales y con las relaciones que se establecen entre ellos y de ellos (en particular, del juez) con el objeto en torno al que gira el proceso⁴. Como dimensión diferenciada dentro del deber judicial de independencia, la imparcialidad desempeña, entre otras, la función de limitar la actividad judicial en atención a los intereses precedentes del juez (de ahí la existencia de causas que permiten apartarle del conocimiento de un asunto) y en atención a las consecuencias que se derivan de la propia actividad que desarrolla en el proceso, alcanzando también a las motivaciones que subyacen a su actuación. Mientras en el primer caso, el órgano judicial carece *ab initio* de las condiciones que permiten eliminar toda sospecha de parcialidad (y ello se traduce generalmente en la aplicación de la correspondiente causa de abstención o recusación), en el segundo caso (actuación procesal del juez que permite cuestionar su imparcialidad), se presume su equidistancia inicial al no incurrir en causa alguna de abstención o recusación, pero ésta puede quedar debilitada o ser cuestionada *a posteriori*. Y, en relación con este segundo tipo de supuestos, me parece útil distinguir dos manifestaciones de la imparcialidad que pueden resultar afectadas por las distintas facultades probatorias que, en mayor o menor medida, todos los sistemas procesales atribuyen a los jueces: la neutralidad, relativa a la actitud del juez en el transcurso del proceso, y la imparcialidad propiamente dicha,

políticas concretas e inmutables. TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006, especialmente en pp. 254 y ss. Al margen de la conveniencia de esta posibilidad, se muestra con ello que no necesariamente –o no directamente– hay una opción política detrás de cada sistema probatorio. Hoy en día no son las opciones políticas las que determinan el modo de ser del proceso, sino el mayor o menor compromiso con las garantías constitucionales y, en particular, con la calidad y la efectividad de la tutela judicial que el Estado está en disposición de ofrecer a la ciudadanía. TARUFFO lo formula en términos de compromiso ideológico con las funciones del proceso y con el contenido de la decisión judicial. Negar el interés estatal en la satisfacción de este fin bajo el argumento de que se trata de una concesión al socialismo autoritario supone incurrir en el maniqueísmo que supuestamente se trata de eludir. Ni países autoritarios ni socialistas han sido los únicos en reconocer poderes probatorios a los jueces (el mejor ejemplo de ello son los que le reconoce nuestra propia LEC en el marco de los procesos no dispositivos y también los que se articulan, aunque en menor medida, en los procesos dispositivos); tampoco lo han hecho todos ellos. No está ahí el aspecto nuclear de la discusión, sino en determinar de qué manera afectan tales poderes a la imparcialidad y qué tipo de actuaciones puede desarrollar el juez para satisfacer tales fines sin ponerla en riesgo.

⁴ Que puedan individualizarse independencia e imparcialidad no implica que se trate de garantías plenamente distintas. Como destaca ANDRÉS IBÁÑEZ, se encuentran, por el contrario, íntimamente relacionadas a nivel político, jurídico, epistemológico y ético. Sobre ello, ampliamente, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 216 y ss. Existe entre ambas garantías una relación de género a especie, relación que se presenta también, a su vez, entre imparcialidad y neutralidad, como luego veremos.

relativa a la toma de decisiones. Como luego veremos, la neutralidad impone al juez un deber de pasividad, limitando extraordinariamente la posibilidad de acordar la incorporación de pruebas de oficio (así como la participación activa en la práctica de las pruebas personales propuestas a instancia de parte), mientras que el concepto estricto de imparcialidad –entendido como deber de decidir movido exclusivamente por razones proporcionadas por el Derecho– alcanza a la posición metodológica del juez en la toma de decisiones sobre la prueba (admisión de pruebas, declaración de ilicitud o irregularidad probatoria y valoración de la prueba)⁵.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD JUDICIAL

Al margen de las variadas razones por las que la imparcialidad ocupa una posición central en el sistema de garantías procesales, es preciso destacar ahora que la naturaleza eminentemente cognoscitiva de la función jurisdiccional la sitúa también en el centro de los presupuestos que legitiman la sentencia, por cuanto la objetividad de juicio en la que se traduce contribuye a asegurar la calidad del conocimiento judicial de los hechos⁶.

No es tarea fácil asumir un único concepto de imparcialidad, por cuanto existen muchos enfoques posibles desde los que aproximarse a ella, si bien todos presentan ciertos elementos comunes. Por ejemplo, para el Tribunal Constitucional español, cuya perspectiva es muy cercana a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷, la imparcialidad, implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías, puede resumirse en dos ideas. La primera de ellas es que la función jurisdiccional no puede confundirse con las funciones de las partes, lo que sucedería si el juez realizara actuaciones que procesalmente corresponden a éstas⁸. La segunda idea es que la imparcialidad veta al juez la realización de actuaciones de las que pueda desprenderse o exteriorizarse una toma de posición a favor de una de las partes⁹ (se entiende, lógicamente, que ha de tratarse de una toma de posición previa a la decisión sobre el fondo del asunto y ajena a las razones jurídicas que la legitiman). Ambas ideas, íntimamente relacionadas, encuentran respaldo en la neutralidad como posición metodológica del juez a lo largo del procedimiento y respecto del conocimiento de los hechos, por cuanto debe evitar influir en el resultado del proceso. Desde esa perspectiva,

⁵ Es necesario tener en cuenta que lo que genéricamente se entiende por “facultades probatorias del juez” encierra actuaciones de muy diversa índole y con un impacto también muy diverso en la *tercietà*. De ello alerta FERRER BELTRÁN, Jordi, “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2017, p. 97.

⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 214-2015.

⁷ Especialmente relevante en materia de imparcialidad es la STEDH de 6 de noviembre de 2018, asunto Otegui Mondragón *vs.* España.

⁸ La imparcialidad, por tanto, remite a la idea de tercero ajeno a los intereses contrapuestos en el proceso. OTEIZA, Eduardo, “El deber de respetar la independencia judicial. Esfuerzos y ambigüedades de los Estados en el plano internacional”, en NIEVA FENOLL, Jordi y OTEIZA, Eduardo (Dir.), *La independencia judicial: un constante asedio*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2019, p. 187. También destaca esta idea de ajenidad a las partes y al objeto procesal PRIORI POSADA, Giovanni, *El proceso y la tutela de los derechos*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019, p. 92.

⁹ STC (Pleno) 45/2022, de 23 de marzo.

la imparcialidad exige *tercietà* y, en consecuencia, al juez “le está vedado constitucionalmente asumir en el proceso funciones de parte [...], o realizar actos en relación con el proceso y sus partes que puedan poner de manifiesto que ha adoptado una previa posición a favor o en contra de una de ellas [...]”. El juez puede traspasar el límite que le impone el principio acusatorio cuando, perdiendo su apariencia de juez objetivamente imparcial, ha llevado a cabo una actividad inquisitiva encubierta al desequilibrar la inicial igualdad procesal de las partes en litigio”¹⁰. Con más detalle, el Tribunal Supremo concreta que “la adopción por el Tribunal en el seno del propio juicio oral de iniciativas del tipo de interrogatorios con sesgos inquisitivos; búsqueda de pruebas inculpativas suplantando a la acusación; o en el reverso, complacencia indisimulada con el acusado, rechazo infundado e irreflexivo de todas las cuestiones suscitadas por la acusación, apariencia de «complicidad» o sintonía preexistente con las posturas defensivas, pueden suponer una quiebra de la imparcialidad objetiva del Tribunal”¹¹. De ahí que apele, gráficamente, a la idea de “autorrestricción fuerte”¹², aunque al descender a cada caso acabe por avalar la legitimidad de intervenciones probatorias poco “autorre restrictivas”.

En términos muy similares se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que enfatiza igualmente la perspectiva subjetiva y objetiva de la imparcialidad judicial. Desde la perspectiva subjetiva, la Corte exige que el juez se acerque a los hechos del caso libre de prejuicio y, desde un punto de vista objetivo, considera esencial que no ofrezca dudas en el justiciable o en la sociedad de la ausencia de imparcialidad, de un criterio ya formado o de la preferencia por la posición de una de las partes, esto es, que sea un verdadero tercero en el proceso¹³. La confianza social en la imparcialidad es una idea también muy presente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, junto a la imparcialidad objetiva y subjetiva, ha puesto también especial énfasis en la llamada “apariencia de imparcialidad” como medio para mitigar o eliminar cualquier sospecha sobre la falta de objetividad del tribunal gracias a la posibilidad de modificar su composición si aparecen fundados motivos en la sociedad o en las partes para dudar de su imparcialidad¹⁴.

Para salvaguardar la *tercietà*, se articulan completos sistemas que permiten apartar a un juez del conocimiento del asunto con base en causas objetivas (relativas a la relación del juez con el objeto procesal) y subjetivas (basadas en las relaciones del juez con las partes o con los profesionales que les asisten)¹⁵. Se respalda así la objetividad de juicio y la

¹⁰ STC (Pleno) 59/2023, de 23 de mayo.

¹¹ STS 865/2014, de 18 de diciembre.

¹² STS 79/2014, de 18 de febrero, citada por la más reciente STS 246/2021, de 17 de marzo.

¹³ Entre otras, así se expresa en la Sentencia de 20 de noviembre de 2009 (asunto Usón Ramírez vs. Venezuela). En el mismo sentido, sentencia de 5 de agosto de 2008 (asunto Apitz Barbera y otros [“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”] vs. Venezuela), sentencia de 22 de noviembre de 2005 (asunto Palamara Iribarne vs. Chile), sentencia de 24 de febrero de 2012 (asunto Atala Riffo y niñas vs. Chile).

¹⁴ STEDH de 26 de octubre de 1984 (De Cubber vs. Bélgica). En similares términos se pronuncia la Corte Interamericana, por ejemplo, en la sentencia de 2 de julio de 2004 (asunto Herrera Ulloa vs. Costa Rica).

¹⁵ STC 45/2022, de 23 de marzo. Si bien las causas por las que puede sustituirse a un juez tienden a ser sumamente amplias y comprensivas de todas las circunstancias que pudieran cuestionar su imparcialidad, la interpretación de tales causas es restrictiva, de modo que no basta la mera sospecha de pérdida de imparcialidad, sino que, en la medida en que la imparcialidad se presume, es preciso un principio de prueba que sustente el carácter objetivo y fundado de la tal sospecha (STC 66/2001, de 17 de marzo y, más recientemente, STC 12/2023, de 6 de marzo; también la STS 845/2022, de 26 de octubre). No cabe, además, hacer un uso interesado de tales instrumentos, de modo que la exigencia de un trámite y un momento

credibilidad de las decisiones judiciales al blindar la transparencia de los motivos explicativos (no solo de las razones justificativas) de la decisión judicial¹⁶. Tales motivos son tan importantes como las razones justificativas. Tanto que, de no ser los correctos, conducen a deslegitimar la decisión judicial al resultar deslegitimado y carente de autoridad quien la toma¹⁷, aun cuando ésta resulte jurídica y epistémicamente correcta, puesto que, en términos generales, la imparcialidad requiere, en cualquiera de sus manifestaciones, que el juez actúe movido exclusivamente por razones amparadas por el Derecho, lo que hace poner el foco, no sólo en la corrección del contenido de la decisión judicial conforme a las razones jurídicas que la sustentan, sino también, necesariamente, en la credibilidad de tales razones¹⁸. La imparcialidad se proyecta no sólo sobre el contexto de justificación de las decisiones judiciales (lo que resulta controlable a través de su motivación jurídica y fáctica), sino que también lo hace respecto del contexto de descubrimiento (los motivos que llevan al juez a actuar), siendo exigible, idealmente, que ambos coincidan¹⁹.

En el ámbito de la actividad probatoria esta idea se traduce en que el juez debe decidir sobre los hechos con objetividad, movido exclusivamente por su compromiso con la verdad. No obstante, por razones obvias, no podemos llegar a conocer los motivos que le llevan a actuar y, en particular, a acordar la práctica de medios de prueba o a interrogar por sí mismo a un testigo más allá de la invocación de las normas que amparan su actuación al facultarle a ordenar pruebas o a participar en el interrogatorio (como es el caso, en España, de los arts. 729.2º o 708 LECrim), lo que afecta a la legitimidad de la sentencia, que puede verse mermada por la imposibilidad de conocer la corrección de tales motivos. En buena medida, esto sólo puede conducir a la necesidad de imponer

procesal para hacerlos valer no es una mera formalidad, sino la manera de garantizar que el examen de una posible causa de pérdida de imparcialidad se realiza con independencia de que la resolución sea o no favorable a los intereses de la parte que la invoca. Gráficamente, la STS 724/2020, de 2 de febrero de 2021, reprocha ocultar esa “carta” o “baza” a la espera del resultado del proceso, de modo que, en el caso de no satisfacer las expectativas de la parte, se haga valer tardíamente la falta de imparcialidad del tribunal juzgador.

¹⁶ AGUILÓ REGLA, Josep, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Jueces para la democracia*, núm. 46, 2003, p. 54. El autor distingue claramente entre “los motivos para decidir” (lo que he llamado “motivos explicativos”) y “el contenido de la decisión” (aquí aludido como “razones justificativas”). Lo aborda con detalle en “Los deberes inherentes a la práctica de la jurisdicción: aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 10, 2012, pp. 16 y ss.

¹⁷ AGUILÓ REGLA, Josep, “Lo deberes inherentes...”, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸ AGUILÓ REGLA, Josep, “De nuevo sobre independencia...”, *op. cit.*, pp. 52 y 54. También en “Los deberes inherentes...”, *op. cit.*, p. 10. Asume esta misma concepción la Corte Interamericana, entre otras, en la sentencia de 5 de agosto de 2008 (asunto Apitz Barbera y otros [“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”] *vs.* Venezuela): “el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho”. En el mismo sentido, más recientemente, en las sentencias de 25 de abril de 2018 (asunto Amrhein y otros *vs.* Costa Rica), de 29 de mayo de 2014 (asunto Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) *vs.* Chile) y de 5 de octubre de 2015 (asunto López Lone y otros *vs.* Honduras). En este contexto, la Corte considera, por ejemplo, que debe entenderse contraria a la debida imparcialidad la realización de manifestaciones que encierren o propicien una creencia o prejuicio sobre la culpabilidad (sentencia de 25 de marzo de 2017, asunto Acosta y otros *vs.* Nicaragua).

¹⁹ Tomo la idea de AGUILÓ REGLA, Josep, “De nuevo sobre independencia...”, *op. cit.*, p. 54. El autor la toma, a su vez, de la exigencia moral kantiana.

límites a la actuación judicial para preservar la legitimidad de su decisión frente a cualquier sospecha de inadecuación de los motivos de su actuación a las razones justificativas²⁰. Es en este punto donde cobra sentido la distinción entre neutralidad e imparcialidad, especialmente en los términos en los que la formula Josep AGUILÓ REGLA²¹. Aunque el auto enfoca esta distinción a explicar la actitud y obligaciones del juez al aplicar el Derecho, su planteamiento puede extenderse sin dificultad a la relación del juez con la actividad probatoria y con la determinación de los hechos. AGUILÓ REGLA destaca que la neutralidad y la imparcialidad se han referido tradicionalmente, de modo genérico e intercambiable, a la actitud que un tercero debe asumir respecto del objeto y de las partes de un conflicto, pero entiende que puede distinguirse entre las implicaciones de la neutralidad y la imparcialidad si, dando un paso más, observamos los dos roles que el juez desempeña en sus relaciones con las partes y el objeto del proceso: el de dirigir el proceso y el de resolver el conflicto²².

2.1. Neutralidad y dirección del proceso

Para AGUILÓ REGLA, cuando el juez dirige el proceso, debe actuar con neutralidad, esto es, con equidistancia, manteniendo el equilibrio entre las partes y sin influir en el resultado final (haciendo abstracción de cuál pueda llegar a ser tal resultado). Desde este punto de vista, el juez tiene la obligación de velar por el equilibrio y la igualdad de derechos entre demandante y demandado y entre acusación y acusado. Deben excluirse, por tanto, actuaciones que supongan la asunción judicial del rol de parte en la medida en que lleven aparejado algún tipo de colaboración con cualquiera de ellas, lo que no es extraño en la práctica al existir cierta tendencia natural a compartir perspectiva institucional con la fiscalía o ministerio público o al tratar de solventar deficiencias en la labor defensiva de alguno de los letrados²³. Desde esta perspectiva, la imparcialidad, en forma de neutralidad, exige una actitud pasiva del juez durante el desarrollo del proceso, limitada a garantizar la igualdad de las partes y la debida contradicción²⁴. La actuación del juez debe limitarse a velar por el respeto a las garantías esenciales del enjuiciamiento, en tanto fuente legitimadora de su decisión junto con la verdad de los hechos y la

²⁰ Se traduce también en la necesidad de que los propios jueces eviten actuaciones que puedan desencadenar críticas deslegitimadoras. AGUILÓ REGLA, Josep, “Los deberes inherentes...”, *op. cit.*, pp. 21 y 22. También se refiere a ello como “credibilidad de la justicia”. ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia come professione. Un’indagine sulla natura, i simboli, i cliché di chi esercita le professioni del diritto*, Einaudi, Torni, 2021, pp. 144-146. La credibilidad de la justicia no puede quedar en la mera apariencia vacía de contenido, sino que trata de preservar la real imparcialidad de los jueces (p. 146).

²¹ AGUILÓ REGLA, Josep, “De nuevo sobre independencia...”, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

²² AGUILÓ REGLA, Josep, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad...”, *op. cit.*, p. 53.

²³ Tal es la finalidad que parece subyacer al art. 429.1.II LEC, del que me ocupé con detalle en FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, “Las facultades probatorias del juez civil previstas en el art. 429.1.II LEC”, *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 21, 2005, pp. 22 y ss. Las conclusiones allí expresadas distan mucho, sin embargo, de la tesis sostenida en estas páginas, puesto que han sido sometidas a una profunda reconsideración.

²⁴ La pasividad probatoria del juzgador es el respaldo necesario de su imparcialidad. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Tercero en discordia...*, *op. cit.*, pp. 221 y 222. En este contexto, algunas facultades probatorias mínimamente invasivas pueden ampararse en ese deber de garantizar la debida contradicción. Es el caso, por ejemplo, de la posibilidad de alterar –de oficio– el orden de la práctica de las pruebas cuando el tribunal considere que de ese modo resultará beneficiado el descubrimiento de la verdad (art. 701 LECrim *in fine*).

correcta aplicación del Derecho, y ello, como he señalado, porque no es posible conocer si actúa movido por razones que el propio Derecho le proporciona o, por el contrario, si su actuación se basa en prejuicios o sesgos, lo que, de mantener un rol activo, permitiría mantener viva la sospecha de falta de imparcialidad²⁵. Si trasladamos este planteamiento al ámbito probatorio, la neutralidad requiere que el juez se limite a garantizar la igualdad entre las partes y la práctica contradictoria de la prueba propuesta por las partes y, por tanto, se abstenga de ejercitar facultad alguna de iniciativa probatoria y de participar en la práctica de las pruebas más allá de la dirección de los debates y de los interrogatorios (a lo sumo, formulando preguntas aclaratorias respecto de respuestas que el declarante haya ofrecido a instancia de los letrados o del Ministerio Público). La pasividad del juzgador se corresponde, por tanto, con la exigencia de una mayor responsabilidad probatoria a las partes, dado que la excepcionalidad de su intervención no les permite confiar en que un posible vacío probatorio o la insuficiencia de prueba sea solventado por el tribunal.

La neutralidad así entendida coincide, pues, con la prohibición de que el juez asuma funciones de parte o actúe tomando posición a favor de una de las partes, en los términos en los que se expresaba el Tribunal Constitucional en la sentencia 45/2022, de 23 de marzo. Sin embargo, de forma un tanto incoherente con su propia doctrina sobre la neutralidad, considera que ésta no supone necesariamente pasividad judicial. Entiende admisible, por el contrario, un uso prudente de ciertas facultades de iniciativa probatoria siempre que, con ello, el juez no asuma una actividad inquisitiva encubierta, sino que se limite a comprobar los hechos objeto de los escritos de calificación de las partes o a verificar la fiabilidad de las pruebas propuestas por las partes para formar su criterio sobre los hechos²⁶. Y en el caso concreto de la intervención del tribunal en la práctica de la prueba mediante la formulación de preguntas a las partes, a testigos o peritos, el Tribunal Constitucional ha considerado que no se vulnera la debida imparcialidad cuando las preguntas que formula el tribunal se dirigen a formar su criterio, siempre que con ello no asuma funciones de la acusación, no tome partido a su favor o cause indefensión al acusado²⁷. En definitiva, el Tribunal Constitucional entiende que estas facultades se enmarcan en la más amplia facultad de dirección de los debates propios del juicio oral en los términos que establecen los artículos 683 y 708 LECrim, a través de la que el juez puede contribuir a mejorar la calidad de su decisión, que se encuentra en proceso de formación en el acto de juicio²⁸. Sin embargo, este criterio, poco preciso,

²⁵ “Una decisión judicial de contenido correcto (aplicación correcta del Derecho preexistente) pero tomada por motivos incorrectos resulta en términos jurídico-normativos totalmente inaceptable. El acierto en la aplicación del Derecho no convalida la incorrección de los motivos, no convierte en autoridad legítima a quien no reúne las condiciones necesarias para serlo”. AGUILÓ REGLA, Josep, “Los deberes inherentes...”, *op. cit.*, p. 16.

²⁶ STC (Pleno) 59/2023, de 23 de mayo.

²⁷ STC (Pleno) 59/2023, de 23 de mayo.

²⁸ Una perspectiva de tal facultad que comparte, e incluso podríamos decir que reproduce en idéntico sentido, el Tribunal Supremo. Ambos tribunales han construido una doctrina bastante permisiva con la iniciativa probatoria del tribunal, incluida la que le permite, en el caso del art. 729.2º LECrim, incorporar nuevos medios de prueba. Sobre ella –mantenida hoy en términos muy similares a los de entonces– me pronuncié en FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005. Incluso recientemente el Tribunal Supremo ha manifestado que la posible infracción del art. 729.2º LECrim carece hoy día del necesario interés casacional, toda vez que sobre tal precepto existe ya una sólida doctrina jurisprudencial. Es el caso, por ejemplo, de la STS 574/2020, de 4 de noviembre, con cita, en el mismo sentido,

resulta cuestionable. En la STC 59/2023, de 23 de mayo, el Tribunal aplicó su doctrina para evaluar si la magistrada del caso en cuestión, al interrogar a uno de los peritos de la defensa, sobrepasó los límites de la exigida imparcialidad. En particular, la concreta intervención de la magistrada que el recurrente sometía a la consideración del Tribunal Constitucional se produjo cuando el perito declarante mostró reticencias a contestar a una de las preguntas formuladas por el fiscal acerca de si valoraba como correcto que el acusado (finalmente condenado por homicidio por imprudencia profesional grave) hubiera sedado con carácter paliativo a un paciente y no decidiera evaluar la evolución de su enfermedad. Ante tales reticencias, la magistrada manifestó lo siguiente: *“yo veo una situación de gravedad al ingreso en urgencias que como usted nos ha dicho posteriormente, no se sabe cuál era la situación de gravedad porque no se confirmó y de hecho hay indicadores que hacen pensar que la situación de gravedad no era tal o no era tan grave, y aun así se decide sedar. A mí, mi criterio lógico, se lo anticipo aquí, sin más datos que este, sería que la sedación cuando menos sería precipitada. Pero yo no soy médico, ni tengo ningún conocimiento de medicina, ni puedo aventurar una respuesta conforme a la lógica, ¿usted no puede?”*. Al respecto, el Tribunal Constitucional afirmó que *“[t]ampoco es posible apreciar que la magistrada [...] traspasara la neutralidad constitucionalmente exigible a todo juzgador, por cuanto su insistencia en que el perito ofreciera unas respuestas más concluyentes lo único que evidenció fue que el criterio que hasta entonces tenía aquella en función del desarrollo del juicio oral era un criterio todavía en formación que, por ello mismo, requería de esas respuestas exigidas al perito para formar su convicción definitiva respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado. El hecho de que la convicción del juez se vaya conformando a lo largo del juicio oral, a la vista de las pruebas practicadas con plenas garantías de oralidad, inmediación y contradicción, en modo alguno puede conceptuarse como un prejuicio. Por tanto, esa intervención de la magistrada no supuso en ningún caso que emitiera un juicio anticipado respecto de la cuestión nuclear ventilada en el proceso”*. No comparto los argumentos con los que el Tribunal Constitucional sostiene la legitimidad de la iniciativa probatoria de la magistrada. Si bien es innegable que la decisión judicial²⁹ se encuentra en formación durante la práctica de la prueba y no se

de la STS 180/2020, de 19 de mayo. Sin embargo, no son aisladas las resoluciones en las que se pronuncia sobre la necesidad de comprobar que el tribunal enjuiciador, a través de un uso inadecuado de las facultades probatorias conferidas, no realice una actividad inquisitiva encubierta, aunque la tendencia general es la de legitimar el uso de tales facultades, incluso aunque, como sucede en la STS 471/2023, de 15 de junio, se califique de “excesivo”. En esta sentencia, se llega a hablar de *“catarata de preguntas formuladas por el presidente del tribunal”*, considerando que pudo poner en riesgo su imparcialidad, si bien se concluye que, dado que eran preguntas reiterativas y sin carácter incriminatorio, no procede declarar provocada indefensión alguna. En la STS 779/2023, de 18 de octubre, se hace referencia a la intervención “más o menos acertada” del tribunal en el interrogatorio, pero se da igual muestra de la permisiva doctrina hacia las preguntas formuladas de oficio.

²⁹ Evito deliberadamente el término “convicción” porque puede evocar una decisión amparada exclusivamente en la subjetividad del juzgador, pero sin desconocer que la convicción forma parte ineludible e inescindible de la decisión judicial sobre los hechos que, para ser legítima, deberá sustentarse en la valoración racional del cuadro probatorio. Recientemente, Jordi FERRER BELTRÁN ha avivado el debate sobre ello en su trabajo FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021. A diferencia del autor, considero la convicción judicial una condición *sine qua non* de la decisión, en el bien entendido que tal convicción será racional y estará justificada exclusivamente cuando se sostenga sobre un conjunto probatorio sólido que permita alcanzar el nivel de confirmación exigible en cada procedimiento. Aunque no es éste el lugar para profundizar en ello, me parece que la reconstrucción del proceso de valoración de la prueba no puede realizarse al margen de la convicción y las creencias (racionales) de quien lo realiza, que bien puede considerarse que ha quedado desplazada a

perfecciona hasta la redacción misma de la resolución (incluso puede variar sustancialmente de un momento a otro, fruto del examen sosegado de toda la prueba – incluida la documental– que generalmente se da por reproducida en el acto de juicio), también es cierto que son las partes proponentes de las pruebas quienes deben asegurar que éstas proporcionen en la mayor medida posible el resultado que esperan, de modo que no es tarea del juzgador completar su deficiente actuación. De hecho, una interpretación literal del artículo 708 LECrim únicamente permite los jueces realizar preguntas para “*depurar los hechos sobre los que declaren*” y, por tanto, parece excluir que puedan realizar una labor investigadora autónoma (la función “inquisitiva encubierta” antes aludida) interrogando al declarante sobre hechos o circunstancias respecto de los que no ha sido preguntado por las partes. La intervención del juez interrogando o pidiendo a testigos o peritos que maticen o concreten sus respuestas, ocupando la posición de la parte que debiera haberlo hecho, aboca el resultado del proceso a un terreno que generalmente acaba por perjudicar a quien debería resultar beneficiado por la falta de prueba (y que precisamente ha podido basar su estrategia de defensa en la insuficiencia de pruebas de la parte contraria), sin que –insisto– sean contrastables los motivos que subyacen a esa intervención judicial en la prueba. El Tribunal Constitucional ignora tales motivos, por cuanto pone el foco exclusivamente en el contexto de justificación de la sentencia al considerar que, si se mejora la calidad de la decisión del conflicto al aportar más información, se justifica la intervención del juez en la práctica de la prueba³⁰.

un segundo plano, pero de la que difícilmente puede prescindirse, aun cuando tratemos de poner la atención exclusivamente en el conjunto probatorio.

³⁰ La sentencia en cuestión (STC [Pleno] 59/2023, de 23 de mayo) cuenta con voto particular del ponente de la propia resolución que, si bien comparte la doctrina general enunciada por la mayoría en la sentencia, disiente en su aplicación al caso, pues considera que la magistrada se extralimitó al expresar un prejuicio relativo a la mala praxis médica del acusado que dejó entrever la decisión final: “*ante lo que esta consideró como una actitud renuente del perito a contestar a su pregunta, reaccionó exteriorizando una opinión, ya formada antes de que el juicio hubiese concluido (es decir, antes que hubiera tenido la ocasión de evaluar todas las pruebas practicadas y de que el acusado hubiera ejercido su derecho a la última palabra), acerca de si fue correcta la decisión del acusado de sedar a los pacientes, a la vista de la situación clínica de estos, al calificar por dos veces esa decisión de «precipitada», anticipando así su convicción sobre la prueba practicada y por ende sobre el carácter delictivo de la conducta del acusado. Que tales afirmaciones expresaban un prejuicio desfavorable para el acusado resulta corroborado por las manifestaciones posteriores de la magistrada, dirigiéndose al acusado y a su letrado defensor, cuando señaló que la valoración del perito «podría quedar viciada porque se está negando a contestar a una cuestión lógica», lo cual implica a su vez un anticipo de la decisión judicial de no tener en cuenta esa declaración pericial como susceptible de ser atendida como prueba de descargo. No se trata, por tanto, meramente de palabras inadecuadas o inapropiadas ni de simples excesos verbales, que no comprometen la debida imparcialidad del juez, sino que son expresiones que revelan su convicción anticipada sobre la culpabilidad del acusado antes de finalizar el juicio*”. Sin embargo, tampoco la motivación del voto particular me parece acertada, pues no sólo resulta problemático que el juez exteriorice prejuicios, sino también que efectivamente los tenga, aunque no los exprese, pues en estos casos radica el verdadero riesgo de extralimitarse en el uso de estas facultades. Por ello, aunque la magistrada no hubiera expresado la toma de posición que le llevó a interrogar al perito, los motivos de su actuación pueden ser igualmente incorrectos. En efecto, manifestó que, en ese momento procesal –durante el interrogatorio del perito de la defensa–, consideraba precipitada la decisión del acusado de sedar a los pacientes (manifestación que, por supuesto, deslegitima *per se* su actuación), pero podría igualmente haber interrogado al perito sin haber realizado tal manifestación, y no por ello su intervención habría de considerarse inocua o carente de toma de posición alguna. También el Tribunal Supremo entiende que el riesgo para la imparcialidad se ciñe exclusivamente a los casos en los que el presidente del tribunal exteriorice una idea preconcebida (por ejemplo, en la STS

La posición del Tribunal Constitucional se ampara únicamente en la facultad que atribuye a los jueces de buscar la verdad material, siempre que con ello no se desarrolle una actividad inquisitiva y produzca indefensión a las partes. La vaguedad de esta tesis resulta más que evidente. Saber si el juez persigue exclusivamente la verdad y los motivos por los que lo hace es complejo; mucho más que anticipar los supuestos en los que con su intervención abandona la debida equidistancia. Puede buscar la verdad (fin legítimo) pero por motivos incorrectos: podría hacerlo, por ejemplo, movido por la actuación ineficaz de la defensa, un interrogatorio de parte no suficientemente conducente o por unas respuestas demasiado imprecisas que los letrados no consiguen aclarar, pero también podría hacerlo movido por un prejuicio subyacente hacia una de las partes, buscando la confirmación de una tesis inicial sobre la culpabilidad del acusado o la razonabilidad de la pretensión formulada por el demandante. De ahí que no quepa argumentar, como tradicionalmente se ha hecho, que frente a la puntual pérdida de imparcialidad del tribunal ocasionada por su implicación en el descubrimiento de la verdad pueda articularse un recurso, ya que tales motivos, de no ser expresados, permanecen ajenos al control jurisdiccional y social.

Por tanto, dadas las dificultades que entraña valorar o conocer las motivaciones subyacentes a la actuación probatoria del juez, una adecuada comprensión de la imparcialidad judicial y del fin último que ésta protege, muy ligado a la legitimidad de la actividad jurisdiccional y, en definitiva, a la conocida como “apariencia de imparcialidad”³¹, requiere extremar la prudencia y evitar en la medida de lo posible que el juez o tribunal intervenga en la actividad probatoria. Tal intervención habría de quedar reducida en el acto de juicio –y en términos similares a los que se proponen respecto de su función en otras fases procesales– a la dirección de los interrogatorios. En efecto, el juez debería limitarse a inadmitir las preguntas capciosas, sugerentes, irrelevantes, impertinentes que los profesionales dirijan a las partes o a testigos o peritos (en los términos del art. 709 LECrim o 306.1 y 368 LEC), a permitir las repreguntas cuya relevancia se manifieste tras el interrogatorio de la contraparte o, a lo sumo, a formular a los declarantes peticiones genéricas de aclaración de las respuestas previamente ofrecidas a las partes³². En definitiva, debe ceñirse a obtener aclaraciones “sobre las informaciones probatorias obtenidas por las partes en el curso del debate contradictorio” (STS 246/2021, de 17 de marzo)³³.

845/2022, de 16 de octubre), pero mal se compadece esta posición con la imposibilidad de llegar a conocer los motivos que subyacen a la intervención judicial en la prueba.

³¹ Necesaria también, junto con la imparcialidad, para que la función jurisdiccional cumpla su papel como elemento de cohesión social. GIOSTRA, Glauco, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2020, p. 56.

³² Es el alcance estrictamente literal de esta facultad, tal y como se prevé en el art. 708 LECrim (extendida jurisprudencialmente al interrogatorio de las personas acusadas en la STS 780/2006, de 3 de julio). Más problemáticos que el art. 708 LECrim me parecen los arts. 306.1.II y 372.2 LEC, que establece la facultad del tribunal, sumamente genérica, de interrogar a la parte o al testigo “para obtener aclaraciones y adiciones”.

³³ En esta sentencia se mencionan algunos criterios a tener en cuenta para valorar las preguntas formuladas por el tribunal y su posible impacto sobre la imparcialidad: “Debe estarse, sobre todo, al contenido y alcance de las cuestiones formuladas, al tono en que se formulan, al momento en que se realiza la indagación, a las condiciones de contradicción en las que se han desenvuelto los interrogatorios previos realizados por las partes y, en su caso, a la vista de los resultados que arroje la intervención indagatoria del tribunal, de los instrumentos compensatorios de los que

2.2. Imparcialidad y decisión judicial

A diferencia de las suspicacias que despiertan las facultades judiciales de iniciativa probatoria desde la perspectiva de la neutralidad, la actuación del juez como decisor (ya sea respecto de las pruebas que van a practicarse, en fase de admisión probatoria, ya sea respecto de la admisión de ciertas preguntas en los interrogatorios o respecto de los hechos del caso), es absolutamente ajena a la idea de neutralidad, por cuanto decidir implica necesariamente perder la posición equidistante para ofrecer una respuesta jurídica que va a satisfacer (total o parcialmente) a una de las partes y perjudicar a la otra³⁴. Carece de sentido en este momento hablar de neutralidad o pasividad, pues el juez debe tomar una decisión y, desde ese punto de vista, lo que ahora se le debe exigir es imparcialidad³⁵, lo que requiere de un discurso motivador que incorpore los criterios jurídicos y epistémicos que justifiquen su decisión sobre la prueba. Haber mantenido una posición neutral durante el procedimiento, limitándose a dirigirlo y a garantizar la igualdad entre las partes y el debate contradictorio, permite confiar en la adecuación de los motivos explicativos a las razones justificativas. Y es que, como certeramente ha destacado ANDRÉS IBÁÑEZ, la legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional no puede derivarse, apriorísticamente, de la calidad oficial y la investidura de quien la ejerce, *“sino acto por acto y a condición de que cada uno de estos sea efectivamente funcional al fin de garantía de los derechos que se trata de tutelar”*³⁶. Sin duda, cuanto más se exceda el juzgador en su facultad de interrogar, traspasando la línea de las preguntas meramente aclaratorias, mayor dificultad entrañará que se genere la confianza necesaria en su imparcialidad al momento de la decisión.

3. BÚSQUEDA DE LA VERDAD, NEUTRALIDAD E IMPARCIALIDAD

Quienes consideren que el órgano jurisdiccional es, junto con las partes, responsable de la búsqueda de la verdad, pueden encontrar las conclusiones de este trabajo bastante decepcionantes, puesto que desde la concepción de la imparcialidad judicial que aquí se

hayan podido disponer las partes –por ejemplo, un nuevo turno de repreguntas para la parte que pueda verse perjudicada por lo aclarado por el testigo o el perito a preguntas del tribunal”.

³⁴ “Las sentencias en definitiva «toman partido», totalmente o no, por alguna de las posiciones sostenidas por las partes. Tiene que dar la razón a una u otra, enteramente o solo en algunos aspectos. La «imparcialidad» en ese sentido se perderá en el momento en que se produce el enjuiciamiento. Si la imparcialidad es según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la «falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud», en el instante en que se procede el enjuiciamiento, se esfuma la imparcialidad. Justamente eso es lo que impide conocer por vía de recurso a quien ha «resuelto el pleito en anterior instancia» (art. 219.10a LOPJ), lo que no significa que fuese «parcial» al adoptar la decisión anterior; sino que precisamente por adoptarla ya «ha tomado partido». Lo que se prohíben son los «prejuicios», pero no los «juicios». Necesariamente al ir presenciando la prueba cada miembro del Tribunal va formándose un juicio sobre el asunto que, combinado con el de los demás integrantes del Tribunal y tamizado y perfilado por el proceso de deliberación conjunta, cristalizará en una decisión. Eso ya no es «prejuicio» prohibido, sino «juicio» obligado” (STS 1008/2022, de 9 de enero, que se hace eco, a su vez, de la STS 918/2012, de 10 de octubre).

³⁵ AGUILÓ REGLA, Josep, “De nuevo sobre independencia...”, *op. cit.*, pp. 53 y 54: “mientras que respecto del árbitro de un partido la justicia exige imparcialidad respecto del desarrollo del juego y neutralidad respecto del resultado del partido, a un juez la justicia parece exigirle neutralidad durante el desarrollo del proceso (determinación de los hechos probados y de las consecuencias debidas). En definitiva, la neutralidad se exige al tercero cuando no está llamado a decidir el resultado y la imparcialidad cuando sí está llamado a hacerlo”.

³⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “El oficio de juez hoy”, *Justicia penal, derechos y garantías*, Palestra editores, Lima-Bogotá, 2007.

sostiene, la autoridad judicial cuenta con un margen de maniobra probatorio muy escaso. Sin embargo, ello no supone que el Estado deba renunciar a la búsqueda de la verdad como uno de los fines del proceso o dejarlo en un segundo plano, pero sí implica poner de manifiesto que no es responsabilidad del juez –no sólo– que el Estado logre satisfacer tal fin. El compromiso epistémico que asumen los jueces se manifiesta en las distintas decisiones que deben adoptar sobre la prueba a lo largo del proceso. Por ejemplo, al admitir las pruebas propuestas por las partes de acuerdo con el criterio de relevancia, al decidir si deben excluirse las que violen derechos fundamentales³⁷; al acordar un determinado orden para la práctica de los medios probatorios que pueda resultar especialmente ventajoso para propiciar la mayor calidad posible del debate contradictorio; al valorar la relevancia de las preguntas y repreguntas formuladas por las partes en los interrogatorios; al escoger las máximas de experiencia aplicables al caso y expresar adecuadamente los argumentos que subyacen a su decisión; y, por último, por lo que respecta a los tribunales encargados de revisar la actuación de los tribunales inferiores, al examinar la racionalidad de la valoración de la prueba. De esta manera, con el cumplimiento por parte del juez de los deberes inherentes a la toma de decisiones sobre la prueba no se agotan (no deben agotarse) los mecanismos del Estado para garantizar la corrección de la decisión judicial, puesto que tal corrección requiere del esfuerzo compartido entre los distintos sujetos que intervienen en el proceso sin que ninguno de ellos abandone el rol que está llamado a desempeñar. Tales mecanismos contribuyen en menor o mayor medida a esta finalidad: el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público en representación del Estado (que interviene también en los procedimientos civiles “no dispositivos” para hacer valer ese especial interés público), la posible personación de la acusación particular e incluso de la popular (asegurando que la actuación irregular o deficiente del Ministerio Público no frustre el ejercicio del *ius puniendi*), la articulación de un sistema adecuado de justicia gratuita, con profesionales bien formados y con razonables cargas de trabajo que les permita llevar a cabo una defensa adecuada de sus clientes o incluso la incorporación de nuevos protagonistas procesales que intervengan en las distintas fases procesales para dar cumplimiento al deber de alcanzar la justicia de la decisión. Junto a ellos, la implementación de reformas procesales que configuren sistemas probatorios que incorporen inequívocamente la búsqueda de la verdad como fin del proceso (por ejemplo, eliminando reminiscencias de pruebas tasadas o vetando inercias de los jueces sin clara justificación epistémica, como sucede con la tendencia a conferir un valor privilegiado a los informes periciales suscritos por organismos oficiales o por peritos de designación judicial frente a los elaborados por peritos privados o designados por las partes³⁸) puede contribuir a conformar un completo diseño procesal en el que el rol del

³⁷ No sólo asume un compromiso epistémico, sino también, en ocasiones, debe actuar justificando su decisión en criterios contraepistémicos. Así sucede, por ejemplo, cuando las partes hacen valer dispensas y acuerdos probatorios o cuando debe pronunciarse sobre la exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Sobre ello he escrito en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022, pp. 161-187. La obra puede consultarse en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-05/Manual%20de%20razonamiento%20probatorio.pdf>

³⁸ Un análisis crítico sobre ello puede verse en VÁZQUEZ ROJAS, Carmen, “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2015, pp. 110 y ss.

juez permanezca a salvo de actuaciones forzadas por la inadecuación o insuficiencia del resto de elementos mencionados. Y ello porque el ideal constitucional de juez y de proceso exigen que la actividad probatoria sea, ante todo, actividad de parte, debiendo quedar reservadas al órgano jurisdiccional exclusivamente las decisiones relativas a la admisión de los medios de prueba, a la dirección neutral (equidistante) de los debates contradictorios y a la valoración racional de la prueba. Como ya he indicado, el compromiso del Estado con la justicia de la decisión no puede confundirse con el compromiso judicial con la verdad³⁹. El Estado dispone de otros medios para ampliar los márgenes de la búsqueda de la verdad en el proceso sin necesidad de atribuir a los jueces funciones de iniciativa probatoria que pongan en riesgo su neutralidad.

En torno a la idea de neutralidad gira un modelo de juez que salvaguarda la legitimidad de la decisión en mayor medida que el juez activista, del que desconocemos sus motivaciones al intervenir en la actividad probatoria como una parte más. Si tomamos como referente un ideal de proceso en el que cada uno de sus protagonistas (ministerio público, acusación particular, defensa y órgano jurisdiccional o demandante, demandado y órgano jurisdiccional) cumple correctamente las funciones que le han sido encomendadas, resulta deseable contar con un juez pasivo que muestre su compromiso con la verdad de los hechos limitándose a motivar sus decisiones sobre la prueba, sometándose a criterios epistémicos, pero sin eludir su compromiso con la equidistancia como método para alejar cualquier posible sospecha de motivación extraña al Derecho y a la verdad de los hechos⁴⁰. Pero si pensamos en un sistema procesal que presenta carencias como consecuencia de la escasez de medios materiales, donde fiscales y letrados de las partes no cumplen correctamente su función de hacer llegar al

³⁹ Por razones de espacio no puedo detenerme en este punto, pero creo que ese planteamiento presenta algunos problemas. Por ejemplo, FERRER BELTRÁN parte de la idea de que el proceso judicial es un instrumento para la implementación de las políticas públicas del Estado ordenadas a través de las distintas ramas del Derecho, de modo que debe estar orientado a encontrar la verdad como único medio legítimo de la aplicación de las consecuencias reguladas jurídicamente a los distintos casos que los jueces tienen que resolver. FERRER BELTRÁN, Jordi, "Los poderes probatorios del juez...", *op. cit.*, pp. 90 y 91. Comparto esta idea, pero no lo que el autor concluye a partir de ella o, al menos, no completamente: que, en este modelo de proceso, la imparcialidad solo alcanza a la relación del juez con las partes, respecto de las que no debe presentar interés alguno, pero el juez sí debe mostrar interés en descubrir la verdad y dar la razón al que la tenga de acuerdo con la realidad de los hechos para asegurar la corrección de su decisión. Hacer recaer en el juez el cumplimiento de la finalidad del proceso (implementación de políticas públicas del Estado) es asumir un grave riesgo de confusión de roles entre los diversos protagonistas del proceso. También el Ministerio Fiscal o los letrados del turno de oficio están en disposición de dar cumplimiento a ese objetivo estatal cuando cumplen adecuadamente sus respectivas funciones, como lo está el juez cuando toma una decisión de acuerdo con los criterios que le proporciona el Derecho o valora y motiva racionalmente la prueba aportada por las partes y se comporta durante el proceso de modo que no exista duda alguna sobre su actuación imparcial.

⁴⁰ HAACK acepta como fin del proceso judicial la determinación de consecuencias jurídicas de forma legalmente correcta, dando cierta prioridad al contexto institucional sobre los criterios epistémicos, por cuanto considera que la función del proceso no se acerca en absoluto a lo que entendemos por investigación científica o histórica. La autora incluso sostiene que "Esto, sin embargo, no quiere decir que la verdad de los hechos sea irrelevante para nuestro proceso judicial. La esperanza es que llegar a conclusiones de una manera jurídicamente correcta signifique que, en general y a largo plazo, se haga justicia; y parte de lo que esto significa es que, si todos los implicados hacen adecuadamente su trabajo, a menudo se sabrá la verdad sobre lo que realmente ocurrió". HAACK, Susan, "Scientific inference vs. legal reasoning? Not so fast!", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 13, enero-diciembre de 2019, pp. 202-203.

procedimiento toda la información relevante (por una proposición de pruebas incompleta o interrogatorios deficientes), puede ser tentadora la idea de incrementar los poderes probatorios del juez para aumentar la eficiencia del proceso y el número de decisiones acertadas ante la ineficacia del resto de sujeto intervinientes, pero, inevitablemente, ello supone un coste difícilmente asumible en términos de debilitamiento de su *tercietà* y, en consecuencia, de la legitimidad de su decisión. Por ello, antes de atribuir al juez estas facultades, deben explorarse otros mecanismos a través de los que pueda implementarse la justicia de la decisión. Como he señalado anteriormente, ciertas medidas orgánicas (mejora de la calidad de la formación de los jueces en razonamiento probatorio, intervención de nuevos protagonistas que puedan asumir funciones investigadoras, control sobre la actividad desplegada por los funcionarios de la fiscalía o por los letrados defensores⁴¹) y procesales (reducción de exclusiones y dispensas probatorias, refuerzo de los deberes de colaboración de las partes o control epistémico sobre los acuerdos que ponen fin al proceso de forma anticipada, como es el caso de la conformidad), así como la provisión de medios económicos a la Administración de Justicia, pueden contribuir a mejorar la calidad de las decisiones sin necesidad de poner en riesgo la neutralidad del juez.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Jueces para la democracia*, núm. 46, 2003.
- AGUILÓ REGLA, Josep, “Los deberes inherentes a la práctica de la jurisdicción: aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 10, 2012.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “El oficio de juez hoy”, en *Justicia penal, derechos y garantías*, Palestra editores, Lima-Bogotá, 2007.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Jueces, fiscales y víctimas en un proceso en transformación*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, Sao Paulo, 2023.

⁴¹ En España comienza a aceptarse la necesidad de efectuar cierto control sobre la eficacia de la actuación defensiva de los letrados. El Tribunal Supremo español ha dedicado a ello dos sentencias hasta la fecha: la primera es la STS 47/2021, de 21 de enero, donde se esboza la necesidad de que Estado vele por un mínimo nivel de eficacia de la labor de defensa, tomando como base, dada la ausencia de regulación específica, el estándar Strickland, articulado por la Corte Suprema americana en *Strickland vs. Washington* 466 US688 (1984). La segunda es la STS 383/2021, de 5 de mayo, que desarrolla el contenido de la garantía. Me resulta imposible detenerme en esta idea, pero sí me parece necesario destacar, en línea con lo que sostengo en estas páginas, que la consecuencia de que el tribunal aprecie la ineficaz actuación del letrado de la defensa no puede consistir en que termine asumiendo el rol de defensor supliendo las carencias detectadas, sino en promover la designación de un nuevo letrado que ejerza correctamente su función. Reconozco que no es esa la tendencia en la práctica, donde los jueces completan la actividad de las partes cuando consideran que los letrados no ejercitan la defensa de forma adecuada o cuando las partes acuden al proceso sin asistencia letrada (en el caso, por ejemplo, de la mayoría de los delitos leves o de los juicios civiles verbales), pero creo es otra de las inercias sobre la que, a la vista de sus implicaciones, es preciso también reflexionar.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, “Las facultades probatorias del juez civil previstas en el art. 429.1.II LEC”, *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 21, 2005.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2017.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- GIOSTRA, Glauco, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2020.
- HAACK, Susan, “Scientific inference vs. legal reasoning? Not so fast!”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 13, enero-diciembre de 2019.
- IPPOLITO, Dario, *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, Trotta, Madrid, 2018.
- MONTERO AROCA, Juan, “Prueba y verdad en el proceso civil: un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 49, enero-junio de 2019.
- OTEIZA, Eduardo, “El deber de respetar la independencia judicial. Esfuerzos y ambigüedades de los Estados en el plano internacional”, en NIEVA FENOLL, Jordi y OTEIZA, Eduardo (Dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- São Paulo, 2019.
- PRIORI POSADA, Giovanni, *El proceso y la tutela de los derechos*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019.
- TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006.
- VÁZQUEZ ROJAS, Carmen, “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2015.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia come professione. Un'indagine sulla natura, i simboli, i cliché di chi esercita le professioni del diritto*, Einaudi, Torino, 2021.

¿QUÉ PROBAR? CRITERIOS PARA LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

Artur Carpes

Doctor y Máster en Derecho

Profesor invitado de los Programas de Posgrado en Derecho

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

1. INTRODUCCIÓN¹

La prueba constituye el instrumento destinado a obtener la verdad de los hechos que se discuten en juicio. Es una herramienta para la producción de decisiones correctas y, en consecuencia, para la consecución del fin primordial del proceso civil: la tutela de los derechos. Es fácil percatarse de que la admisibilidad de la prueba, es decir, la posibilidad de que sea producida y valorada en juicio, es uno de los temas más importantes para la Justicia civil.

Sin embargo, la atención que normalmente se le da al problema no se corresponde con su alcance práctico. Un rápido repaso a la jurisprudencia de los tribunales revela que la resolución de la cuestión se justifica a través de expresiones como “el juez es el destinatario de la prueba”, o sea, que, dado que la prueba se produce “en beneficio de su convencimiento”, el juez sería “libre” para decidir sobre la admisibilidad. Esto sugiere que la solución a la cuestión de la admisibilidad de la prueba se encuentra en una “caja negra”: al igual que ocurre con los equipos de grabación obligatorios introducidos en los aviones de todo el mundo, las razones que conducen a la decisión que admite o inadmite la prueba se encuentran entre lo desconocido y lo inviolable.

Este ensayo pretende demostrar que la resolución de la cuestión de la admisibilidad de la prueba debe guiarse por criterios objetivos. Más que eso: expone cuáles son estos criterios y cómo su respectiva aplicación es decisiva para promover la eficiencia procesal.

2. LA IMPORTANCIA DE LOS CRITERIOS OBJETIVOS

Si “la prueba es libertad, pero no tanto”², la restricción a la libertad probatoria debe realizarse con seguridad. Así, no puede basarse en criterios subjetivos, es decir, en

¹ Agradezco la revisión del texto en castellano a Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ y a Renzo CAVANI BRAIN.

² Vale decir: la actividad probatoria no es absolutamente libre en el proceso. Sobre el tema, *vid.* FERRER BELTRÁN, Jordi, “La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, IX (18), 2017, pp. 150-169.

estándares que varían en función de las preferencias personales y que, por tanto, no son susceptibles de ser controlados³.

Expresiones como “el juez es el destinatario de la prueba” o que el juez “es libre” de determinar la producción de la prueba “en beneficio de su convicción” no dicen nada sobre algún parámetro jurídico o epistemológico para resolver la cuestión de la admisibilidad de la prueba. Justificaciones de este tipo son incapaces de otorgar cognoscibilidad y, por lo tanto, algún tipo de calculabilidad respecto de la solución que se ha de dar al problema. Si, por el contrario, los criterios son generales y objetivos, es posible confiar en que ciertas pruebas serán admitidas y otras no. El establecimiento de criterios objetivos impide una solución basada en preferencias personales, en la medida en que proporciona un estándar intersubjetivamente aplicable y, por tanto, controlable⁴.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión a resolver –la prueba judicial–, tales criterios, además de ser jurídicos –porque regulan la actividad desarrollada en el proceso–, son también epistemológicos, pues sirven para promover el conocimiento sobre la información proporcionada por las pruebas con el fin de obtener la verdad y, en consecuencia, contribuir a la toma de una decisión correcta.

3. CRITERIOS OBJETIVOS DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

Existen tres criterios objetivos para la admisibilidad de la prueba: i) la relevancia, ii) la eficiencia y iii) las reglas de exclusión. Estos criterios están presentes, con mayor o menor precisión, en los textos normativos. Veamos:

3.1. Relevancia

Relevancia significa cualidad de relevante, es decir, que tiene importancia, relieve; lo que sobresale, se destaca⁵. También puede significar lo esencial, lo indispensable.

³ Para una crítica de la búsqueda de la verdad basada en la creencia del juez, *vid.* FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 80-88. Para una definición del modelo subjetivo de la prueba y su oposición al modelo objetivo, *vid.* PAULA RAMOS, Vitor de, *Prova testemunhal: do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia*, Revista dos Tribunais, São Paulo 2018, pp. 21-29 (existe traducción en lengua española: *La prueba testifical: Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, Marcial Pons, Madrid, 2019).

⁴ Si hay seguridad cuando existe la capacidad de conocer los resultados que la ley atribuye a sus actos (ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, Malheiros, São Paulo, 2011, p. 138), la existencia y conocimiento de criterios objetivos promueve la seguridad en al menos dos frentes distintos: primero, porque genera confianza en cómo se resolverá el problema; segundo, porque hace predecible la forma en que se resolverá el problema. El establecimiento de criterios objetivos en la solución de las cuestiones también promueve la libertad en tanto que indica el ámbito de actuación de las partes y del juez en el proceso judicial. Además, promueve la igualdad puesto que, si los criterios no pueden variar según las preferencias personales, las cuestiones de admisibilidad de la prueba deben resolverse de la misma manera en casos similares. La aplicación de criterios objetivos, por tanto, conduce a la resolución igualitaria de casos similares y, por tanto, evita desigualdades.

⁵ <https://dle.rae.es/relevante>. Fecha de consulta: 15 de junio de 2023.

La relevancia es el primer y principal criterio: constituye una condición general para la admisibilidad de la prueba⁶. Se basa en un principio epistemológico indiscutible: cuanto más información relevante esté disponible para la persona que va a decidir, mayor será la probabilidad de una decisión acertada⁷. Por lo tanto, presupone la identificación de algunos elementos que son más importantes que otros; la comparación entre tales elementos y la elección de algunos, es decir, aquellos que son esenciales o relevantes.

La relevancia tiene una doble dimensión. La primera es la pertinencia: tiene naturaleza jurídica y está vinculada al aporte efectivo del enunciado fáctico que es objeto de la prueba para fundamentar la sentencia. La segunda es la idoneidad epistémica: está ligada a la aptitud de los medios de prueba seleccionados para llevar a cabo la corroboración pretendida⁸. En el *common law*, esta doble dimensión se entiende desde la perspectiva de las nociones de *materiality* y *relevancy*⁹.

⁶ TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, Padova, 1970, p. 6; DEI VECCHI, Diego, "Admisibilidad y exclusiones probatorias: mapa de una discusión abierta", en *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, Zela, Lima, 2020, p. 59.

⁷ La calidad de la investigación depende de su orientación hacia la obtención de la verdad. En este sentido, presupone considerar la mayor cantidad de prueba relevante posible sobre el enunciado de hecho que es objeto de investigación. Sea para concluir por su efectiva corroboración o para concluir por la insuficiencia de pruebas idóneas para su corroboración, el principio de máxima inclusión –o la admisión del máximo de pruebas relevantes– aumenta las posibilidades de obtener la verdad. Esto es intuitivo, puesto que, cuanto más información se tenga sobre el enunciado, mayores serán las posibilidades de corrección en su respectiva verificación. Mucho antes de ser normativa y tener origen en el derecho probatorio, la noción de *comprehensiveness* (es decir, de completitud) tiene un carácter epistemológico. La ausencia de prueba relevante constituye un vacío que perjudica la investigación y, en consecuencia, reduce la confiabilidad sobre la decisión de los hechos. Cuanto más amplio sea el contexto probatorio –en el sentido de admisibilidad y producción de toda la prueba relevante–, más cualificado será el material para llevar a cabo la investigación de los hechos y, por tanto, más correcta tenderá a ser la decisión al respecto. La metáfora del *crossword puzzle*, utilizada por Susan HAACK para justificar la idoneidad epistémica de la noción de *comprehensiveness*, resulta didáctica para demostrar la dimensión del problema (HAACK, Susan, "Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects", en *Evidence Matters: Science, Proof, and the Truth in the Law*, Cambridge, Nueva York, 2014, pp. 13 y 14). Cuanta más información haya para completar los cuadrados en blanco en el crucigrama, más fiable será el efectivo relleno y el resultado final, es decir, después de que se hayan rellenado todos los cuadrados. La insuficiencia de uno u otro dato no impide llenar los vacíos, pero hace que su conclusión sea menos fiable y, por tanto, más arriesgada. Siempre existe el riesgo de error al completar los espacios en blanco. Ante la duda, sin embargo, el riesgo es mayor. Cuanta más información tengas, mayores serán las posibilidades de completar el desafío correctamente. De la misma manera funciona en el proceso judicial: la duda no impide que se tomen decisiones sobre los hechos. Así, cuanto más prueba relevante se admita –y, por tanto, más información se obtenga sobre los hechos–, mayores serán las probabilidades de obtener una decisión acertada. En la misma línea: FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 68. En otras palabras: toda regla que lleve a la exclusión de evidencia relevante debe ser considerada sospechosa desde una perspectiva epistémica (LAUDAN, Larry, *Truth, error and criminal law: an Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, New York, 2006, p. 19).

⁸ Por tanto, son dos los sentidos que tiene el término relevancia en el proceso: el primero se refiere a la conformidad entre el hecho alegado y el sustento fáctico de la norma cuya aplicación se requiere; y el segundo tiene por objeto los medios de prueba (TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza...*, *op. cit.*, p. 25). Por otras palabras: la pertinencia se refiere a la relación entre elemento de prueba y proposición a probar; y la relevancia *stricto sensu* se refiere a la "capacidad modificativa del status de justificación epistémica de la proposición" (DEI VECCHI, Diego, "Admisibilidad y exclusiones probatorias...", *op. cit.*, pp. 54 y 55).

⁹ Las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses son claras al mencionar la doble dimensión de la relevancia de la evidencia en el texto de la Regla 401: "Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action".

Pertinencia significa ser parte de algo, estar relacionado con algo; formar o ser correspondiente a algo, lo que concierne a un tema¹⁰. Como criterio de admisibilidad de la prueba, determina que sólo pueden admitirse pruebas que tengan por finalidad corroborar un enunciado de hecho relativo al objeto de la cuestión a resolver. Por tanto, el criterio de pertinencia, en esta perspectiva, está vinculado al concepto de *thema probandum*, es decir, a la definición del conjunto de enunciados fácticos cuya verificación es necesaria para sustentar la decisión¹¹, lo cual, a su vez, quiere decir que tiene la capacidad de constituir un supuesto de aplicación de una determinada norma¹².

Esto implica que la definición de los contornos de la cuestión que se va a decidir informa los límites de la actividad probatoria¹³ y condiciona la admisibilidad de la prueba que tiene por objeto únicamente los enunciados fácticos pertinentes¹⁴. La claridad en cuanto a la regla de pertinencia conduce a la optimización de la actividad probatoria, pues inhibe costes y pérdidas de tiempo, además de riesgos para la investigación de los hechos y la aplicación de la ley¹⁵.

La admisibilidad de la prueba impertinente conduce al perjuicio de la eficiencia porque el enunciado objeto de la prueba no puede en modo alguno justificar la aplicación de la norma a la hipótesis. Si el juez sólo puede juzgar dentro de los límites del *petitum* y de la *causa petendi*, no podrá fundamentar su decisión sobre un hecho no alegado por las partes o que no sea idóneo para justificar la aplicación de la norma en el caso. Pero eso no es todo: además de ser inútil, genera una sobrecarga de información, lo que aumenta el riesgo de errores en la valoración de las pruebas regularmente admitidas. La producción de prueba que pretende demostrar un hecho no alegado resulta así inútil pues viola el ideal de productividad y calidad en el que se fundamenta la exigencia de eficiencia¹⁶.

¹⁰ <https://dile.rae.es/pertinente>. Fecha de consulta: 15 de junio de 2023.

¹¹ TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza...*, op. cit., p. 35.

¹² La verificación de la pertinencia se realiza, por tanto, examinando la relación entre los enunciados fácticos alegados por las partes y las normas aplicables en la resolución de la cuestión de Derecho (TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza...*, op. cit., pp. 40 y 41).

¹³ Así debe ser leído, por lo tanto, el art. 137 del CGP uruguayo que, al disponer sobre la “necesidad” de la prueba, se refiere a los “hechos que invoquen las partes”. Vale decir: no todos los hechos que han sido alegados, sino tan sólo aquellos que estén lógicamente vinculados con la tutela judicial pretendida.

¹⁴ Con relación a la actividad metaprobatoria pasa lo mismo: si la cuestión que va a ser decidida es el grado de fiabilidad de determinada prueba, serán pertinentes las alegaciones relativas a la fiabilidad de determinada prueba.

¹⁵ No solo las cuestiones relacionadas al Derecho sustancial pueden ser objeto de la prueba. Así mismo cuestiones procesales pueden depender de la investigación probatoria para ser resueltas. Lo que importa es tener claros los límites de la cuestión que va a ser decidida para que se tengan claros los enunciados de hecho que son pertinentes y, en consecuencia, decidir sobre la relevancia.

¹⁶ Es evidente que la prueba de los enunciados secundarios –aquellos que, por medio del razonamiento inductivo, pueden conducir a la corroboración del enunciado principal– también puede considerarse relevante, siempre que lógicamente sea posible conducir a la corroboración de la declaración principal y esto sea adecuado para justificar el juzgamiento de la demanda (TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza...*, op. cit., pp. 56-57). Los hechos secundarios no necesitan ser alegados por las partes para ser considerados relevantes. Sin embargo, es necesario demostrar dos cosas: i) la pertinencia del enunciado fáctico principal a que se refiere; y ii) la idoneidad de los enunciados fácticos secundarios para conducir a la corroboración de los enunciados fácticos principales.

En atención a este criterio, el artículo 369 del CPC brasileño establece que existe derecho a la prueba cuando, en las declaraciones de *“hechos en que se funda la demanda o defensa”*. La Ley de Enjuiciamiento Civil española sigue la misma línea: el artículo 281.1 dispone que *“La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”* y está reforzado en el artículo 283.1, cuyo texto señala que *“No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente”*. A su vez, el artículo 17 del Código Federal de Procedimientos Civiles mexicano, dispone que *“Los tribunales no tienen límites temporales para ordenar la aportación de las pruebas que juzguen indispensables para formar su convicción respecto del contenido de la litis [...]”* y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, cuyo artículo 364 dispone que *“No podrán producirse prueba sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos”*.

La segunda dimensión de la relevancia de la prueba se refiere al potencial epistemológico del medio de prueba. Verificada su relevancia desde el punto de vista de la pertinencia, surge el segundo problema, cuya solución se da en una perspectiva diferente: ¿Tiene el medio de prueba propuesto para corroborar el enunciado fáctico pertinente idoneidad epistémica –es decir, potencial cognitivo suficiente– para efectivamente corroborarlo?¹⁷

Sólo será relevante, desde esta perspectiva, si la información proporcionada por la prueba es, en teoría, adecuada para hacer la hipótesis fáctica más o menos probable de lo que era antes de su producción¹⁸. Si el medio de prueba no es idóneo para aportar la información necesaria para corroborar el hecho en particular no tiene sentido hablar de su relevancia y, por tanto, de la admisibilidad de la prueba. El examen de la relevancia, en esta segunda dimensión, tiene por objeto no los enunciados fácticos, sino los propios medios de prueba¹⁹.

La última parte del citado artículo 369 del CPC brasileño –*“influir efectivamente en la convicción del juez”*– revela la positivización de este criterio en el Derecho brasileño. El artículo 168 del Código General de Proceso colombiano, al disponer que *“El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas [...] manifiestamente superfluas o inútiles”*, sigue el mismo sentido. El artículo 283.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, cuyo texto dispone que *“Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos”*, hace exactamente lo mismo en el ámbito del Derecho español, así como en Uruguay, donde el artículo 141.1, del Código General del Proceso dispone que *“el tribunal rechazará [...] las pruebas inadmisibles, las manifiestamente innecesarias, las manifiestamente inconducentes y las manifiestamente impertinentes”*²⁰.

¹⁷ Particularmente en esta perspectiva de la relevancia reside el corazón del problema de la admisibilidad de la prueba, en la medida en que *“la actividad probatoria es un acontecimiento fundamentalmente epistemológico”* (VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 59).

¹⁸ LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal law...*, op. cit., p. 17.

¹⁹ Lo que en consecuencia incluye el problema de la metaprueba, es decir, la prueba que tiene como objetivo evaluar el grado de fiabilidad de una determinada prueba. Sobre el tema, *vid.* SALGADO, Daniel Resende, *A metaprova no processo penal*, JusPodium, Salvador, 2023, pp. 214-218.

²⁰ En algunos sistemas la admisibilidad de la prueba está basada en la existencia de controversia entre las partes respecto de sus alegaciones. La prueba sólo sería admitida, por tanto, si su objeto fuera una afirmación

Si la demanda involucra responsabilidad civil por daño cerebral resultante de una cirugía intracraneal, la declaración sobre el nexo de causalidad no puede ser corroborada, por ejemplo, mediante la inspección judicial. El específico enunciado de hecho podría ser corroborado por la pericia médica en el área específica de neurología o neurocirugía²¹. Lo cierto es, sin embargo, que el examen realizado personalmente por el juez en la persona que sufrió el daño, aun cuando su objeto sea un enunciado fáctico pertinente, no tiene potencialidad epistémica para determinar el nexo de causalidad, es decir, no hay tendencia a hacer que la hipótesis sea más probable que si no se presentara la evidencia. La misma lógica sirve para concluir que un texto escrito mediante técnicas de psicografía es inadmisibile: no existe justificación científica que lleve a la idoneidad epistémica de los citados medios de prueba²².

De esta manera, en el ámbito de esta dimensión epistémica de relevancia corresponde al juez realizar, en colaboración con las partes, un examen previo e hipotético del potencial cognitivo de la prueba cuya admisibilidad se requiere²³. Se trata de examinar si, desde una perspectiva epistémica, existe alguna relación entre el medio (de prueba) y el fin (corroboración del enunciado fáctico). El estándar es el de mínima propensión: si la prueba tiene alguna propensión, aunque sea mínima, a contribuir a la corroboración del enunciado de hecho, la prueba debe ser considerada relevante y, por tanto, admitida²⁴.

de hecho cuya veracidad fuera discutida entre las partes. *A contrario sensu*, no serían admisibles pruebas cuyo propósito sea corroborar una afirmación fáctica sobre la cual no existe controversia sobre su respectiva veracidad. Sin embargo, la controversia no debe ser un criterio para la admisibilidad de las pruebas. Y esto por una razón de premisa: si la prueba es un instrumento para obtener la verdad y ésta se obtiene necesariamente de la máxima correspondencia posible entre la alegación y la realidad, no es posible obtenerla mediante el consenso de las partes sobre su veracidad. Si la alegación es falsa, la ausencia de impugnación no la convierte en verdadera; si la alegación es verdadera, la ausencia de impugnación no la convierte en falsa. Es decir: con respecto a la veracidad o falsedad de una alegación fáctica, la existencia o no de una impugnación resulta ser un episodio absolutamente irrelevante. Sobre el tema, véase CARPES, Artur, *O que provar? Admissibilidade e eficiência da Justiça Civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023, pp. 115-119.

²¹ Sobre la relevancia de la pericia en la experiencia uruguaya, *vid.* SOBA BRACESCO, Ignacio M., “La prueba pericial y la incorporación del conocimiento técnico-científico al proceso jurisdiccional”, en LANDONI SOSA, Ángel; PEREIRA CAMPOS, Santiago (Coords.), *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*, tomo I, La Ley, Montevideo, 2017, p. 597.

²² Al contrario de lo ocurrido recientemente en Brasil en caso de la discoteca Kiss, en que el documento fue admitido en el contexto probatorio del citado proceso penal y, por tanto, terminó siendo objeto de valoración por parte del jurado <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/advogada-counta-resolveu-usar-cartas-psicografadas-kiss>>. Fecha de consulta: 15 de junio de 2023.

²³ En los Estados Unidos, el examen de la relevancia es mucho más profundo y rico en detalles, lo que se ve estimulado por la necesidad de anticipar a la fase de admisibilidad cuestiones que, en el ámbito de los países de *civil law*, se reservan para la fase de valoración de la prueba. El momento en que se resuelve la cuestión – normalmente *después* de la producción de la prueba– también contribuye a ello. Los debates en torno a los casos Frye y Daubert demuestran que la *relevancy* depende de la confiabilidad de la información que proporciona la prueba. Sobre el tema, *vid.* HAACK, Susan, “Trial and Error: Two Confusions in *Daubert*”, en *Evidence Matters: Science, Proof, and the Truth in the Law*, Cambridge, Nueva York, 2014, pp. 104-121; y VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, *op. cit.*, pp. 103-127.

²⁴ Según LAUDAN, esta es una de las funciones más importantes del juez estadounidense: asegurarse de que el jurado examine *todas las pruebas*, es decir, todas las pruebas *relevantes* (LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal law...*, *op. cit.*, p. 18).

Si el medio, sin embargo, carece de toda idoneidad para promover el fin, no puede considerarse relevante y, por tanto, no puede admitirse.

La decisión sobre el potencial epistemológico de la prueba para corroborar un enunciado de hecho no equivale, sin embargo, a la anticipación del valor de la prueba²⁵. No se trata, por tanto, de asegurar el otorgamiento de valor alguno a la prueba admitida²⁶. La admisibilidad sólo conduce a la práctica y valoración de la prueba. Será en el momento de la valoración que se evaluará el aporte concreto de la prueba para la determinación del enunciado objeto de la prueba.

3.2. Eficiencia

La eficiencia determina que la medida concreta adoptada para lograr el fin es adecuada para conducirlo de manera satisfactoria. Si los medios, aunque sean idóneos para promover el fin, lo promueven de manera insignificante o con muchos efectos colaterales negativos, la eficiencia se debilita²⁷.

El mismo razonamiento se aplica al problema de la prueba en el proceso. Si la prueba es un medio para un fin –es decir, la decisión correcta que conduce a la tutela del derecho–, su admisibilidad debe considerar la idoneidad de la prueba (medio) para promover ese fin de manera satisfactoria. Es decir, si el medio de prueba promueve el fin de manera insignificante y con graves efectos colaterales negativos, no debe admitirse la prueba. Un ejemplo ilustra bien el problema.

En el curso de la investigación de paternidad biológica se produce la prueba pericial consistente en la prueba de ADN para corroborar la hipótesis de la existencia de una relación de paternidad. La conclusión de la prueba es que la probabilidad de que exista tal relación es del 99,8%. Aun frente al resultado señalado, se requiere la producción de prueba testifical con el mismo fin. Con base en el criterio de eficiencia, sin embargo, no se debe admitir referida prueba: si bien promueve el fin –la prueba testifical en teoría es idónea para corroborar la declaración fáctica pertinente y, por tanto, para obtener la correcta decisión–, no lo hace satisfactoriamente. Esto se debe a que, dado el resultado de la prueba científica, la prueba testifical promueve el fin de manera insignificante además de generar efectos colaterales negativos, pues genera costos y alarga la duración del proceso.

La solución, por tanto, debe converger a un punto de equilibrio: cuando la incorporación de nuevas pruebas confirmatorias solo puede conducir a un grado de corroboración adicional extremadamente pequeño, al mismo tiempo que aumenta los costes, el tiempo y el riesgo inherente a la gestión de la sobrecarga de información por parte de la juez, la

²⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 71, nota 19.

²⁶ “Cuando un juez admite la prueba por su relevancia, eso no implica su credibilidad” (LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal law...*, op. cit., p. 18).

²⁷ ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, Malheiros, São Paulo, 2011, p. 430.

inadmisibilidad de la prueba quedará justificada²⁸. Eso significa que, para ser admitida, la prueba, además de ser relevante, no puede, por tanto, conducir a la ineficiencia²⁹.

3.3. Las reglas de exclusión

El tercer y último criterio de admisibilidad de la prueba se refiere a las reglas de exclusión. Las *exclusionary rules* son normas que, más o menos específicamente, condicionan la admisibilidad de la prueba a través de su pre-exclusión del contexto probatorio. Es un criterio normativo que describe inmediatamente la conducta debida por el juez: si se prevé la exclusión, no debe admitirse la prueba.

Desde el punto de vista de la finalidad que pretenden alcanzar, las reglas de exclusión pueden clasificarse en dos categorías³⁰.

Existen reglas de exclusión que pretenden cumplir una supuesta función epistémica. La razón por la cual se crearon estas reglas es evitar errores o malentendidos en la etapa de valoración de la prueba, como, por ejemplo, la que excluye el testimonio de personas que tengan cierto grado de parentesco con las partes. La presunción de que el testimonio no es confiable en vista de la predisposición de estas personas, conscientes o no, a ayudar al familiar involucrado en el caso a salir victorioso, es lo que justifica la inadmisibilidad de la prueba desde esta perspectiva: inhibe el riesgo de que, luego, se le dé un valor excesivo al testimonio³¹.

El Derecho estadounidense abunda en la provisión de reglas de exclusión basadas en este tipo de supuesto propósito epistémico. Justificadas por la desconfianza hacia el órgano que tiene competencia para valorar la prueba en el procedimiento americano –el

²⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 76.

²⁹ En este sentido, “la economía procesal como restricción institucional con cierto compromiso con la averiguación de la verdad sugeriría al juez excluir pruebas periciales que en el caso concreto resulten más costosas que eficientes para su toma de decisión fáctica” (VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, op. cit., p. 172).

³⁰ TARUFFO, Michele, *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*, Marcial Pons, São Paulo, 2012, p. 171. Es evidente que es posible clasificar las reglas de exclusión utilizando diferentes criterios. La doctrina del Derecho procesal penal, por ejemplo, distingue entre dos categorías: prueba ilícita y prueba ilegítima. El primero se caracteriza por la vulneración del Derecho sustantivo y el segundo por la violación de las normas del Derecho procesal (BADARÓ, Gustavo Henrique, *Epistemologia judiciária e prova penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, pp. 167-169). Otro tipo de distinción, también a modo de ejemplo, es la que se basa en la naturaleza de la norma infringida: la prueba sólo se caracterizaría como ilícita en caso de infracción de una regla que impone deberes y no, por tanto, en el caso de incumplimiento de cargas (PASSANANTE, Luca, “Illegally obtained evidence in civil litigation: a comparative perspective”, en VV. AA., *La prueba en el proceso. Evidence in the process. II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (IIDP & IAPL)*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 176-180).

³¹ No obstante, esta solución es cuestionable dado que la admisión de las declaraciones de los familiares (y no su exclusión) es lo que genera el beneficio epistémico, en la medida en que agrega información y conduce, así, a la amplitud del contexto probatorio. Por tanto, su exclusión está contraindicada pues impide la consideración de información potencialmente útil para la corroboración de los hechos (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...*, op. cit., p. 174). Es sintomático, además, que el CPC brasileño haya establecido esta regla de exclusión de manera muy vaga. En efecto, después de disponer que “Todas las personas pueden declarar como testigos, *excepto los incapaces, impedidos o sospechosos*” (art. 447, caput), establece que, “Si fuere necesario, el juez podrá admitir el testimonio de testigos menores, impedidos o sospechosos” (art. 447, § 4) (las cursivas no están en el texto original).

jurado–, las reglas de exclusión son llamadas por la doctrina “*reglas paternalistas*”³²: con el pretexto de prevenir errores de valoración, provocan la inadmisibilidad de algunas pruebas, aun cuando eso resulte la pérdida de información relevante para la investigación de los hechos³³.

Por otro lado, existen reglas de exclusión que, sin embargo, no tienen un propósito epistémico. Se trata de normas que, si bien se sitúan en el ámbito del procedimiento probatorio –y, por tanto, entre actos procesales que deben orientarse a la obtención de la verdad–, están declaradamente encaminadas a servir a fines no epistémicos. Si bien la prueba es “*el corazón del problema del juicio*”³⁴, su admisibilidad termina siendo condicionada por estas reglas de exclusión fundadas en una finalidad más allá de la búsqueda de la verdad³⁵.

El problema de las reglas de exclusión contraepistémicas también está sujeto a las particularidades de cada sistema normativo, por lo que sería imposible realizar un análisis completo dentro de los límites aquí propuestos. El Derecho comparado ofrece, sin embargo, algunas coincidencias, cuyo origen radica en su finalidad común: proteger determinados derechos en detrimento de la investigación de la verdad³⁶. Un ejemplo de ello son las *privilege rules*, es decir, reglas de privilegio, que tienen por finalidad proteger el derecho a la intimidad en las relaciones que se establecen entre el médico y el paciente, entre el abogado y el cliente e incluso entre quienes ofician ministran servicios religiosos y sus fieles. Así lo dispone la *rule* 501 de las FRE estadounidenses, el artículo 283 bis b) de la LEC española, y el artículo 388 del CPC brasileño. Esta es una opción política del legislador basada en la prevalencia que otorga el derecho a la intimidad en detrimento del potencial informativo de la prueba.

La regla de exclusión sólo es aplicable si es específica. En caso contrario, prevalece la regla general sobre la admisibilidad de la prueba relevante. Este es el criterio que debe orientar el problema de las llamadas “pruebas ilícitas”, es decir, las pruebas obtenidas por medios ilícitos en el proceso civil³⁷. La solución en la ley brasileña, por ejemplo, está

³² LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal law...*, op. cit., p. 19; VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, op. cit., pp. 140-148.

³³ Una de las *exclusionary rules* más famosas previstas en la *evidence law* estadounidense es la *hearsay rule*, prevista en los arts. 801 a 807 de las FRE. La regla general es que el testimonio de oídas es inadmisibile, salvo excepciones específicas establecidas por un *federal statute*, por las *Federal Rules of Evidence*, o por alguna *rule* de la Suprema Corte (art. 802, FRE). En otras palabras: ante la desconfianza que recae sobre el jurado –sobre todo en el sentido de dar un valor excesivo al testimonio del relato–, se prefiere impedir la admisibilidad de la prueba y, por tanto, evitar malentendidos en cuanto a su valoración respectiva. Se parte de la presunción de que el jurado errará en la valoración del *hearsay* por lo que se le quita la facultad de valorar esa prueba.

³⁴ CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 9.

³⁵ La regla que prohíbe la admisibilidad de la prueba obtenida mediante tortura es uno de los raros ejemplos en este sentido: la razón principal que motiva la regla es inhibir la vulneración de la dignidad de la persona, pero es innegable que la regla también tiene algún propósito epistémico, en la medida en que evita la obtención de una verdad corrompida (GASCON ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 118-120).

³⁶ Para un análisis en el ámbito del Derecho colombiano, por ejemplo, vid. SANABRIA VILLAMIZAR, Ronald. J., “Teleología de la cláusula de exclusión en Colombia”, *Revista Academia & Derecho*, 5 (9), julio-diciembre de 2014.

³⁷ Para la definición de “prueba ilícita” se adopta la elaboración de Luca PASSANANTE, según la cual la prueba debe haber sido obtenida fuera del proceso violando normas de Derecho sustantivo con sanciones.

en el artículo 370 CPC, que exige la admisión de toda prueba relevante para la sentencia de mérito. No hay ahí ninguna laguna normativa puesto que, si la prueba es relevante, la regla es que debe ser admitida³⁸.

La exclusión de la prueba relevante, aun cuando sea obtenida por medios ilícitos, implica el sacrificio de información que puede ser esencial para lograr el fin de la Justicia civil, esto es, brindar una tutela efectiva de los derechos³⁹. La regla sobre la admisibilidad de la prueba relevante sólo puede ser derrotada en caso de un eventual conflicto normativo, lo que no ocurre si la “ilicitud” encuentra su fundamento únicamente en el ámbito del Derecho sustantivo. Es decir, si la calificación de la ilicitud de la conducta vinculada a la obtención de la prueba se basa únicamente en el Derecho sustantivo, no hay conflicto con la regla de relevancia, porque ésta se ubica en el plano del Derecho procesal y, en consecuencia, nada justifica excepción a la aplicación de la regla de relevancia.

Por lo tanto, si no hay una regla de exclusión específica como, por ejemplo, ocurre en el caso de la referida regla que protege la confidencialidad entre el médico y el paciente (art. 388.II, CPC brasileño), la prueba debe ser admitida. Hablar de la exclusión de la prueba relevante sin ninguna previsión en el Derecho probatorio positivo significa, en otras palabras, utilizar las reglas sobre la admisibilidad de la prueba para lograr un fin contrario al derecho fundamental a la prueba, esto es, prevenir conductas ilícitas que se produzcan fuera del proceso⁴⁰, lo cual no tiene sentido. Si el texto normativo indica la excepción a la regla general de relevancia –como, por ejemplo, ocurre en el Derecho procesal penal brasileño, según el art. 157, CPP–, la solución está dada por la aplicación de la regla de exclusión. De lo contrario, no hay razón para no aplicar la regla general de relevancia.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La admisibilidad de la prueba funciona como filtro catalizador de la actividad probatoria: su papel es determinante en la promoción de la eficiencia procesal. Si el tema se resuelve de manera equivocada, las consecuencias son graves: puede conducir a decisiones incorrectas –y por ende al fracaso de la tutela de los derechos–, además de pérdidas de tiempo y gastos.

Así, la determinación y aplicación de criterios objetivos –y, por tanto, controlables intersubjetivamente– es fundamental para resolver la cuestión de la admisibilidad de la prueba. La claridad en torno a los criterios de relevancia, eficiencia y de las reglas de exclusión es capaz de mejorar en gran medida el desempeño de la Justicia civil y así

Esto sirve para separar del concepto prueba obtenida mediante violación de normas procesales, conocida como “ilegítima” (PASSANANTE, Luca, *La prova illecita nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 398 y 399).

³⁸ Es decir, no se está ante un caso no regulado, ya que el problema de la admisibilidad está regulado por la regla de admisibilidad de la prueba relevante. Si hay alguna laguna, esta sería de carácter axiológico (PASSANANTE, Luca, *La prova illecita nel processo civile*, op. cit., p. 361).

³⁹ PASSANANTE, Luca. *La prova illecita nel processo civile*, op. cit., pp. 313 y 314.

⁴⁰ PASSANANTE, Luca. *La prova illecita nel processo civile*, op. cit., p. 365.

promover su principal objetivo: brindar una adecuada, eficaz y oportuna tutela de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, Malheiros, São Paulo, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique, *Epistemologia judiciária e prova penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.
- CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 1992.
- CARPES, Artur, *O que provar? Admissibilidade e eficiência da Justiça Civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023.
- DEI VECCHI, Diego, “Admisibilidad y exclusiones probatorias: mapa de una discusión abierta”, en *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, Zela, Lima, 2020.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, “La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, IX (18), 2017.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GASCON ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- HAACK, Susan, “Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects”, en *Evidence Matters: Science, Proof, and the Truth in the Law*, Cambridge, Nueva York, 2014.
- HAACK, Susan, “Trial and Error: Two Confusions in *Daubert*”, en *Evidence Matters: Science, Proof, and the Truth in the Law*, Cambridge, Nueva York, 2014.
- LAUDAN, Larry, *Truth, error and criminal law: an Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- PASSANANTE, Luca, *La prova illecita nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2017.
- PASSANANTE, Luca, “Illegally obtained evidence in civil litigation: a comparative perspective”, en VV. AA., *La prueba en el proceso. Evidence in the process. II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (IIDP & IAPL)*, Atelier, Barcelona, 2018.
- PAULA RAMOS, Vitor, *Prova testemunhal: do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia*, Revista dos Tribunais, São Paulo 2018.
- SALGADO, Daniel Resende, *A metaprova no processo penal*, JusPodium, Salvador, 2023.
- SANABRIA VILLAMIZAR, Ronald. J., “Teleología de la cláusula de exclusión en Colombia”, *Revista Academia & Derecho*, 5 (9), julio-diciembre de 2014.
- SOBA BRACESCO, Ignacio M., “La prueba pericial y la incorporación del conocimiento técnico-científico al proceso jurisdiccional”, en LANDONI SOSA, Ángel y

PEREIRA CAMPOS, Santiago (Coords.), *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*, tomo I, La Ley, Montevideo, 2017.

TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, Padova, 1970.

TARUFFO, Michele, *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*, Marcial Pons, São Paulo, 2012.

VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

LA INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA Y SUS CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD, TEORÍA Y PRÁCTICA DEL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

Fabian Andrés Durán Rivero
Profesor Cátedra de Derecho Procesal y Probatorio
Universidad Industrial de Santander (Colombia)

1. ANTECEDENTES DE LA INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

En el año de 1913 fue creada la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia, cuyo objeto comprendió inicialmente la revisión de las decisiones emitidas por las corporaciones públicas o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición que hiciera el Ministerio Público, los ciudadanos en general, o las personas que se creyeran vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la Ley ciento treinta¹ de dicho año.

Para esta época las pocas reglas procesales que existían indicaban que la parte demandante debía aportar, junto con la presentación de la demanda, un ejemplar autenticado del número del periódico oficial del respectivo Departamento en que se hubiera publicado el acto acusado, o una copia de éste, anexando, además, los documentos u otras pruebas que quisieran hacer valer dentro del proceso². Por su parte, el Ministerio Público o cualquier otro ciudadano que quisiera intervenir en el proceso, podía solicitar la práctica de pruebas adicionales, las cuales se practicarían en un término de entre diez y veinte días según determinación el Tribunal Administrativo competente.

Nótese que el enjuiciamiento de actos administrativos para esta época solo estableció criterios de incorporación de la prueba al proceso, esencialmente documental, sin analizar criterio alguno de admisibilidad, a pesar de que el Código Judicial³ vigente en su momento ya calificaba de inadmisibles aquellas que fuesen inconducentes y las legalmente ineficaces para el proceso civil, pretendiendo con ello evidenciar su falta de aptitud para demostrar el hecho alegado o su ilicitud, respectivamente.

¹ Congreso de la República de Colombia, Ley 130 del 4 de diciembre de 1913, sobre la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, art. 1.

² Congreso de la República de Colombia, Ley 130 del 4 de diciembre de 1913, sobre la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, arts. 55 y 60.

³ Congreso de la República de Colombia, Ley 105 del 17 de octubre de 1931, sobre organización judicial y procedimiento civil, art. 596.

Fue solo hasta 1941, con la expedición de la Ley ciento sesenta y siete⁴, que se incluyó la posibilidad de que los Tribunales Administrativos, previo a la práctica de pruebas, dictaran un auto que se denominó “*para mejor proveer*”, providencia en la cual se podrían aclarar puntos dudosos de la contienda, incluso en relación con aspectos probatorios, medida procesal que podría considerarse como un antecedente de la teoría de la admisibilidad de la prueba en la jurisdicción contencioso-administrativa.

La historia legislativa colombiana reseña al artículo ciento sesenta y ocho del Decreto número uno de 1984⁵, como la primera norma específica que incluyó un análisis de admisibilidad de la prueba en la jurisdicción contencioso-administrativa, pues aquella dispuso el siguiente texto: “*Pruebas admisibles. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del de Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración*”.

Es así como el Código de Procedimiento Civil⁶ de la época, de forma similar al mencionado Código Judicial, estructuró la admisibilidad de la prueba alrededor de una regla de rechazo “*in limine*”, cuando aquellas fueren legalmente prohibidas o ineficaces, versaran sobre hechos notoriamente impertinentes o fueren manifiestamente superfluas.

Ahora bien, la ausencia de definiciones legales para establecer el alcance de tales criterios de admisibilidad impuso a la práctica judicial la adopción de decisiones jurisdiccionales que desarrollaron la teoría de la exclusión de la prueba como respuesta a los cuestionamientos presentados los casos donde se discutía sobre este particular.

2. LA TEORÍA DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA

A pesar de que el procedimiento civil, y por ende el administrativo, contaron con el antecedente teórico utilizado en el proceso penal sobre esta temática, al interior de los despachos judiciales se presentaba una permanente confusión entre el significado de prueba ilícita e ilegal, situación que hizo necesario el análisis por parte de la jurisprudencia y la doctrina para diferenciar dichas figuras jurídicas, algunas de las cuales se referencian a continuación.

Tratadistas como MIRANDA ESTRAMPES enseñan que “[...] *Debemos diferenciar entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba. El primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y*

⁴ Congreso de la República de Colombia, Ley 167 del 16 de diciembre de 1941, sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa, art. 91.

⁵ Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1 del 2 de enero de 1984, por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. El presidente Belisario Betancur sancionó esta norma, fundado en la Ley 58 del 28 de diciembre de 1982, por la cual se concedieron facultades extraordinarias al presidente de la República para reformar el Código Contencioso-Administrativo.

⁶ Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1400 del 6 de agosto de 1970, por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil, art. 178. El presidente Carlos Lleras Restrepo sancionó esta norma, fundado en la Ley 4 del 13 de octubre de 1969, por la cual se revistió al presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para la revisión y expedición del Código de Procedimiento Civil.

normas previstos en la ley. Por su parte, el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales”⁷.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional Colombiana plasmó su criterio de interpretación, realizando una descripción de la prueba ilegal y su diferencia con lo que denominó prueba inconstitucional, siendo esta última comparable con la teoría de la ilicitud probatoria bajo el siguiente precepto: *“Se trata de la inclusión y valoración de la prueba ilegal, es decir, de aquella que ha sido practicada, recaudada, y valorada en contravía de las formas propias de cada juicio, concretamente, del régimen legal de la prueba, o de la prueba inconstitucional, esto es, de aquella prueba que, en agresión directa a los preceptos constitucionales, ha sido incluida en el proceso en desconocimiento y afrenta de derechos fundamentales”⁸.*

El máximo tribunal constitucional también estableció mediante este pronunciamiento la doctrina de los frutos pertenecientes al árbol envenenado, propia del sistema jurídico norteamericano, la cual consiste en excluir todas las pruebas viciadas y las que se deriven de estas. Resulta importante advertir que la prueba ilícita, en principio, no es susceptible de valoración judicial, aunque se han planteado algunas teorías, como aquella que propende por el análisis de la fiabilidad de la prueba, cuyo análisis permite establecer excepciones particulares que le conceden al juez la posibilidad de sopesar los intereses en conflicto y privilegiar a unos sobre otros.

Esta distinción conceptual permitió posteriormente al legislador construir una redacción más específica sobre los criterios de admisibilidad de la prueba, pues el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– otorgó consecuencias de nulidad a la prueba ilícita al establecer que *“Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas. La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla”⁹.*

Finalmente, la expedición del Código General del Proceso¹⁰ reafirmó la regla de rechazo probatorio, al indicar que el juez, mediante providencia motivada, así lo decidiría cuando advirtiera que las pruebas aportadas o solicitadas por las partes fuesen ilícitas, notoriamente impertinentes, inconducentes o manifiestamente superfluas o inútiles, norma que resulta aplicable al procedimiento administrativo, en lo referente a los criterios de admisibilidad, por cuenta de la remisión expresa que hace artículo doscientos once del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista catalana de seguretat pública*, núm. 22, 2010, pp. 131-151.

⁸ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-233 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 del 2011, art. 214.

¹⁰ Congreso de la República de Colombia, Ley 1564 del 2012, art. 168.

3. LA REALIDAD DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

Las reglas probatorias dispuestas para el proceso contencioso-administrativo enlistan disposiciones que habilitan presunciones de legalidad, por ejemplo, de los actos proferidos por la Administración, situación que exige al demandante la acreditación de la ocurrencia de los hechos en que se subsume en el supuesto alegado como fundamento de sus pretensiones en la demanda.

Nótese que las actuales referencias normativas ofrecen al juez administrativo una serie de herramientas jurídicas para decidir acerca de la admisibilidad de la prueba en la etapa procesal prevista para su decreto, sin embargo, la práctica judicial demuestra que pocas veces se acude a su análisis, pues se evidencia que el criterio imperante es el de la incorporación probatoria, usualmente de tipo documental, lo que genera voluminosos expedientes que deben ser minuciosamente revisados para valorar la prueba que permita proferir la sentencia que decida de fondo sobre el caso.

Esta circunstancia ocurre principalmente en medios de control como el de nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y en las controversias contractuales, puesto que el parágrafo del artículo ciento setenta y cinco del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– exige a las entidades públicas demandadas la presentación del expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder, requerimiento que realiza el juez de conocimiento en la providencia que admite la demanda.

4. DE LA INCLUSIÓN PROBATORIA A LA TEORÍA DE LA RELEVANCIA

La disposición normativa citada en el capítulo anterior no es problemática en sí misma, toda vez que aquella desarrolla una premisa de orden epistemológico que prescribe que es importante para el proceso *“la admisión de toda prueba que aporte información relevante sobre los hechos que se juzgan”*¹¹, principio clásico de inclusión probatoria, tan mentado por tratadistas como FERRER BELTRÁN, aludiendo el pensamiento de BENTHAM, sin embargo, se considera importante que la práctica de la prueba en el proceso contencioso-administrativo se acompañe de la aplicación de criterios de selección previos, con el fin de garantizar una valoración eficaz de la misma.

Sobre este particular, señala NISIMBLAT, que del principio de necesidad de la prueba se desprenden las siguientes reglas: *“1. No podrá valorarse la prueba que no fue pedida en tiempo, decretada legalmente y practicada en debida forma. 2. No podrá practicarse la prueba que no fue legalmente decretada. 3. No podrá decretarse la prueba que no fue oportunamente pedida o aportada o que, además, sea inconducente, impertinente o inútil. 4. No podrá pedirse o aportarse la prueba en oportunidad distinta que la prevista en la ley”*¹².

¹¹ FERRER BELTRÁN, Jordi, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, vol. IX, núm. 18, 2017, pp. 150-169.

¹² NISIMBLAT, Nattan, *Derecho Probatorio. Tecnologías de la información y la comunicación*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2023, p. 208.

Pareciera que la selección de la prueba dentro del proceso fuese un asunto que compete exclusivamente al juez, no obstante, aquella actividad comporta un tema de interés frente a los deberes que le asisten a los demás intervinientes del proceso, ya que su función principal es evitar la práctica de pruebas que resultaren inadmisibles, pues como enseña TARUFFO *“las partes no deben sentirse obligadas a presentar cualquier prueba que quieran, ni tampoco se les debe permitir hacerlo, porque esto ocasionaría demoras y complicaciones en el funcionamiento del proceso”*¹³.

El panorama expuesto acerca de la realidad actual en la práctica judicial al interior de la jurisdicción administrativa, aunado a los clásicos problemas de congestión en la Justicia colombiana, permiten afirmar que la abundancia documental en el proceso contencioso-administrativo, sin garantizar una adecuada selección previa de la prueba, trae como consecuencia plausible la emisión de decisiones judiciales cuya valoración individual y conjunta de la prueba se aleja de los parámetros de eficacia que prescribe la ley.

5. UNA PROPUESTA PARA LA SELECCIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

El presente artículo propone la implementación de un criterio de selección probatorio que aplique la teoría de la relevancia de los medios de prueba, esto como una solución sensata frente a la problemática que se avizora, de tal suerte que se priorice la valoración de aquellos elementos que guarden estrecha relación con la fijación del litigio propuesta por el juez y avalada por las partes durante el desarrollo de la audiencia inicial prevista en el artículo ciento ochenta de la legislación procesal administrativa colombiana.

Se resalta que la teoría de la relevancia es entendida por la doctrina como *“un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos”*¹⁴, pues es conveniente afirmar que a ningún sistema de valoración probatoria le interesa la incorporación de elementos de prueba inútiles y, por tanto, innecesarios.

El momento procesal previsto en esta propuesta para aplicar la teoría de la relevancia de los medios de prueba, no es otro que la oportunidad señalada en la ley para su decreto. Al respecto, dispone artículo ciento ochenta del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– que *“Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: 10. Decreto de pruebas. Solo se decretarán las pruebas pedidas por las partes y los terceros, siempre y cuando sean necesarias para demostrar los hechos sobre los cuales exista disconformidad, en tanto no esté prohibida su demostración por confesión o las de oficio que el Juez o Magistrado Ponente considere indispensables para el esclarecimiento de la verdad. [...]”*.

Por último, se deduce que la audiencia inicial resulta ser la etapa procesal propicia para la implementación de la propuesta, pues es allí donde se permite someter al control de las partes las decisiones que en relación con la relevancia del medio probatorio adopte

¹³ TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2008, p. 37.

¹⁴ *Ibidem*, p. 38.

el juez, ya que los medios de impugnación garantizar a las partes el derecho a controvertir las providencias judiciales proferidas, actos que se realizarían en tiempo real, privilegiando la oralidad como mecanismo eficaz para valorar los argumentos de todos los intervinientes sobre ese tema en particular.

6. CONCLUSIONES

La incorporación probatoria, en especial la documental, es una metodología constante en la historia del proceso contencioso-administrativo colombiano, actividad que requiere de la implementación de sistemas de selección para la correcta admisión de los medios de prueba, aplicando criterios que garanticen una valoración eficaz de la misma. Es por ello que la metodología propuesta y basada en la teoría de la relevancia de los medios probatorios, permite a todos los intervinientes del proceso realizar un análisis acerca de la conexión lógica que pueda llegar a tener la prueba con el hecho litigioso a demostrar, así como de las normas que determinan los requisitos intrínsecos y extrínsecos exigidos para el decreto probatorio, haciendo del expediente un documento más accesible a la hora de realizar la valoración que permita la adopción de una decisión lo más cercana posible a la verdad.

BIBLIOGRAFÍA

- FERRER BELTRÁN, Jordi, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, vol. IX, núm. 18, 2017.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista catalana de seguretat pública*, núm. 22, 2010.
- NISIMBLAT, Nattan, *Derecho Probatorio. Tecnologías de la información y la comunicación*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2023.
- TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

A VUELTAS CON LA OBTENCIÓN Y LA EXHIBICIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Sílvia Pereira Puigvert
Profesora Agregada de Derecho Procesal
Universidad de Girona

1. NOTA INTRODUCTORIA

En España son numerosos los litigios civiles en los que las partes recurren a algún tipo de documento para probar los hechos controvertidos. La necesidad y conveniencia de plasmar un pensamiento o declaración de voluntad mediante escritura ha existido prácticamente desde siempre. En el período neolítico, se utilizaba la escritura pictográfica a través de las piedras. En la antigua cultura egipcia el papiro se convirtió en el soporte de escritura idóneo. Otro precedente del hoy reconocidísimo papel fue el pergamino. Esta necesidad de plasmar una manifestación de voluntad se remonta a tiempos inmemoriales, si bien es cierto que el soporte de la escritura ha sido distinto según la etapa histórica vivida. Ya, en el actual siglo, hemos asistido al nacimiento de la *cibercultura* y a la proliferación de los soportes informáticos.

Pese al carácter de “reina de los medios probatorios”, obtener documentos en manos del otro litigante o, incluso, de un tercero ajeno al proceso, es una cuestión que resulta ardua y controvertida.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil española (en adelante, LEC), más en concreto en sus artículos 328 a 333, se regula la institución de la exhibición documental que “*tiene como finalidad permitir que las partes en un proceso puedan obtener de otros litigantes o de terceros ajenos a la relación procesal los documentos que precisan para hacer prosperar sus pretensiones*”¹.

Asimismo, y pasando a cuestiones de Derecho comparado, en mis investigaciones previas ha dedicado el grueso de mis esfuerzos a explicar, por su relación con la exhibición documental, el instituto angloamericano del *discovery* (y *electronic discovery*) por pertenecer a otra cultura jurídica, muy distinta de la española.

Partiendo de todas las premisas, el presente ensayo se estructura del modo siguiente: en primer lugar, el análisis del estado de la cuestión en el Derecho español; en segundo lugar, el tratamiento de la cuestión en el Derecho comparado (EE. UU.) y, por último, se

¹ PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 299.

pretende, sobre todo, describir lo que sucede a uno y otro lado del océano Atlántico y exponer las principales conclusiones.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

2.1. Mecanismos preprocesales de acceso al documento

En el ordenamiento jurídico español existen dos mecanismos a través de los que los litigantes pueden acceder a documentos (probatorios) y soportes informáticos: las diligencias preliminares exhibitorias y las medidas de aseguramiento de la prueba. Se trata de mecanismos preprocesales porque se solicitan antes de la iniciación de un proceso y en el supuesto de las medidas de aseguramiento pueden pedirse también durante el curso del mismo proceso.

Por lo que a la definición de diligencias preliminares² se refiere, se afirma que son actuaciones encaminadas a preparar con garantías la demanda y el posterior proceso³. En efecto, *“los hechos que se pueden averiguar a través de las diligencias preliminares se refieren normalmente a quién tiene la legitimación pasiva en el futuro pleito, es decir, frente a quién habrá de dirigirse la demanda, aunque haya algunas diligencias preliminares a través de las cuales se pueden determinar otros extremos, como la legitimación activa (art. 256.1.6º LEC), o hechos fundamentales para el éxito de la demanda (art. 256.1.3º LEC)”*⁴.

Mediante las diligencias exhibitorias pueden obtenerse documentos contables, contrato de seguro, acto de última voluntad o, más recientemente, un historial clínico y documentos bancarios, financieros o aduaneros, estos últimos documentos en supuestos de ejercicio de una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual⁵. Más allá de la LEC, determinadas leyes especiales (como, por ejemplo, la Ley de Patentes) contienen disposiciones acerca de diligencias preliminares de exhibición de documentos⁶.

En todo caso, para que sea admisible una diligencia preliminar (exhibitoria o de otra naturaleza) será preciso que concurren los siguientes presupuestos: a) en la solicitud se expresarán los fundamentos de las diligencias y se hará referencia al asunto objeto del juicio que se quiera preparar y, b) el solicitante de las diligencias ofrecerá caución para responder de los daños y perjuicios que pudieran ser causados por la práctica de las mismas⁷.

² Regulación de las diligencias preliminares en los artículos 256 a 263 LEC.

³ BANACLOCHE PALAO, Julio, *Las diligencias preliminares*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 17 y ss.

⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio (con DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; VEGAS TORRES, Jaime), *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 36.

⁵ Digo más recientemente porque la petición de historia clínica o documentos bancarios, financieros o aduaneros se ha introducido en la LEC por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

⁶ Para un estudio exhaustivo, sobre todo, de las diligencias preliminares en leyes especiales véase GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 60 y ss.

⁷ Para mayor detalle véase DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, “Las diligencias preliminares: supuestos y requisitos de la solicitud”, *Práctica de Tribunales*, núm. 40, julio-agosto de 2007, pp. 21 y ss.

Una vez fijados los requisitos de la solicitud, es preciso delimitar qué ocurre en caso de negativa a llevar a cabo las diligencias. En particular, *“si la persona citada y requerida no atendiese al requerimiento ni formulare oposición, el tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes medidas, por medio de un auto, en el que expresará las razones que las exigen: [...] Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciar que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal”*. Similares medidas se adoptarán ante la negativa a exhibir el historial clínico o los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros a los que nos hemos referido con anterioridad.

Este régimen legal presenta especialidad en el supuesto de exhibición de los documentos o cuentas de una sociedad. El legislador no ha querido dar a estos documentos el mismo trato que al resto. Así las cosas, si se hubiese pedido la exhibición de documentos contables, *“se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior –y en caso de negativa a practicar la diligencia– las cuentas y datos que presente el solicitante”*.

Paso ahora a ocuparme de ciertos aspectos problemáticos:

a) De los efectos de la negativa a llevar a cabo las diligencias, el punto más controvertido es la orden de entrada y registro porque pueden verse vulnerados derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española⁸. Esta orden de entrada y registro abstractamente o en sí misma considerada resulta totalmente constitucional en el marco de un proceso civil, siempre y cuando se cumplan determinados presupuestos: previsión normativa, proporcionalidad y jurisdiccionalidad⁹. En efecto, el reconocimiento expreso a esta medida que hace la LEC, en sede de diligencias preliminares, destierra cualquier género de dudas sobre la admisibilidad de la misma en términos de su adecuación constitucional.

b) Igualmente, puede hablarse del efecto concreto de *“se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante”*. Estamos ante una presunción *iuris tantum* y esta conclusión que, si bien puede ser objeto de matizaciones, se da *“por una evidencia derivada de una conducta reticente a la exhibición, es decir, la falta de colaboración a exhibir origina consecuencias desfavorables para la parte que ha adoptado esta actitud reacia”*¹⁰.

c) Retomando la orden de entrada y registro, otro aspecto al que puede prestarse atención es el de la conveniencia de permitir expresamente la posibilidad de proceder a la entrada y registro sin previa citación del destinatario de la diligencia. Es decir, la adopción *inaudita parte*.

Pasando al otro mecanismo preprocesal de acceso a documentos, la nota más característica de las medidas de aseguramiento de la prueba es, precisamente, su posible adopción *inaudita parte*¹¹. Característica que resulta de máxima importancia para la

⁸ BELLIDO PENADÉS, Rafael, “Comentarios a los artículos 256 a 263 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en VV. AA., *Proceso Civil Práctico III-2*, Madrid, 2010, pp. 154 y 155.

⁹ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2023.

¹⁰ PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, *La exhibición de documentos y soportes...*, op. cit., p. 59.

¹¹ Regulación de las medidas de aseguramiento de la prueba en los artículos 297 a 298 LEC.

protección de determinados documentos como los de carácter informático y evitar que se vean alterados. Todos los documentos pueden verse alterados o manipulados con facilidad. Comoquiera que este trabajo tiene por objeto, principalmente, el estudio de la exhibición documental en España y la comparativa con EE. UU., no nos detendremos en cómo pueden falsificarse los documentos¹². En relación con la adopción de las medidas *inaudita parte* se afirma su especial valor para la salvaguarda de los documentos informáticos ya que poner en aviso a la contraparte puede acarrear consecuencias desfavorables como, por ejemplo, la destrucción del documento relevante a efectos del proceso.

Comprobada la finalidad de las medidas de aseguramiento (evitar que por comportamientos humanos o naturales puedan destruirse estados de cosas u objetos materiales y resulte imposible practicar la prueba en el momento procesal oportuno), vamos a fijarnos en los requisitos para su adopción: 1) que la prueba que pretenda asegurarse sea posible, pertinente y útil; 2) que exista un temor fundado que, en caso de no adoptarse las medidas de aseguramiento, resulte imposible la práctica de la prueba y, 3) que la medida propuesta no cause perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros.

Llegados aquí, parece lógico tratar a continuación la coordinación entre las diligencias preliminares, las medidas de aseguramiento de la prueba y la exhibición documental. A primera vista, resulta problemático determinar los casos en que proceden cada una de estas tres figuras procesales. El panorama de los pareceres doctrinales y jurisprudenciales es, en este extremo, muy abigarrado y, además, en la praxis forense cabe constatar una instrumentalización de las diligencias preliminares como vehículo de solicitudes de aseguramiento de la prueba¹³. De entrada, la institución de las diligencias preliminares abarca distintas finalidades con un denominador común: la preparación del juicio con las debidas garantías. Ahora bien, dentro de estas finalidades también puede estar la obtención de documentos probatorios para acreditar los hechos controvertidos (por ejemplo, un historial clínico)¹⁴.

Se propone un modo concreto de solucionar esta cuestión. Acudir al mecanismo de las diligencias preliminares a efectos de que se exhiban al solicitante los documentos necesarios para interponer su demanda y si precisa una copia de estos documentos, simultáneamente, solicitar una medida de aseguramiento de la prueba. Para ello deberán cumplirse una serie de requisitos relacionados con la pertinencia de la prueba a asegurar,

¹² Para un análisis detallado de cómo pueden falsificarse los documentos véase TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 86; SANCHÍS CRESPO, Carolina, *La prueba por soportes informáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 65; y PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, *La exhibición de documentos y soportes...*, *op. cit.*, pp. 68 y ss.

¹³ Han tratado toda esta cuestión: MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2007, p. 314, nota al pie 24; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio (con DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; VEGAS TORRES, Jaime), *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, *op. cit.*, p. 256; CLEMENTE CASAS, Ismael, "Diligencias preliminares y medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba", *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 12-2005, p. 92. AAP Zamora núm. 1/2003 (Sección Única), de 8 de enero, fundamento jurídico tercero.

¹⁴ En el mismo sentido que lo apuntado en el texto, véase ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo; SEGURA CROS, Bibiana, "Obtención del documento y deber de exhibición entre partes y terceros", en ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (Dirs.), *La prueba documental. Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 419. AAP Cuenca 48/1998, de 21 de octubre, fundamento jurídico primero.

proporcionalidad de la medida y riesgo de que resulte imposible la práctica de la prueba. En caso de no cumplirse tales requisitos, cabría pedir una diligencia exhibitoria y, de manera concurrente, obtener una copia de los documentos, haciendo innecesario el posterior planteamiento de la exhibición y cumplir con la intención del legislador de acompañar a la demanda los documentos sobre el fondo. Para que esta última solución sea cabal debe tratarse de documentos que no estén bajo secreto, ni afecten a la intimidad de la persona ni se trate de un supuesto que no tenga encaje en el artículo 256 LEC (clases de diligencias)¹⁵. En relación con la intimidad de un individuo y con la revelación de datos personales, hay una sentencia del Tribunal Constitucional español que tiene como antecedentes de hecho la solicitud por parte de una asociación de consumidores de unas diligencias preliminares a la entidad bancaria del BBVA, con el objeto de que le proporcionara información sobre clientes que habían contratado determinados productos financieros para una acción de reclamación. El juez las acordó y lo notificó al banco. Pero algunos de los clientes afectados, ajenos al proceso, se opusieron a que el juez revelase a la asociación sus datos. Finalmente, el Tribunal Constitucional les concede el amparo¹⁶. Dicha resolución pone de manifiesto los problemas que puede acarrear la obtención de documentos que contienen datos personales de terceros ajenos al proceso. En casos de posible vulneración del derecho a la intimidad ha de hacerse, por parte de los órganos judiciales, una ponderación de los intereses o derechos en juego.

2.2. La exhibición documental

2.2.1. La exhibición documental entre partes: artículos 328 y 329 LEC. Y la exhibición de documentos por terceros: artículo 330 LEC

Con la ineludible necesidad de sintetizar contenidos, las próximas líneas se encaminan a continuar procurando una visión esquemática de las conclusiones más relevantes sobre los preceptos dedicados a la exhibición documental.

Para empezar, el artículo 328 LEC dispone que “*cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba*”. Este inciso “de las demás” se está refiriendo a la contraparte, a los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella y a los litisconsortes¹⁷.

Siguiendo con el artículo 329 LEC (efectos de la negativa a la exhibición), una circunstancia que puede motivar la negativa justificada a exhibir es la expiración del plazo de los deberes de conservación de documentos¹⁸. Por lo que respecta a los efectos de la negativa, esta vez injustificada, a la exhibición, se podrá atribuir valor probatorio a la copia simple que debe presentar el solicitante de la exhibición o a la versión que del

¹⁵ PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, *La exhibición de documentos y soportes...*, op. cit., pp. 83 y ss.

¹⁶ STC 219/2012, de 26 de noviembre.

¹⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José; BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 394. En relación con los litisconsortes, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000, p.117.

¹⁸ SAP Cuenca (Sección 1ª) de 16 de diciembre de 2004, fundamento jurídico cuarto.

contenido del documento se hubiese dado y se requerirá para que los documentos sean aportados al proceso siempre y cuando se cumplan determinadas exigencias¹⁹. Se trata de dos vías alternativas y la solución para determinar cuándo procede uno y otro pasa por el análisis del caso concreto.

Los preceptos dedicados a la exhibición documental propiamente dicha arrojan una gran cantidad de dudas y perplejidades, razón por la cual seguiremos acometiendo su análisis.

Por lo que respecta a la exhibición por terceros, “sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad cuando, pedida por una de las partes, el tribunal entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia”²⁰. Se requerirá a éstos tanto si son el propietario del documento como un simple tenedor del mismo (siempre que resulte identificado por el tercero propietario).

Si volvemos a la cuestión relativa a la orden de entrada y registro de las diligencias preliminares, surge el interrogante de si cabe decretarlo por analogía al requerimiento de exhibición desatendido (exhibición entre partes y por un tercero) dado que la LEC no dice nada al respecto. De hecho, es la conclusión a la que llega gran parte de la doctrina a pesar de la ausencia de cobertura legal expresa²¹. A mi juicio, es necesario dar un paso más allá y considerar la oportunidad de introducir *de lege ferenda* otras medidas ante la negativa injustificada a exhibir. Estas medidas, inspiradas en el Derecho norteamericano, las examinaremos más adelante.

En la LEC no hay referencia alguna a la posibilidad de sujetar la exhibición a una provisión de fondos. La conclusión a la que se llega consiste en el establecimiento de dicha provisión de fondos, en los casos de búsqueda de datos muy complejos, en atención a los largos intervalos de tiempo que determinado sujeto puede destinar a la recopilación de archivos informáticos, por ejemplo²². Y como se trataba no sólo de encontrar la falta sino también el remedio, me pareció preciso arrojar luz sobre el momento procesal en el que debe formularse la solicitud de exhibición, del que tampoco nada se dice en la LEC, que sería para el juicio ordinario, la audiencia previa al juicio, y en la demanda o en el acto de la vista, en el caso del juicio verbal²³.

¹⁹ “[...] cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas” (artículo 329 LEC).

²⁰ Los presupuestos a los que debe sujetarse la catalogación de un documento como trascendente o no a los efectos de determinar si procede el requerimiento a terceros son: “a) Documentos que incidieran sustancialmente en el fallo del tribunal, provocando con su aportación un giro considerable en el resultado del pleito; b) Aunque no gocen de esta incidencia sustancial en el resultado del litigio, puede tratarse de documentos con importancia relevante y no accesorio para fundar la sentencia; c) Documentos que, por su contenido, contribuyan al convencimiento del juez de que tiene que dirigirse al tercero; d) Documentos que se refieran a las pretensiones del actor o demandado. No puede tratarse de un documento que no tenga nada que ver con lo alegado por estos sujetos y, e) Documentos que constituyan prueba pertinente y útil”, PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, *La exhibición de documentos y soportes...*, op. cit., pp. 126-127. La autora, a su vez, cita a SACRISTÁN REPRESA, Marcos, “Comentario al artículo 330 LEC”, en VV. AA., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, Barcelona, 2000, p. 1553. Y a la Sentencia del Tribunal Supremo español de 8 de julio de 1988, fundamento jurídico primero.

²¹ MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, op. cit., p. 319; y ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *La prueba documental y los medios...*, op. cit., p. 126.

²² PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, *La exhibición de documentos y soportes...*, op. cit., pp. 247 y 248.

²³ “Sabemos que la tutela como indica el propio artículo 5 de la LEC, puede ser declarativa, ejecutiva o cautelar; y entre la declarativa cabe la que condena a una determinada prestación, declara la existencia de derechos o situaciones jurídicas

2.2.2. Casos especiales de exhibición

Conforman estos supuestos especiales la exhibición de documentos en poder de la Agencia Tributaria, la exhibición de libros de los comerciantes y la exhibición de historiales clínicos. Tres supuestos especiales que plantean, al mismo tiempo, tres problemas o dudas: 1) el excesivo blindaje de los datos de la Agencia Tributaria (solamente pueden cederse en casos específicos); 2) el distinto tratamiento recibido por los libros de los comerciantes y, 3) la titularidad y aportación de los historiales clínicos y las anotaciones subjetivas anotadas en el mismo historial.

Sobre la primera cuestión, antes que nada, es preciso hacer referencia al artículo 332 LEC: *“Las dependencias del Estado, Comunidades Autónomas, provincias, Entidades locales y demás entidades de Derecho público no podrán negarse a exhibir las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los tribunales ni oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto. En este caso, se dirigirá al tribunal exposición razonada sobre dicho carácter. Salvo que exista un especial deber legal de secreto o reserva, las entidades y empresas que realicen servicios públicos o estén encargadas de actividades del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las provincias, de los municipios y demás Entidades locales, estarán también sujetas a la obligación de exhibición, así como a expedir certificaciones y testimonios, en los términos del apartado anterior”*. La exhibición de documentos en poder de la Agencia Tributaria es una manifestación de la exhibición de documentos en poder de entidades oficiales (art. 332 LEC).

Los datos en poder de la Agencia Tributaria no podrán ser cedidos a terceros excepto que la cesión tenga por objeto: *“la protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Fiscal”*. Y *“la colaboración con los jueces y tribunales para la ejecución de resoluciones judiciales firmes [...]”*²⁴. Opino que nos hallamos ante un excesivo blindaje por parte de la Agencia Tributaria y una colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la tutela judicial efectiva (todos los ciudadanos tienen, reconocido por la Constitución, el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para su defensa).

o constituye, modifica o extingue tales situaciones jurídicas. Desde un punto de vista de técnica procesal, y centrándonos en la tutela declarativa, su otorgamiento puede articularse a través de procesos ordinarios y procesos especiales. En la LEC los juicios ordinarios son el llamado «ordinario» y el verbal [...]. Siendo dos los procesos ordinarios, debe determinarse cuál es aquel que la propia ley señala como adecuado para solicitar la tutela de que se trate. A tales efectos, se han utilizado secularmente dos criterios: la cuantía o la materia que se dilucide en el proceso (reclamación de cantidad; solicitud de divorcio; etc.). La materia opera como criterio especial, y por tanto de aplicación preferente; en tanto la cuantía constituye el criterio general, al que se acude a falta de aplicación del criterio especial”, ARMENTA DEU, Teresa, Lecciones de Derecho Procesal Civil, Marcial Pons, Madrid, 2023. Para conocer las distintas fases o estructura tanto del juicio ordinario como del juicio verbal (audiencia previa, vista, etc.), véase a la misma autora en ARMENTA DEU, Teresa, Lecciones de Derecho Procesal Civil, op. cit. Para conocer más detalles del funcionamiento de la audiencia previa al juicio ordinario (y también de la vista del juicio verbal), PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, “La audiencia previa al juicio: análisis de sus funciones. Especial referencia a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y al Décret nº 2012-66 de résolution amiable des différends”, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 2, 2013, pp. 181 y ss. Sobre el tiempo procesal de la exhibición, PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, La exhibición de documentos y soportes..., op. cit., pp. 130-133.

²⁴Art. 95 de la Ley General Tributaria española.

La solución alternativa es la de fijar expresamente determinados supuestos de protección de bienes jurídicos que prevalezcan sobre el derecho a la obtención de medios de prueba o dejar a los tribunales la ponderación de los intereses y circunstancias concurrentes del caso concreto para resolver si se da lugar o no a la petición de exhibición²⁵.

La causa del distinto tratamiento recibido por los libros de los comerciantes (que ya hemos tenido ocasión de comprobar cuando hablábamos de los efectos ante la negativa a practicar la diligencia de exhibición de cuentas de una sociedad) puede deberse, principalmente, a reminiscencias históricas²⁶.

Los historiales clínicos, por su parte, son de titularidad compartida entre el paciente y el médico porque lo que realmente interesa de los mismos es su contenido que afecta al paciente y que es anotado por el facultativo²⁷. Tanto el historial como las anotaciones subjetivas (impresiones del médico sobre el paciente) serán aportados al proceso. Debe advertirse que en la aportación de historiales clínicos hay que tener en cuenta el alcance del secreto profesional médico y la relación entre los derechos fundamentales y la negativa a exhibir. En este sentido, debe distinguirse si es el propio paciente quien solicita su exhibición (si presta su consentimiento deberán exhibírselo) o, por ejemplo, si se trata de una entidad aseguradora demandada que quiere acreditar la ocultación de una enfermedad por parte del demandante. Si el interesado presta su consentimiento, de igual modo, deberán exhibírselo. Si no presta su consentimiento, la solución que propongo es que se aporte una exposición justificada de tal negativa²⁸.

3. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Para el análisis de Derecho comparado parece razonable situar la mirada en el Derecho Procesal anglosajón. Merece la pena realizar esta referencia porque el Derecho anglosajón (*common law*) descansa en unos planteamientos o filosofía de fondo muy diferente a la tradición jurídica continental. Entre la cultura jurídica americana y la europea existe una gran disparidad y un contraste enriquecedor, razón que hace aconsejable su estudio en los próximos apartados.

3.1. Elementos para el contraste

La cultura jurídica americana ejerce cada vez más influencia sobre el resto de los ordenamientos pertenecientes a la familia del *civil law*. Una muestra de ello es la pujanza de la institución del *discovery* (y el *e-discovery*), a través de la cual, una parte puede solicitar la declaración de la otra o la exhibición de documentos que estén en su poder.

²⁵ PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, *La exhibición de documentos y soportes...*, op. cit., pp. 146 y 147.

²⁶ Hay otras causas. Una opción de política legislativa y la rigurosidad a la hora de llevar la contabilidad por parte de las sociedades o comunidades, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *La prueba documental y los medios...*, op. cit., p. 113. Sobre lo apuntado acerca de las reminiscencias históricas véase PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, *La exhibición de documentos y soportes...*, op. cit., pp. 57 y ss. y 149 y ss.

²⁷ Hay otras teorías relacionadas con la titularidad del historial clínico, RÍOS LÓPEZ, Yolanda, "Aportación de documentos en supuestos especiales", en ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (Dirs.), *La prueba documental. Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 377 y ss.

²⁸ PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, *La exhibición de documentos y soportes...*, op. cit., pp. 170 y 171.

El así llamado *e-discovery*, por su parte, constituye un procedimiento en donde la información almacenada electrónicamente es asegurada, localizada y buscada con la intención de usarla como prueba.

Tras estas líneas introductorias nos centraremos en una serie de elementos para realizar una especie de comparación entre España y Estados Unidos²⁹:

Si dirigimos la mirada al sistema español y, en particular, a los mecanismos de obtención de documentos en fase preprocesal nos encontramos con el primer elemento para el contraste. En EE. UU. hay mecanismos parecidos (*discovery*) pero con una notable diferencia: la neutralidad o pasividad del juez que, en algunas ocasiones, sólo se pronuncia si así lo requieren las partes. En cambio, la decisión sobre la práctica de las diligencias preliminares corresponde exclusivamente al juez (art. 258.1 LEC)³⁰ y lo mismo ocurre con las medidas de aseguramiento (art. 298.2 LEC)³¹.

Más diferencias. “*El discovery va más allá de la recepción de medios probatorios, delimita las cuestiones objeto del litigio y examina las fuentes de prueba en poder de la contraparte*”³². Las diligencias preliminares recogidas en la LEC no se conciben como una institución probatoria, aunque entre ellas existan no pocas claramente dirigidas a la obtención de prueba.

Y no sólo hay diferencias con las diligencias preliminares reguladas en la LEC, sino que también las hay en relación con las medidas de aseguramiento de la prueba y la exhibición documental. Por expresa disposición de la Ley de enjuiciamiento española, las medidas de aseguramiento podrán solicitarse antes de la iniciación de cualquier proceso o durante el curso del mismo, pero debe existir un riesgo de que la prueba no pueda practicarse. Mientras que en el *discovery* cabe hablar de un ámbito objetivo de aplicación no tan limitado (no solamente se refiere a la acreditación de un riesgo).

La exhibición documental entre partes (regulada en el ordenamiento español) no puede hallar su fundamento en una suerte de deber genérico que grave a los litigantes a prestarse recíprocamente medios de prueba. En este sentido, el Derecho español y, en general, el del resto de países de la Europa continental, difieren por completo del modelo vigente en los EE. UU., afirmación que poco puede sorprender a la vista del diverso contexto cultural y si se repara que ni el principio de la buena fe ni los deberes de veracidad e integridad (aspectos que se interrelacionan con un deber general de colaboración) parecen incluir un deber en el sentido expuesto³³.

²⁹ Para la comparativa se siguen varias de las cosas apuntadas en la obra HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

³⁰ Art. 258.1 LEC: “Si el tribunal apreciar que la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo, accederá a la pretensión, fijando la caución que deba prestarse. El tribunal rechazará la petición de diligencias realizada, si no considerare que éstas resultan justificadas. La solicitud deberá resolverse en los cinco días siguientes a su presentación”.

³¹ Art. 298.2 LEC: “Para decidir sobre la adopción de las medidas de aseguramiento de una prueba, el tribunal deberá tomar en consideración y podrá aceptar el eventual ofrecimiento que el solicitante de la medida haga de prestar garantía de los daños y perjuicios que la medida pueda irrogar”.

³² PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, *La exhibición de documentos y soportes...*, op. cit., p. 252.

³³ Un estudio amplio sobre el principio de la buena fe es PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 57 y ss. Y un estudio sobre la buena fe y los deberes de veracidad,

En el sistema americano existen provisiones de fondos por si la complejidad del *discovery* así lo requiere. Como ya hemos señalado, en España no sucede lo mismo.

Otro aspecto destacable donde se aprecia una notable diferencia entre el régimen de la LEC y el del *discovery* es el de la necesidad impuesta en la LEC (art. 328.2) de acompañar a la solicitud de exhibición copia simple del documento y, si no existiere, se indicará en los términos más exactos posibles el contenido de aquél. En determinadas ocasiones, lo dispuesto en este precepto no será posible. Adviértase que habrá supuestos en los que se requieran multitud de datos (por ejemplo, informes de una empresa que acrediten un daño al medio ambiente) de los que no tenga copia el solicitante de la exhibición ni pueda hacerse una reproducción idéntica (pero haya indicios de que existen porque es deber, por ejemplo, de la empresa emitir informes sobre el control y autorización de vertidos industriales) y, de conformidad con el artículo 328.2 LEC, no procederá la solicitud de exhibición. En Estados Unidos no existe tal disposición normativa y puede solicitarse la exhibición sin necesidad de aportar copia o reproducción exacta. La regulación americana resulta, en este aspecto, mucho más acertada que la española ya que no disponer de copia o reproducción no significa que no quede justificada la prestación de auxilio judicial para la exhibición de documentos relevantes a efectos del proceso.

De lege ferenda y ante la negativa a exhibir, en el Derecho español, podrían introducirse otras medidas (inspiradas en las que se producen en el derecho americano ante maniobras fraudulentas del *discovery*) que servirían para potenciar la exhibición documental: reintegro de los gastos en que hubiera incurrido la parte que ha actuado honradamente; la fijación como ciertos de aspectos clave del asunto en perjuicio de la parte que ha actuado de mala fe o, la terminación del proceso con sentencia desfavorable para esta última. Con estas medidas se evitaría tener que aplicar por analogía una cuestión tan controvertida como es la orden de entrada y registro. Al hilo de esto último, en el caso español, pueden invocarse causas justificadas de negativa a exhibir, entre otras la lesión del derecho a la intimidad o documentación clasificada con carácter de secreto. En esta misma línea, en el ordenamiento americano existen los llamados *privileges* que permiten negarse a exhibir los apuntes del abogado relacionados con el proceso o negarse a revelar el intercambio de opiniones entre médico y paciente³⁴.

Por último, debe tenerse presente el *electronic discovery*, esto es, un sofisticado proceso que forma parte del *discovery*, pero con reglas especiales. Como ya se ha dicho, el *electronic discovery* sería un “proceso en donde la información almacenada electrónicamente es asegurada, localizada y buscada con la intención de usarla como prueba”³⁵. Las fases del *e-discovery* son (siguiendo el organigrama de referencia de *Electronic Discovery Reference Model*): a) gestión de la información; b) identificación; c) conservación y archivo; d) procesamiento; e) impresión de documentos; f) revisión; g) producción y, h) presentación.

colaboración, etc., en HUNTER AMPUERO, Iván, “No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración”, *Revista de Derecho*, vol. 21, núm. 2, 2008, pp. 151 y ss.

³⁴ HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, op. cit., p. 128.

³⁵ AMBRUS, Zoltán, “Applied technology in litigation proceedings (The Electronic Discovery Reference Model)”, *Electronic Justice Present and Future (Colloquium of the International Association of Procedural Law)*, Pécs, September 23-25, 2010, pp. 162 y ss.

Es evidente que no se trata de un procedimiento simple sino todo lo contrario. Para su adecuada utilización se requiere tecnología puntera y una gran capacidad formativa en la materia. Por ejemplo, trasladar un sistema así a España o a otros países significaría una fuerte inversión y con el panorama actual una meta difícil de alcanzar. Aunque todo depende de cómo se mire. Porque hay muchos inversores internacionales que no invierten en España por falta de confianza en una resolución rápida y eficaz de los posibles litigios y siendo así podría incluso resultar barata la implantación.

4. A MODO DE CODA FINAL

Hasta aquí se han analizado los artículos 328 a 333 de la LEC. Principalmente, el acceso a un determinado documento por parte del sujeto que lo precisa para hacer prosperar las pretensiones que adujo en el proceso, cuando este documento se halla en manos del litigante contrario o de un tercero ajeno al proceso. Asimismo, era parada obligatoria el *discovery* estadounidense (en comparación con los mecanismos de nuestro proceso para acceder a documentos), institución (la del *discovery*) que constituye referente continuo no sólo para los países de su amplio marco de influencia sino también para los países de fuera de la tradición jurídica anglosajona.

Y uno de los puntos de interés del presente ensayo ha sido el tratamiento de las diligencias preliminares y las medidas de aseguramiento de la prueba como mecanismos, junto a la exhibición documental, mediante los que las partes pueden obtener los referidos documentos probatorios y soportes informáticos en el proceso civil español. Se ha pretendido poner fin a varias perplejidades sobre las finalidades de las diligencias preliminares, la orden de entrada y registro, la adopción *inaudita parte* de las medidas de aseguramiento y su relación con la conservación de la prueba informática, el establecimiento de un punto de equilibrio entre las diligencias preliminares, el aseguramiento de la prueba y la exhibición documental, el alcance de los preceptos dedicados a la exhibición documental propiamente dicha y el tratamiento de supuestos especiales de exhibición.

Resalta igualmente la explicación de un modelo de regulación que pertenece a otra cultura jurídica, el Derecho anglosajón. Ahora bien, ¿qué ocurre en los ordenamientos más próximos a España? Si nos centramos en el Derecho alemán o italiano cabe afirmar que son regulaciones que guardan notable similitud con la española en esta materia concreta de la exhibición documental.

Existen diferencias significativas en este ámbito entre la Unión Europea y el sistema procesal norteamericano caracterizado, insistimos, por el instituto jurídico del *discovery*. El desequilibrio entre los ordenamientos jurídicos de la Europa continental y los Estados Unidos puede conducir a distorsiones en la posición de las partes en un litigio con dimensión transatlántica.

En cuanto a la incorporación en nuestro Derecho positivo de una institución como la del *discovery* y a la vista de lo examinado hasta ahora se llega a esta conclusión: no soy partidaria de esta incorporación. Ahora bien, soy del parecer de que, en el fondo, gran parte de las actividades propias de dicha fase procesal quedan en Derecho español cubiertas por los instrumentos de exhibición documental. Reafirma dicha conclusión la

constatación, ya referida, de que cabe potenciar la virtualidad y eficacia de las diligencias preliminares, lo que conduciría a resultados prácticos similares a los obtenidos por el *discovery*. Por lo tanto, la utilización de los cauces procesales con los que cuenta el Derecho español para obtener la exhibición de documentos, introduciendo en su caso las reformas o mejoras legislativas convenientes, podría permitir alcanzar resultados semejantes, sin necesidad de incrustar en nuestra Ley procesal una problemática institución ajena a la lógica de nuestros procesos civiles. Entre las reformas o mejoras legislativas situamos el establecimiento de una dotación de fondos para recabar datos complejos y la estimación de una solicitud de exhibición, aunque no se disponga de copia o reproducción de la documentación, pero sí haya indicios para creer que existe esta documentación (por ejemplo, supuesto de la empresa que debe llevar reglamentariamente un control de los residuos vertidos en un determinado espacio).

BIBLIOGRAFÍA

- AMBRUS, Zoltán, "Applied technology in litigation proceedings (The Electronic Discovery Reference Model)", *Electronic Justice Present and Future (Colloquium of the International Association of Procedural Law)*, Pécs, September 23-25, 2010.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2023.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2023.
- BANACLOCHE PALAO, Julio, *Las diligencias preliminares*, Civitas, Madrid, 2003.
- BELLIDO PENADÉS, Rafael, "Comentarios a los artículos 256 a 263 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en VV. AA., *Proceso Civil Práctico III-2*, Madrid, 2010.
- CLEMENTE CASAS, Ismael, "Diligencias preliminares y medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba", *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 12-2005.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, "Las diligencias preliminares: supuestos y requisitos de la solicitud", *Práctica de Tribunales*, núm. 40, julio-agosto de 2007.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio (con DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y VEGAS TORRES, Jaime), *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José; BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- HUNTER AMPUERO, Iván, "No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración", *Revista de Derecho*, vol. 21, núm. 2, 2008.
- MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2007.

- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo; SEGURA CROS, Bibiana, “Obtención del documento y deber de exhibición entre partes y terceros”, en ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (Dirs.), *La prueba documental. Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, Bosch, Barcelona, 2010.
- PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Aranzadi, Navarra, 2013.
- PEREIRA PUIGVERT, Sílvia, “La audiencia previa al juicio: análisis de sus funciones. Especial referencia a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y al Décret nº 2012-66 de résolution amiable des différends”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2013.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, Bosch, Barcelona, 2003.
- RÍOS LÓPEZ, Yolanda, “Aportación de documentos en supuestos especiales”, en ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (Dirs.), *La prueba documental. Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, Bosch, Barcelona, 2010.
- SACRISTÁN REPRESA, Marcos, “Comentario al artículo 330 LEC”, en VV. AA., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, Barcelona, 2000.
- SANCHÍS CRESPO, Carolina, *La prueba por soportes informáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

¿QUÉ SON LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN? APROXIMACIÓN A SU CARÁCTER PROBATORIO DESDE UNA CONCEPCIÓN RACIONAL

Gerson W. Camarena Aliaga
Profesor contratado de Derecho Procesal
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad San Ignacio de Loyola

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: ALGUNAS POSICIONES SENTADAS EN LA JURISPRUDENCIA

Con la entrada en vigor del Código Procesal Penal peruano (CPP) se han incorporado instituciones novedosas en el ámbito de la prueba. Una de ellas fue el denominado “elemento de convicción” para hacer referencia al resultado o consecuencia de la realización de los “actos de investigación”. La doctrina asumió –bajo esta premisa– que los “elementos de convicción” se contraponían a los “elementos de prueba”; siendo estos últimos la expresión de la práctica de prueba (actos de prueba).

Bajo esta distinción se restringió el uso del concepto “elemento de convicción” a la fase de investigación, incluso para el caso de audiencia donde se debate el cumplimiento de los presupuestos materiales para la imposición de la prisión preventiva: la apariencia de comisión de delito (*fumus comissi delicti*) y peligro procesal (*periculum libertatis*). Y es que este tipo de medidas suelen requerirse en la fase de investigación.

Si tomamos como ejemplo este tipo de audiencias (de prisión preventiva), surge la necesidad de preguntar: ¿acaso el juez de investigación preparatoria no asigna un determinado valor “probatorio” a los elementos de convicción que postula el fiscal para sostener que en un caso concreto existe apariencia de comisión de delito y peligro procesal?

Desde una posición puramente formal, la respuesta sería negativa en tanto que (i) los “elementos de convicción” son producto de los “actos de investigación” que evidentemente se diferencian de los “actos de prueba”; y (ii) los “elementos de convicción” tienen ámbito de aplicación en la fase de investigación, mas no en el juicio oral donde corresponde hablar sobre “elementos de prueba”. Es por ello que, bajo estos lineamientos, hubo quienes en su momento afirmaron que los “elementos de prueba” no tienen carácter probatorio o, simplemente, no son prueba.

En el ámbito jurisdiccional se han sentado interesantes posiciones sobre qué debemos entender por “elementos de convicción” en el contexto de la imposición de la prisión preventiva. Veamos:

1.1. Posición sentada por la Corte Suprema

Uno de los pronunciamientos más importantes en torno al tema en referencia ha sido sin duda alguna el Acuerdo plenario n.º 01-2019; donde analiza los presupuestos y requisitos para la imposición de la prisión preventiva.

De hecho, la Corte Suprema emplea el término de “elementos de convicción” en varias partes del Acuerdo plenario. Así, en el fundamento jurídico n.º 14, cuando examina el principio de intervención indiciaria y las “sospechas fuertes” como exigencias para el cumplimiento del primer presupuesto de la prisión preventiva (esto es, *“que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonable la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”*), señala lo siguiente: *“La ley rituaría reclama un mayor nivel de acreditación desde lo que nuestro Código Procesal Penal denomina bajo el término genérico ‘elemento de convicción’, esto es, resultado probatorio desde las reglas de la sana crítica judicial”*.

En el fundamento jurídico n.º 25 del referido acuerdo plenario, la Corte Suprema, al abordar el cumplimiento del criterio de “probabilidad suficiente” o “sospecha fuerte”, rescata también la noción de elementos de convicción en los siguientes términos: el juicio de probabilidad se *“entiende, correctamente, como un grado de probabilidad suficiente –fuerte, diríamos nosotros– de que el sujeto procesado cometió un hecho delictivo [...], así como de elementos de prueba objetivos –en puridad, elementos de investigación, que el Código denomina muy ampliamente ‘elemento de convicción’– para determinar su vinculación con el hecho atribuido”*.

Finalmente, siguiendo el mismo tenor que en los dos párrafos anteriores, el mencionado Tribunal Supremo indicó en el f. j. n.º 27 lo siguiente: *“No basta la concurrencia, en el caso, de meros indicios –procedimentales, claro está– o de sospechas genéricas; se exigen, pues, fuentes-medios de investigación o, en su caso, de prueba, directas o indirectas. [...] El juzgador, desde luego, debe explicitar la relación indiciaria de aquel o aquellos medios de investigación o de prueba (preconstituida o, excepcionalmente, anticipada) que relacionan de manera preliminar al procesado con el hecho imputado”*.

Estos mismos términos (medios de investigación y de prueba) son constantemente empleados en los fundamentos posteriores.

Por otra parte, en referencia a la acusación (fase intermedia), la Corte Suprema advierte el problema de la conceptualización de “elemento de convicción” en el fundamento jurídico n.º 15 de la Casación n.º 760-2016 lo siguiente: *“En el Código Procesal Penal se mencionan los llamados elementos de convicción, pero no se le da un contenido concreto, se le vincula con su suficiencia, pero no se le dota de un contenido material. Una primera aproximación conceptual a su contenido sería la siguiente: Por la etapa en los que son utilizados, luego de realizados los actos de investigación, durante la investigación preparatoria, los elementos de convicción son los fundamentos o las razones suficientes que tiene el fiscal para tener la certeza o*

convencimiento que se puede imputar un hecho punible al imputado, como autor o partícipe y, por ende, formularle una acusación e ir a juicio”.

Continúa su análisis en los siguientes términos: *“Para una mayor delimitación de sus alcances pueden plantearse los siguientes criterios: a) Los elementos de convicción son los que sirven de base para la formulación de una acusación fiscal; b) No pueden tener la misma intensidad incriminatoria que la prueba, obtenible solo en juicio, pues solo genera certeza en el fiscal que es quien sostiene sus acusación; c) Por juicio a contrario del artículo 344.2; d) Los elementos de convicción deben ser suficientes, para acusar, pues en situación inversa solo daría lugar al sobreseimiento; e) Quienes determinan, por regla general, la suficiencia de los elementos de convicción, son los fiscales, pues son ellos los titulares de la acción penal; f) Solo cuando la insuficiencia de elementos de convicción sea evidente o cuando no exista la posibilidad razonable de incorporar al juicio, elementos de prueba –que en realidad son de convicción– puede instar el sobreseimiento, la defensa, o el juez decretarlo de oficio”.*

1.2. Posición sentada por el Tribunal Constitucional

En el exp. n.º 00256-2022-PHC/TC, el Tribunal Constitucional propone el concepto de “elemento de convicción” en los fundamentos jurídicos 9 y 10 del siguiente modo: *“las disposiciones del NCPP referidas a la prisión preventiva no exigen para su dictado una prueba o que esta se encuentre debidamente corroborada, sino solo fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe de este” y “[l]os elementos de convicción no son sino fuentes de prueba, los que, para ser incorporados desde un proceso penal a otro, solo deben estar relacionados con los hechos materia de investigación. Su límite es que los elementos de convicción sean graves y fundados –no especulaciones o meras sospechas–, y que vinculen a los procesados con el delito imputado”* (el énfasis es nuestro).

Como es de observar, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional conciben que los “elementos de convicción” constituye –dicho en términos bastante amplios– información que se obtiene producto de la práctica de los actos de investigación, precisamente en fase de investigación. Tímidamente se afirma que acarrean fuerza acreditativa sobre ciertos aspectos (presupuestos materiales) que haría posible la imposición de la prisión preventiva en un caso concreto o que se llega a un determinado umbral probatorio sobre la comisión de un delito a nivel de la fase intermedia (para sostener la acusación). En todo caso, retomando lo anteriormente expuesto, ¿sería una exageración afirmar que los “elementos de convicción” constituyen prueba?

2. PROPUESTA DE CONCEPTO DE “ELEMENTO DE CONVICCIÓN”: UNA APROXIMACIÓN A SU CARÁCTER PROBATORIO

2.1. Concepto de prueba

DELLEPIANE explica que el término de “prueba” presenta tres acepciones: como medio de prueba, acción de probar y resultado probatorio¹.

¹ DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Temis, Bogotá, 1981, pp. 7 y 8.

Con la primera acepción (medio de prueba), se hace referencia a los procedimientos legales establecidos en un cuerpo normativo para introducir información al proceso penal. Aquí se encuentran el testimonio, el documento, la pericia, etc.

La segunda acepción (acción de probar) se utiliza para referir a la actividad que deben desplegar las partes con la finalidad de incorporar hechos al proceso.

La tercera acepción (resultado probatorio) comprende la actividad del juez de extraer elementos de prueba de los medios de prueba a efectos de determinar los hechos que fundarán la sentencia.

En un sentido lato, lo que comprende estas acepciones, la prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis (incriminatoria o exculpatoria)². En todo caso, y en lo que respecta a nuestro análisis, ¿los elementos de convicción también pueden confirmar o desvirtuar una hipótesis?

2.2. Concepto de “elemento de convicción”: una aproximación a su carácter probatorio

2.2.1. Concepción formalista

Desde una posición a la que denominaremos formalista, podría decirse que actualmente hay cierto consenso en la doctrina respecto a la comprensión y delimitación de los denominados “elementos de convicción”.

En efecto, un análisis preliminar sugiere considerar que el elemento de convicción vendría a ser toda aquella información (representada en objetos, dichos o cualquier otro elemento en general) obtenida como consecuencia de la realización de los actos de investigación³. El empleo del término pretende distinguir los datos, objetos o elementos obtenidos de los actos de investigación de aquellos que propiamente logran formar parte de alguna de las etapas o fases de la actividad probatoria (ya sea en su fase de postulación, admisión, práctica o valoración)⁴. Se sostiene que los “elementos de convicción” posibilitan la *“adquisición –siempre intermedia– del convencimiento judicial [...], pues la verdadera prueba es la actuada en el plenario, con arreglo a los principios de contradicción plena, oralidad, publicidad y concentración”*⁵.

Teniendo en cuenta ello, los “elementos de convicción” pueden ser empleados durante la fase de investigación preparatoria o etapa intermedia para: a) justificar la iniciación de las diligencias preliminares, b) formalizar la investigación, c) motivar la realización de otros actos de investigación, d) solicitar la imposición de medidas cautelares como la prisión preventiva y e) formular la acusación. En correspondencia con ello, el juez de investigación preparatoria también puede, sobre la base de los “elementos de

² CAFFERATA NORES, José I.; HAIRABEDIAN, Maximiliano, *La prueba en el proceso penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 3.

³ CAMPOS BARRANZUELA, Edhin, “¿Qué son los elementos de convicción?”, en *Legis.pe*. Recuperado de: <https://bit.ly/31o7YXI> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2024).

⁴ En similares términos, SAN MARTÍN CASTRO, César E., “Eficacia de los elementos de convicción en el proceso de colaboración eficaz”. Recuperado de: <https://bit.ly/2oTVxFs> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2024).

⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César E., “Prisión preventiva y prueba”, en ALEJOS TORIBIO, Eduardo (Dir.), *Razonamiento probatorio. En materia penal del tercer milenio*, Ideas, Lima, 2020, p. 36.

convicción”: a) consentir la práctica de otros actos de investigación limitativos de derechos, b) determinar la imposición de una medida cautelar, c) emitir auto de enjuiciamiento, entre otros.

Visto así, con el empleo del término “elemento de convicción”, el legislador peruano no pretende restar de contenido al concepto de “elemento de prueba”. De hecho, un dato o vestigio vinculado al hecho criminal puede recibir ambas denominaciones. Dependerá de la fase procesal (criterio formal) y finalidad que persigue (criterio material). El “elemento de convicción” puede llegar a ser “elemento de prueba” cuando llegue a formar parte de un procedimiento de la actividad probatoria (criterio formal). Lo que evidencia de manera más clara que los “elementos de convicción” fundan una prisión preventiva; mientras que los “elementos de prueba” fundan una sentencia (criterio material).

Pongamos como ejemplo la información contenida en los WhatsApp y que, luego, son impresos bajo la modalidad del “pantallazo”. Esta información, en tanto que ha sido recopilada por el fiscal –con la colaboración de, por ejemplo, la víctima de un caso de extorsión– constituye un elemento de convicción, con lo cual puede iniciar diligencias preliminares, posteriormente podrá disponer de más actos de investigación y, junto a otros elementos de convicción, formalizar la investigación preparatoria, solicitar la imposición de una prisión preventiva o formular acusación.

El juez de investigación preparatoria, como consecuencia de la formalización de la acusación, evalúa en la audiencia preliminar la licitud, pertinencia, conducencia y utilidad de los elementos de convicción proporcionados por el fiscal. Es aquí donde adquiere su connotación probatoria, en tanto que a partir de la postulación fiscal se comunica la existencia de verdaderos elementos que “probarán” la comisión de los hechos y que estos pueden ser atribuidos al procesado. Ya no se trata propiamente de elementos de convicción, sino de verdaderos “elementos de prueba” que serán practicados en juicio oral a través de diversos medios de prueba, donde el juez penal los valorará para –si fuera el caso– imponer la respectiva sanción penal.

Queda claro entonces que, antes del ofrecimiento fiscal de estos elementos para el debate en juicio oral, debemos referirnos a “elementos de convicción” que son –desde un punto de vista conceptual– aquellos obtenidos a través de los actos de investigación; no obstante, el legislador les otorga “valor para impulsar” la investigación, todo lo que esta fase implica y, luego, de ser el caso, formular la acusación fiscal⁶. Justamente por ello se dice que los elementos de convicción no tendrían un “valor probatorio”, porque aún no han sido propiamente actuados en juicio oral.

Pese a la diferencia expuesta, es de inferir que los “elementos de convicción” deben presentar las mismas características de los “elementos de prueba”. Es decir, los elementos de convicción también se sujetan a los siguientes criterios: a) objetividad (el dato o información debe provenir del mundo exterior), b) legalidad (la información debe

⁶ En el caso de Venezuela, el Ministerio Público ha desarrollado el siguiente concepto de elemento de convicción: “Los elementos de convicción a que se refiere el ordinal 3 del artículo 326 del Código Procesal Penal, lo integran el resultado de las diligencias practicadas en la fase preparatoria, conducentes a la determinación de los hechos punibles y a la identificación de los autores y partícipes, sirviendo de basamento para solicitar el enjuiciamiento de una persona”. Vid. JURADO, Alberto, “¿Qué son los elementos de convicción?”, en *ALC Penal*. Recuperado de: <https://bit.ly/31tv7YJ> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2024).

ser obtenida conforme al acto de investigación establecido en la ley), c) relevancia (idoneidad para generar convicción) y d) pertinencia (la relación que debe existir con el objeto del proceso).

2.2.2. Concepción racional

La concepción formal –que hace posible diferenciar entre elementos de convicción y de prueba (tomando en cuenta las etapas del proceso penal)– ha sido criticada por otro sector de la doctrina que, aconsejando la revisión de las nociones básicas de la prueba, considera que el elemento de convicción referenciado en las audiencias previas al juicio oral, como puede ser la audiencia de prisión preventiva, tiene aptitud probatoria, en tanto que genera conocimiento en el juez de investigación preparatoria, de manera que pueda decidir la imposición de la medida.

En efecto, todo elemento de convicción, aun cuando no se actúa en juicio oral, genera conocimiento (tiene aptitud probatoria entonces) en el fiscal y, en su caso, el juez para dar impulso al proceso. Negar esta afirmación supondría reconocer que el juez decide por pura intuición⁷.

Tomando en cuenta lo expuesto hasta aquí, y de conformidad con las posiciones sentadas por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional cabe presentar las siguientes categorías: en primer lugar, los medios de investigación son los mecanismos legales dispuestos en el Código Procesal Penal para –y aquí su finalidad– recolectar la información relevante para el proceso. En segundo lugar, los elementos de investigación serían justamente todos aquellos vestigios, datos o información en general obtenidos como consecuencia del uso de un medio de investigación (esto es, acto de investigación). En tercer lugar, y muy vinculado con el concepto anterior, el uso del elemento de investigación para el impulso procesal o su empleo en una audiencia previa al juicio oral (como la prisión preventiva) nos deja en evidencia su aptitud acreditativa; de ahí que en estos escenarios –y en atención a esa aptitud acreditativa– sea concebido como elemento de convicción, toda vez que posibilita la generación de conocimiento en el fiscal para –por ejemplo– requerir la prisión preventiva o en el juez para determinar su imposición. Es de indicar que no todo elemento de investigación –para el fiscal o, en su caso, el juez– podría constituir necesariamente un elemento de convicción, como puede ser el caso de la información obtenida de manera ilícita o aquella que por su propio contenido no genera convicción –esto es, no reúne las condiciones necesarias de credibilidad–.

Como es de observar, el concepto de elemento de convicción supone –en términos de la propia Corte Suprema– el “*resultado probatorio desde las reglas de la sana crítica judicial*”⁸.

⁷ DEL RÍO LABARTHE explica lo siguiente: “Por supuesto que lo que se discute en una audiencia de prisión preventiva es prueba, porque prueba es la única que puede llevar conocimiento al juez y el conocimiento y la información es la única que puede establecer si algo es altamente probable. Necesito regresar a las bases del derecho procesal, para no señalar tamaña barbaridad. Y si alguien que cree que está decidiendo sobre la base de algo que no son pruebas, ¿cómo actúa? Intuitivamente, pues”. Véase DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, “Conversatorio sobre prisión preventiva”, en *YouTube (Legis.pe)*. Recuperado de: <https://bit.ly/33Jy1Kl> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2024).

⁸ XI Pleno jurisdiccional de las Salas penales permanente, transitoria y especial, Acuerdo Plenario N.º 01-2019/CIJ-116, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 14.

Cabe precisar que si ese mismo elemento de investigación o, como genéricamente llama el Código, elemento de convicción es postulado, admitido y, sobre todo, practicado y valorado en juicio oral estaremos propiamente frente a un elemento de prueba. Y no porque formalmente nos encontremos en la fase oral del proceso penal, sino porque materialmente hay una actuación probatoria que constituye la única forma de lograr formar convicción en el juez penal para la emisión de la sentencia. Antes de ello, los elementos serán de investigación que –aun cuando no haya actuación probatoria o, para el caso de audiencias previas al juicio oral, haya una limitada actuación probatoria (sin contradicción, oralidad e inmediación en el caso de los medios de prueba personales)– generan conocimiento (convicción) para impulsar el proceso o decidir medidas restrictivas de derechos fundamentales.

En definitiva, los elementos de convicción y los elementos de prueba se diferencian en que el primero no exige *per se* el desarrollo de una actividad probatoria plena (en audiencias previas al juicio), mientras que el segundo sí (en el juicio oral), pues en este último caso se discute la resolución final –y más importante– del proceso penal, como es la sentencia. No obstante, hay que reconocer que ambas entidades generan conocimiento en la autoridad fiscal y jurisdiccional; es decir, ambas tienen aptitud probatoria, pero en distinta intensidad (una de impulso procesal y otra de resolución del tema de fondo).

Según lo expuesto, queda clara la razón por la cual la Corte Suprema señala que la audiencia de prisión preventiva –tal como se establece en el fundamento jurídico n.º 63 del Acuerdo Plenario n.º 01-2019– no es probatoria, en su sentido pleno, ya que como venimos comentando, la actuación de los medios de prueba personal se encuentra limitado, dado que no va –por ejemplo– el testigo para que declare lo que sabe (oralidad), sino que se lee su declaración, sin posibilidad de contradicción e inmediación. Se trata, pues, de una audiencia donde *“no se actúan o ejecutan medios de investigación o de prueba [preconstituida o anticipada] [...]. No cabe su lectura ni un debate específico de su mérito probatorio –propio del debate probatorio [del juicio oral]–; solo la alegación sobre su relevancia a los fines de la sustentación de la pretensión o de la resistencia”*. Es consecuencia de ello (práctica limitada de los elementos de convicción) que, en este contexto, los documentos o elementos documentados (actas de diligencias de investigación) solo serán *“objeto de mención a efectos de su pertinencia y utilidad para el caso y de la respectiva apreciación”*⁹.

De ahí que, reconociendo la imposibilidad de garantizar una actividad probatoria de forma plena –reservado para juicio oral–, la generación del conocimiento de los elementos de convicción es también limitado, por lo que los niveles o grados de convicción a los que se llegan son solo para dictar medidas coercitivas, disponer la realización de nuevos actos de investigación o dar impulso progresivo al proceso (formalizar la investigación, acusar, etc.).

⁹ XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales permanente, transitoria y especial, Acuerdo Plenario N.º 01-2019/CIJ-116, Lima: 10 de setiembre del 2019, f. j. n.º 63.

BIBLIOGRAFÍA

- CAFFERATA NORES, José I.; HAIRABEDIAN, Maximiliano, *La prueba en el proceso penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.
- CAMPOS BARRANZUELA, Edhin, “¿Qué son los elementos de convicción?”, en *Legis.pe*. Recuperado de: <https://bit.ly/31o7YXl> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2024).
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, “Conversatorio sobre prisión preventiva”, en *YouTube (Legis.pe)*. Recuperado de: <https://bit.ly/33Jy1Kl> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2024).
- DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Temis, Bogotá, 1981.
- JURADO, Alberto, “¿Qué son los elementos de convicción?”, en *ALC Penal*. Recuperado de: <https://bit.ly/31tv7YJ> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2024).
- SAN MARTÍN CASTRO, César E., “Eficacia de los elementos de convicción en el proceso de colaboración eficaz”. Recuperado de: <https://bit.ly/2oTVxFs> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2024).
- SAN MARTÍN CASTRO, César E., “Prisión preventiva y prueba”, en ALEJOS TORIBIO, Eduardo (Dir.), *Razonamiento probatorio. En materia penal del tercer milenio*, Ideas, Lima, 2020.

RAZONAMIENTO PROBATORIO: UNA CUESTIÓN DE MÉTODO

Ronald Jesús Sanabria Villamizar
Profesor investigador
Universidad Libre de Colombia (seccional Cúcuta)

1. INTRODUCCIÓN

La idea de un método para realizar correctamente el razonamiento probatorio no es nueva. El método de John H. WIGMORE, denominado *chart method*¹, que luego fue reelaborado por autores como William TWINING, David SCHUM y Terence ANDERSON² es una propuesta muy interesante; incluso, su utilidad para sistemas continentales europeos ha sido resaltada por autores como Raymundo GAMA³ y Manuel ATIENZA⁴. Otro método es el de Stephen TOULMIN⁵, que autores como Daniel GONZÁLEZ LAGIER⁶ y Michele TARUFFO⁷ han resaltado su utilidad para reflejar el razonamiento probatorio. Lluís MUÑOZ SABATÉ propuso los heurigramas: “una representación gráfica de la fórmula probática cuya finalidad práctica consiste en remediar las impremeditaciones y olvidos que generalmente suelen darse en el desarrollo de un cuadro de pruebas por el abogado, desde la fase de cálculo preprocesal a la fase de cálculo instructorio”⁸. Otra propuesta basada en la inteligencia artificial es la del profesor colombiano Orión VARGAS, llamada juez inteligente⁹, que consiste en un sistema experto que sirve de

¹ WIGMORE, John, *The science of Judicial Proof, as given by Logic, Pshychology, and General Experience, and illustrated in Judicial Trials*.

² ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William, *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

³ GAMA LEYVA, Raymundo, “El método de Wigmore y su aplicación en nuestra práctica jurídica”, en ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (Dirs.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 163-179.

⁴ ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 445.

⁵ TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

⁶ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Argumentación y prueba judicial*, en FERRER BELTRÁN, Jordi (Dir.), *Estudios sobre la prueba*, Fontamara, México, 2006, pp. 103-145.

⁷ Entre otros textos del autor, se resalta TARUFFO, Michele, “Las inferencias en las decisiones judiciales sobre los hechos”, en FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen (Edits.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 177-188.

⁸ MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, La Ley, Madrid, 2017, pp. 653-668.

⁹ VARGAS VÉLEZ, Orión, “Juez inteligente. Sistema experto que asiste al juez en la valoración de la prueba judicial”, *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 57, 2021, pp. 1-24.

asistencia al juzgador en la valoración de la prueba judicial. Sin embargo, estas propuestas tienen serios problemas para ser utilizadas en la práctica judicial¹⁰.

Los esfuerzos de la literatura reciente, que se ha generado principalmente sobre la base de la llamada concepción racionalista de la prueba¹¹, son significativos. Las tesis que se han planteado sobre el tipo de conocimiento que se alcanza en el proceso sobre los hechos, la relación entre prueba y verdad, la estructura de las inferencias, el origen y análisis de las premisas, la identificación de criterios de valoración individual de la prueba basados en evidencia empírica, la preocupación por la suficiencia probatoria, entre otras, han permitido conocer mejor lo que se hace en la práctica judicial al momento de decidir la prueba de los hechos. Sin embargo, el planteamiento de un método con las características de exhaustividad, secuencialidad y generalidad no se ha realizado.

Por su parte, la literatura que no se inscribe dentro de la concepción racionalista, suele utilizar etiquetas generales, como el deber de valorar individualmente las pruebas y en su conjunto o el deber de valorarlas en sana crítica. Aunque estas expresiones tienen un contenido útil para comprender los derroteros, no establecen propiamente un método para valorar la prueba. Así, por ejemplo, la sana crítica se ha definido como la valoración con base en la lógica, las reglas de la experiencia y las reglas de la ciencia¹², pero cómo operan estos criterios al momento de valorar es un tema en el que no se suele profundizar; por su parte, la valoración en conjunto es usual explicarla con la metáfora del rompecabezas, que resalta la idea de que las pruebas deben “encajar” entre ellas teniendo como referente una historia, pero poco se dice sobre el tipo de conexiones de naturaleza lógica y epistemológicas que se pueden presentar entre ellas; finalmente, la valoración individual consiste en el ejercicio de evaluar la capacidad demostrativa de un elemento de conocimiento individualmente considerado, pero no se suele indicar cómo hacerlo. Además de las críticas puntuales a estas etiquetas, lo cierto es que en su conjunto tampoco establecen un método para valorar correctamente las pruebas.

2. PUNTO DE PARTIDA: BASES TEÓRICAS E IDEOLÓGICAS

La propuesta de un método para realizar un correcto razonamiento probatorio debe partir de bases teóricas sólidas que permitan, entre otras cosas, justificarlo. Para el desarrollo de este trabajo, se partirá de algunas de las bases de la concepción racionalista de la prueba¹³, que en los últimos años se ha ocupado, desde una mirada analítica y

¹⁰ Sobre los problemas de cada uno de los métodos, véase: SANABRIA, Ronald, “Errores en los enunciados probatorios de las decisiones judiciales: una mirada desde la neutralidad judicial”, en BUSTAMANTE, Mónica; ALFARO, Luis (Coords.), *Independencia Judicial en el Tercer Milenio*, Palestra, Perú, 2023, pp. 123-135.

¹¹ ACCATINO, Daniela, “Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora?”, *Revista Revus*, núm. 39, 2019.

¹² Entre muchos otros, PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Editorial Librería Ediciones de Profesional Ltda., Bogotá, 2014; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo I, Victor P. Zavallá, Buenos Aires, 1976; COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1969.

¹³ ACCATINO, Daniela, “Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora?”, *op. cit.* También puede consultar FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

epistemológica, de analizar lo que hacen los juristas al tomar decisiones sobre la prueba de los hechos.

Tesis ideológica sobre la prueba. La prueba en el proceso cumple la función de medio para alcanzar la verdad de los enunciados fácticos. Bajo ese entendido, como señala TARUFFO¹⁴, el proceso tiene una función epistemológica, la de generar conocimiento de calidad y en cantidad, lo que permite aproximar la resolución de proceso a la verdad de lo acontecido.

Esta tesis supone dos ideas. La primera, que se basa en los cánones de la epistemología de la ciencia, dominantes a partir del movimiento de la ilustración hasta el día de hoy, que la prueba es el mejor camino posible para alcanzar la verdad; además, la prueba permite el análisis crítico de los fundamentos de una conclusión referida a la verdad de un hecho. La segunda tiene que ver con el concepto de verdad.

Tesis sobre el concepto de verdad. Teniendo en cuenta su importancia para la comprensión del conocimiento humano, la palabra verdad ha estado en el centro de la discusión de la filosofía. El concepto de verdad que se asume en el presente trabajo es el de correspondencia, según el cual una proposición fáctica será verdadera si su descripción de la realidad corresponde con lo sucedido.

Tesis sobre la relación entre verdad y prueba. Como señala FERRER, aunque prueba y verdad se relacionan teleológicamente, no lo hacen en el plano conceptual. Esto significa que la prueba no supone, al menos no necesariamente, la verdad de las conclusiones a las que se llega con base en ella¹⁵.

Tesis sobre el tipo de conocimiento que se alcanza en el proceso judicial. Como lo ha señalado con claridad la profesora Marina GASCÓN ABELLÁN, el razonamiento probatorio es inferencial y se basa en una lógica inductiva, por lo que su conclusión en términos epistemológicos es de probabilidad. Entre otras consecuencias, esta tesis implica el carácter no necesario la conclusión de la inferencia¹⁶.

¹⁴ TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010. En especial, el capítulo IV, La dimensión epistémica del proceso. Sobre esto, también puede verse las reflexiones de RIVERA MORALES, Rodrigo, "La epistemología y la enseñanza del derecho a probar", *Revista Academia & Derecho*, Universidad Libre, Cúcuta, núm. 2, junio de 2011, pp. 27-38.

¹⁵ En palabras de FERRER: "Nunca un conjunto de elementos de juicio, por rico y fiable que este sea, permitirá alcanzar certezas racionales, no psicológicas o subjetivas, respecto de la ocurrencia de un hecho, de modo que todo enunciado fáctico es necesariamente verdadero o falso, pero nuestras limitaciones epistémicas nos sitúan siempre ante decisiones que deben adoptarse en contextos de incertidumbre". FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción...*, op. cit., p. 18.

¹⁶ Sostiene la profesora GASCÓN: "[...] a partir de las pruebas (o, más propiamente, enunciados probatorios) y de ciertas regularidades causales (a menudo simples máximas de experiencia) se reconstruye una hipótesis sobre los hechos que explique esas pruebas mejor que cualquier otra hipótesis. Como esas regularidades causales son leyes probabilísticas y como, además, algunas de esas pruebas han sido, a su vez, obtenidas de manera mediata, la hipótesis explicativa de los hechos tiene el carácter de probabilidad. Muy simplemente, la declaración de hechos probados no es infalible". GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p.104.

La suma de esta tesis y las dos anteriores permite concluir, como lo sostiene FERRER, que: *“No hay verdades relativas, lo que es relativo es el grado de corroboración y a prueba de que esos hechos han ocurrido; lo relativo es, pues, epistemológica y no ontológica”*¹⁷.

Tesis conceptual sobre los enunciados fácticos y enunciados probatorios. Esta distinción permite diferenciar el estado epistemológico de una proposición fáctica.

Inicialmente, al inicio de un proceso, las partes realizan afirmaciones descriptivas sobre la ocurrencia de un hecho. A estos actos se les puede denominar enunciados fácticos, con lo que se resalta que se trata de un acto del habla y que con estas palabras se pretende por el hablante describir la realidad, por lo que son enunciados que son susceptibles de juicios verdad-falsedad. Durante la mayor parte del proceso los enunciados fácticos están en un estado de hipótesis, es decir, sin la verificación de elementos de juicio que lo acrediten.

Estos enunciados o proposiciones¹⁸ fácticas se proponen en los actos de postulación de la pretensión o excepción de las partes: en la demanda y en la contestación de la demanda (asuntos no penales), en la imputación-acusación y durante el juicio oral (en asuntos penales).

A diferencia de los enunciados fácticos, los enunciados probatorios operan en la decisión, es decir, cuando el objetivo es aplicar las normas jurídicas para resolver una controversia, un caso en concreto. Aquí el sistema jurídico exige un pronunciamiento sobre si hay razones válidas para considerar probado los enunciados fácticos y, en consecuencia, proceder a evaluar su relevancia jurídica para decidir. El criterio para evaluar la validez de una razón para tomar este tipo de decisiones dependerá del sistema de valoración probatoria (sana crítica, íntima convicción y tarifa legal). En todo caso, cualquiera que sea el sistema, las razones se basarán en lo sucedido en el proceso, especialmente con la producción probatoria. Los enunciados probatorios, entonces, constituyen el objetivo del razonamiento probatorio: es la decisión que debe tomar el juzgador sobre la prueba de los enunciados fácticos que constituyen tema de prueba en el caso en concreto.

Como lo explica FERRER¹⁹, los enunciados probatorios son enunciados descriptivos (fuerza del enunciado) que significan que hay elementos de juicio suficientes a favor un enunciado fáctico relevante para el caso (significado) debido a que se reúnen las condiciones para aceptarlo como probado (actitud proposicional).

Tesis sobre concepto de razonamiento probatorio. Partiendo de un conjunto de pruebas, con el objetivo de emitir un enunciado probatorio sobre los enunciados fácticos que constituyen hechos jurídicamente relevantes en un caso en concreto, se le denomina razonamiento probatorio a la justificación que se utiliza para ir de lo primero (el punto de partida) a lo segundo (la meta).

¹⁷ *Ibid.* p. 18, nota a pie 4.

¹⁸ Con esta expresión se resalta que lo importante no es solo el acto del habla, sino el contenido de las palabras, el mensaje que se quiere transmitir.

¹⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi, “Está probado que p”, en *Prueba y Racionalidad de las Decisiones Judiciales*, editorial CEJI, Ciudad de México, 2019.

Los enunciados probatorios, decisión a la que se llega por medio de este tipo de razonamiento, se presenta en dos modalidades: “está probado que p ” (se insiste, entendiendo p como un hecho jurídicamente relevante) y “no está probado que p ”; en el primer caso se podría hablar de enunciados probatorio positivo y en el segundo negativo. Con esto se resalta que, en todos los casos, al margen de la cantidad y calidad de pruebas con la que se cuenta, se debe tomar la decisión de acoger una u otra opción.

Ahora bien, el “está probado que no p ”, que podría considerarse como una tercera opción, se puede reconducir a un enunciado probatorio negativo de los hechos jurídicamente relevantes, pues cuando se dice que está probado que no p también se quiere decir que se probó un hecho que le resulta incompatible a p , ya sea por refutación directa o indirecta, por lo que con base en su prueba y el principio lógico de no contradicción se concluye que quedó refutado.

3. ¿PARA QUÉ UN MÉTODO DE RAZONAMIENTO PROBATORIO?

Varias son las ventajas que se pueden señalar de un método exhaustivo, secuencial y general para realizar un razonamiento probatorio: aporta considerablemente a la racionalidad de la decisión, permite un mejor control de los enunciados probatorios, tanto por las partes como por las instancias superiores, aporta a la seguridad jurídica, hace más previsible las decisiones judiciales sobre la prueba de los hechos, facilita al decisor la adopción de la decisión y su justificación. Sin embargo, todas estas ventajas pueden reconducirse a un objetivo: la reducción de errores inferenciales.

La teoría de los errores y aciertos de la decisión judicial, en este caso de la referida a la prueba de los hechos, brinda una metodología que permite comprender la aplicación del Derecho para la resolución de un caso en concreto.

Partiendo de las tesis expuestas, existen dos tipos de errores/aciertos: los materiales y los inferenciales. Los primeros se ocupan de analizar dos variables: la verdad o falsedad con la decisión. Así, entonces, se presentará un acierto material cuando la decisión corresponda a la verdad de lo sucedido (condena a un culpable o absolución a un inocente) y un error material cuando lo decidido sea falso (condena a un inocente o absolución a un culpable). Los errores inferenciales, en cambio, se ocupan de evaluar la relación entre las pruebas producidas y la decisión –aquí la variable verdad es irrelevante–. Se presentará un acierto inferencial cuando la decisión esté justificada en las pruebas y en las normas aplicables (hay prueba suficiente para condenar y se condena o no hay prueba suficiente para condenar y el juez absuelve), y un error de este tipo cuando la decisión no se justifique en ellas (hay prueba suficiente para condenar y el juez absuelve o no hay prueba suficiente para condenar y el juez condena).

Para que la idea de aciertos y errores inferenciales tenga sentido es necesario que se cuente con criterios de corrección de la valoración de la prueba. Con base en estos criterios, se podrá concluir racionalmente que la decisión judicial sobre la prueba de los hechos corresponde a un acierto o un error.

¿Cuáles son estos criterios? Usualmente se responde expresiones como “sana crítica” o “libre apreciación de la prueba”; recientemente se dice que la respuesta es la

“racionalidad”. Sin embargo, este tipo de etiquetas tienen el problema que no detallan ni los criterios ni su forma de aplicación. Así, por ejemplo, sobre sana crítica se suele decir que implica hacer uso de la lógica, de las máximas de la experiencia y de las reglas de la ciencia, sin especificar su funcionamiento. En torno a la racionalidad, se señala que es el derrotero para valorar la prueba, pero no se indica el camino a seguir.

4. PROPUESTA: CRITERIOS Y MÉTODO PARA EL RAZONAMIENTO PROBATORIO

Razonar sobre la prueba de los hechos implica realizar tres actividades: valorar la prueba individualmente, valorarla en conjunto y valorar la suficiencia probatoria alcanzada. A partir de estas tres operaciones se debe tomar una decisión sobre la prueba de los hechos, que se caracteriza por ser ambivalente: o se concluye que hay prueba suficiente, y en consecuencia se procede a realizar la calificación normativa sobre los enunciados probatorios positivos (hay prueba de HJR); o se concluye que no hay prueba suficiente, y en consecuencia se procede a aplicar reglas jurídicas de cierre sobre los enunciados probatorios negativos (no hay prueba de HJR), como la regla de juicio de la carga de la prueba o la presunción de inocencia. Sin embargo, esto no es suficiente para cumplir la exhaustividad (da cuenta de todos los procesos que se deben realizar) y secuencialidad (ordenado de tal forma que se indique del primero al último proceso que se debe realizar) que busca este trabajo.

A continuación, se plantea una propuesta para realizar un razonamiento probatorio bajo un método que cumpla las características mencionadas al inicio de este trabajo, lo que, como se explicó, tiene por objetivo reducir la comisión de errores inferenciales.

4.1. Identificación de información pertinente

El primer paso implica dos actividades que se pueden realizar simultáneamente. Consiste en identificar objetivamente la información que cada una de las pruebas le aportan al proceso teniendo en cuenta las necesidades epistemológicas del proceso.

Se trata, en primera medida, de un ejercicio de extracción de información de cada una de las pruebas, sin evaluar su capacidad demostrativa. Ahora, aunque las reglas de producción probatoria (admisión y práctica) tienden a reducir que esto suceda, es posible que no toda la información que una prueba le aporte al proceso (declaración de un tercero-testigo) sea pertinente (tenga relación lógica de contenido) con los hechos jurídicamente relevantes del caso. Por eso, es importante que se realice una selección: se busca separar la información pertinente de la impertinente para centrar la atención en aquella que resultará útil para la toma de la decisión.

Sobre este primer paso, Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, al estudiar las implicaciones la exigencia de establecer un cuadro probatorio en la sentencia para tomar una decisión racional sobre la prueba de los hechos, señala: *“Esto demanda la apertura en las sentencias de un área específica [...] donde se haga figurar con el necesario pormenor lo que realmente constituye el elenco de las aportaciones probatorias de las partes en el juego del contradictorio: es*

decir, el resultado del examen de cada una de las fuentes de prueba, su rendimiento individualizado, todo, en una primera consideración en clave esencialmente descriptiva”²⁰.

4.2. Organización de la información con base en su pertinencia

La distinción entre prueba directa e indirecta ha sido ampliamente criticada en los últimos años, a tal punto que se aboga por su desuso, pues resulta poco útil. En este sentido se pronuncia Daniel GONZÁLEZ LAGIER: *“la diferencia entre ambos tipos de prueba debe ser muy matizada y considerarse meramente una cuestión de grado, y no una distinción que apunte a una diferencia cualitativa”²¹*. Las razones de esta tesis son de orden epistemológico: ambos tipos de pruebas se analizan bajo una inferencia probatoria basadas en regularidades o máximas de la experiencia y ninguna supone una mayor fiabilidad²².

La anterior crítica es compartida en este trabajo. Sin embargo, el criterio de pertinencia, que es la base de la distinción entre prueba directa e indirecta, puede servir, ya no con fines epistemológicos, sino con fines de ordenación de la información.

Para evaluar la complejidad probatoria del caso, conviene, antes de evaluar la fiabilidad de cada elemento de conocimiento y las relaciones que se presentan entre ellas, agrupar la información que las pruebas aportan según a los hechos a que se refieren.

Inicialmente, deben agruparse las pruebas referidas directamente a los hechos jurídicamente relevantes de la pretensión. Luego, agruparse las pruebas que se refieren a los hechos indicadores de estos hechos jurídicamente relevantes. Es cierto que identificar un hecho como indicador implica necesariamente hacer uso de una garantía (generalizaciones empíricas) que permita lógicamente unirla con el hecho indicado o al que se pretende probar. Sin embargo, en esta etapa, no se trata de hacer un ejercicio riguroso inferencial, menos de evaluar la calidad de su conclusión, sino simplemente una labor de orden que le permita al juez percatarse de toda la información con la que cuenta para tomar la decisión. Es una mirada holística a la información relevante.

Las pruebas que no se refieran a los hechos jurídicamente relevantes del accionante o hechos indicadores de estos, se referirán necesariamente a hechos que le son incompatibles en términos normativos (de ser ciertos, no se podría estimar la pretensión), esto descartando que sea información irrelevante. Con estas pruebas debe hacerse el mismo ejercicio anterior.

Finalizado este paso, el juzgador contará con la información organizada según los hechos a que se refieren, lo que le permitirá evaluar la complejidad del caso en términos probatorios e identificar los aspectos de mayor controversia que deberá abordar en las siguientes etapas.

²⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 67.

²¹ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de Razonamiento Probatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022, p. 386.

4.3. Evaluación de la fiabilidad de la información

Con este tercer paso inicia en un sentido estricto la valoración de las pruebas. Lo que se ha realizado hasta ahora es un ejercicio de identificación y organización de la información. Ahora corresponde evaluar el apoyo empírico que las pruebas le aportan a las hipótesis que se han considerado como jurídicamente relevantes.

La labor que se debe realizar aquí es analítica. Consiste en evaluar la capacidad demostrativa de un elemento de conocimiento individualmente considerado para demostrar la proposición fáctica a la que se refiere. La conclusión de esta actividad consiste en la asignación de un grado de fiabilidad a cada una de las pruebas pertinentes.

Una aclaración conceptual. Es usual que se utilicen vocablos diferentes para referirse al valor probatorio de cada medio de prueba: sobre las declaraciones de terceros se suele hablar de credibilidad, para los documentos veracidad y autenticidad y para la prueba pericial solidez. La palabra fiabilidad es transversal, se refiere a la capacidad demostrativa de cualquier medio de conocimiento para demostrar la información que aporta.

¿Con base en qué criterios se evalúa la fiabilidad de una prueba? Teniendo en cuenta las tesis teóricas expuestas, no es correcto acudir a criterios subjetivos, pues estos no permiten un control externo. También podría utilizarse el criterio de corroboración (otras pruebas reafirman lo que la prueba informa), pero esto ya estaría en el campo de la valoración en conjunto, lo que no corresponde a este paso del método; además, esta operación también exigiría resolver por qué le otorga fiabilidad a esas pruebas. La mirada, entonces, debe centrarse en criterios basados en evidencia empírica.

Desborda el objetivo de este trabajo identificar y evaluar criterios racionales para asignarle fiabilidad a los medios de prueba, que lógicamente variarán dependiendo de su naturaleza. Los criterios de los testigos²³ no serán los mismos que para la prueba pericial o documental, y viceversa. En todo caso, cualquier sea el tipo de prueba que se esté valorando individualmente, siempre se hará por medio de inferencias probatorias probabilísticas, basada en una generalización empírica y por tal motivo su conclusión será más o menos probable, esto a menos que haya una razón jurídica que prescriba dar por probado el hecho en la decisión, como en el caso de la confesión en el CGP.

4.4. Identificar las relaciones entre las pruebas con los hechos a probar (hechos jurídicamente relevantes)

En este paso se desarrolla lo que suele denominarse valoración en conjunto de las pruebas. Tal como se dijo, para explicar lo que implica este deber se suele utilizar la metáfora del rompecabezas. El objetivo consiste, según esta idea, en analizar cómo cuadran las fichas (pruebas) para formar la imagen (hipótesis fácticas) que representa de

²³ Sobre la fiabilidad de la prueba testimonial y a la prueba pericial, se recomienda el trabajo publicado por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes; VÁZQUEZ, Carmen, "La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba", en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de Razonamiento Probatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022, pp. 289-346. Allí se encuentra una síntesis de los criterios racionales que se han ido planteado desde la epistemología para evaluar la fiabilidad de estos medios de prueba.

la mejor manera lo sucedido. La explicación es comprensible, pero no indica cómo se realiza en términos probatorios, dejando a una suerte de intuición su realización en la práctica judicial.

Si las pruebas aportan información relevante al proceso, entonces la valoración en conjunto consiste en identificar las relaciones epistemológicas entre ellas de cara a las hipótesis señaladas jurídicamente relevantes. Aunque corresponden a la cara de una misma moneda, las relaciones pueden ser de dos tipos: corroboración o refutación.

El objetivo de esta etapa del método consiste en identificar las relaciones de corroboración o refutación que se presentan entre las pruebas que se hayan producido en el proceso. Aunque el camino ya está abonado por la etapa de organización de la información con base en su pertinencia, aquí corresponde evaluar de las relaciones entre las pruebas, poniendo especial énfasis en la calidad de las garantías (generalizaciones empíricas o máximas de la experiencia) que permiten realizarla.

4.4.1. Relaciones de corroboración

Afirmar que las pruebas se corroboran entre sí puede significar diferentes cosas, pero todas tienen algo en común: las pruebas aportan información relevante que hace más probable la ocurrencia de un hecho jurídicamente relevante.

A. Corroboración directa. Se trata de la relación de corroboración más simple. La relación consiste en que varias pruebas, que pueden ser de diferente naturaleza, aportan información sobre un mismo hecho. Por ejemplo, tres testigos afirman que percibieron cuando el vehículo pasó el semáforo en rojo y colisionó con la motocicleta. Esta misma relación se presenta, pero con diversos medios de prueba, si un testigo, un documento (video) y una prueba pericial (reconstrucción del siniestro) señalan un mismo acontecimiento. Como se observa, cada prueba aporta un apoyo epistemológico independiente a la hipótesis a probar.

Esta corroboración es relevante por los criterios de cantidad y diversidad para evaluar la probabilidad alcanzada con base en un conjunto de pruebas²⁴. Según el primero, a mayor cantidad de pruebas sobre una hipótesis mayor será la probabilidad que haya ocurrido; según el segundo, a mayor variedad (diversas fuentes de conocimiento) de pruebas que se refieran a un mismo hecho mayor probabilidad de que sea cierto.

B. Corroboración indirecta o periférica. Para entender esta relación, así como la refutación indirecta, es importante conocer la distinción entre hecho principal y hecho derivado, o de predicciones del hecho principal, como lo denomina Jordi FERRER²⁵. El argumento responde al siguiente esquema: si es cierto que hp1, entonces probablemente será cierto hd1. Cuántos hechos derivados se pueden formular dependerá de las generalizaciones empíricas con las que se cuente. A mayor cantidad de hechos derivados que resulten probados, mayor probabilidad que el hecho principal sea cierto.

²⁴ Al desarrollar la evaluación de la suficiente probatorio, se volverá con estos criterios.

²⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción...*, op. cit., p. 210.

Es importante resaltar las limitaciones epistemológicas de esta relación. Al ser un razonamiento basado en la mejor explicación o abducción: “[...] razonamos tratando de inferir un hecho particular a partir de otro hecho que conocemos como una regla – universal o probabilística– que suponemos correcta. Tampoco obtenemos de esta forma una conclusión necesariamente verdadera –ni siquiera la regla es universal–, sino solo una “solidez” que puede ser mayor o menor”²⁶.

Este tipo de relaciones resultan muy útiles para la evaluación de la fiabilidad de la prueba testimonial. Caso hipotético: en un caso de delito sexual en donde, además del dicho de la víctima, se cuenta con poca prueba, un criterio racional para evaluar la fiabilidad del dicho de la víctima es la corroboración de información secundaria manifestada por la víctima: verificación de las características del lugar en donde sucedieron los hechos, verificación de registros de entrada y salida de lugares, verificación de conversaciones previas o posteriores al delito, heridas físicas y psicológicas.

C. Corroboración sobre otra prueba. La etiqueta “prueba de la prueba” refleja bastante bien este fenómeno. Aquí una prueba se relaciona a otra por referirse a aspectos internos o intrínsecos que permiten aumentar su grado de fiabilidad. Para aumentar la fiabilidad de una prueba fundamentada en ciencia forense se aporta un documento en donde se certifique el buen estado de los instrumentos utilizados al momento de realizarla.

4.4.2. Relaciones de refutación

A. Refutación directa. En este caso se presenta una incompatibilidad epistemológica entre dos proposiciones fácticas en razón al conocimiento ampliamente aceptado. Por el principio lógico de no contradicción, no es posible considerar ambas hipótesis como verdaderas; una es verdadera y la otra es falsa, o las dos son falsas, pero no es posible que las dos como verdaderas.

Por lo tanto, cuando una prueba se refiere a un hecho incompatible con otro hecho, se presenta una relación de refutación directa. En estos casos le corresponde al juzgador evaluar la fiabilidad de las pruebas que se refutan y su relación con las otras pruebas para tomar una decisión.

B. Refutación indirecta. Es la contracara de la corroboración indirecta o periférica. Un hecho principal se puede refutar de manera directa, pero también es posible hacerlo refutando las hipótesis derivadas. Si es cierto que Juan estuvo en el Centro Comercial, podemos predecir que aparece en los registros de la cámara de seguridad del lugar; verificado los videos de seguridad, Juan no quedó registrado por ninguna de las cámaras; en consecuencia, Juan no estuvo en el Centro Comercial.

En este tipo de relación el razonamiento se basa en la regla de inferencia lógica del *modus tollens* o negación del consecuente: Si p, entonces q; no q; no p.

Ahora bien, aunque tanto en ambos tipos de refutación se requiere la prueba de un hecho incompatibilidad, en la refutación indirecta debe evaluarse la calidad de la máxima de

²⁶ GÓNZALEZ LAGIER, Daniel, “Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba”, *op. cit.*, p. 366.

la experiencia en la que se fundamenta la predicción y si la prueba de su negación no se explica por una circunstancia razonable en el caso en concreto. Por eso, en la refutación indirecta se presenta una refutación de grado. En el ejemplo que se lleva, se debería investigar el campo de registro de las cámaras de seguridad y su funcionamiento continuo en el momento relevante para el caso.

C. Refutación sobre otra prueba. También es un caso de “prueba sobre la prueba”, pero aquí en un sentido negativo. La prueba afecta negativamente a otra prueba al referirse a aspectos que ponen en duda su fiabilidad. Ejemplos: un antecedente penal por falso testimonio o la historia clínica en donde se acreditan los graves problemas de visión que sufre el testigo.

4.5. Evaluar la suficiencia probatoria

¿Cómo evaluar racionalmente la suficiencia probatoria sobre la ocurrencia de un hecho jurídicamente relevante con base en un conjunto de pruebas? Daniel GONZÁLEZ LAGIER²⁷ ha identificado, teniendo en cuenta estudios previos de epistemología general y los trabajos desarrollados por juristas que comparten las ideas de la concepción racionalista, doce criterios para realizar esta labor: cuatro referidos a las pruebas²⁸, dos a las reglas de generalización empíricas o máximas de la experiencia²⁹ y cuatro a las hipótesis³⁰.

²⁷ Tomado de su trabajo más reciente sobre el tema GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba”, *op. cit.*, pp. 383-394.

²⁸ A. Criterios referidos a las pruebas.

1. Cantidad: cuantos más elementos de juicio tengamos a favor de una hipótesis, mejor confirmada estará esta.
2. Variedad: cuanto más variados sean los elementos de juicio mejor confirmada estará la hipótesis.
3. Fiabilidad: cuanto más fiables sean los elementos de juicio –esto es, cuanto mejor fundados estén en otros elementos de juicio e inferencias previas o en observaciones directas o conocimientos sólidos–, mejor confirmada estará la hipótesis.

4. Pertinencia y relevancia: cuanto más pertinentes sean los elementos de juicio –cuanto mejor relacionados estén con la hipótesis por medio de generalizaciones empíricas fiables–, mejor confirmada estará la hipótesis.

²⁹ B. Criterios acerca de reglas de generalización empírica o máximas de la experiencia.

5. Grado de fundamentación de la generalización empírica: cuanto mejor fundadas estén las generalizaciones empíricas en inducciones ampliativas sólidas, mejor confirmada está la hipótesis.
6. Grado de probabilidad –entendida como frecuencia– de la correlación: cuanto mayor sea la probabilidad frecuencia expresada en la generalización empírica, más sólida es la hipótesis.

³⁰ C. Criterios acerca de la hipótesis.

7. No refutación: la hipótesis no debe haber sido refutada ni directa –no debe haberse probado un hecho incompatible con la hipótesis– ni indirectamente –no deben quedar refutadas las hipótesis que serían verdaderas si se acepta como verdadera la hipótesis principal–.
8. Confirmación de las hipótesis derivadas: si las hipótesis derivadas de la hipótesis principal –esto es, las hipótesis que serían verdaderas si la hipótesis principal fuera verdadera– pueden confirmarse, mejor confirmada estará la hipótesis principal.
9. Coherencia: cuanto más coherente desde un punto de vista narrativo sea la hipótesis, mejor confirmada estará.
10. Capacidad explicativa: cuantos más elementos de juicio queden explicados por la hipótesis, mejor confirmada estará esta.
11. Simplicidad: cuantos menos hechos no comprobados exija la verdad de la hipótesis, mejor confirmada estará esta.

Aunque es innegable la utilidad de estos criterios para evaluar racionalmente la suficiencia probatoria, al menos si se compara con criterios abstractos como la sana crítica, el propio GONZÁLEZ LAGIER señala sus limitaciones. La solidez de un argumento probatorio no es del todo/nada, como sí lo es la validez de los argumentos deductivos. Entonces, estos criterios son graduables en dos sentidos: cada criterio se satisface de manera gradual (vaguedad específica) y no es necesario que todos se presenten para considerar probada una hipótesis (vaguedad en conjunto). Por tanto, concluye el profesor GONZÁLEZ: “*lo que las reglas de racionalidad epistemológica nos permiten es comparar hipótesis y determinar, dentro de un conjunto de hipótesis rivales, cuál tiene mayor grado de corroboración*”³¹. Esta crítica también ha sido planteada por Juan Carlos BAYÓN³² y Diego DEI VECCHI³³.

¿Cómo solucionar estos dos problemas de gradualidad? Una estrategia para solucionar la vaguedad en conjunto es la propuesta de Jordi FERRER BELTRÁN³⁴, que propone siete estándares de prueba conformados, en su gran mayoría, por algunos de estos criterios. La diferencia reside en que los estándares de FERRER funcionan como una regla, limitando los criterios que deben acreditarse para dar por probado una hipótesis fáctica en la decisión³⁵.

Sin embargo, como ya se dijo, en Colombia no hay estándar de prueba, ni en el CGP ni en el CPP, al menos no que cumplan los requisitos metodológicos señalados por el profesor FERRER³⁶. ¿Cómo solucionar este problema?

12. Eliminación de las hipótesis alternativas: cuantas menos hipótesis alternativas incompatibles con la hipótesis principal subsistan, mejor confirmada estará la hipótesis principal.

³¹ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba”, *op. cit.*, p. 395.

³² BAYÓN, Juan Carlos, “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Revista Jurídica Mario Alario D’filippo*, vol. 2, núm. 4, 2010.

³³ DEI VECCHI, Diego, *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, Zela-Ceji, Lima, 2020.

³⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción...*, *op. cit.*, pp. 203-240.

³⁵ Estas dos de los siete estándares propuestos por FERRER:

Estándar de prueba 1)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como prueba al proceso.

b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.

[...]

Estándar de prueba 3)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

a) Que sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes).

³⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción...*, *op. cit.*, pp. 29-100.

Primer requisito: apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las conclusiones probatorias que se establezcan.

De los doce criterios de racionalidad inductiva, uno tiene prioridad sobre los demás. Esto se debe a que el mayor o menor cumplimiento de cualquier de los otros once afecta el cumplimiento de este. El criterio prioritario es el de hipótesis explicativas y alternativas.

Si cualquiera de los once primeros criterios se satisface es mayor medida, el efecto necesario es la reducción de hipótesis alternativas, siendo el mayor resultado en términos de probabilidad que solo se pueda inferir razonablemente la hipótesis que fundamenta la pretensión. Y a la inversa: el incumplimiento total o parcial de cualquiera de estos criterios genera el efecto necesario de ampliación de hipótesis alternativas.

Una vez se tengan identificadas las hipótesis que explican razonablemente las pruebas y los hechos probados en el proceso, corresponde evaluar si dentro de alguna de ellas se encuentran las proposiciones fácticas que fundamentan la pretensión o excepción (puede ser que hayan sido refutadas directa o indirectamente). De ser así, se deben identificar las que son alternas, para luego proceder a comparar con base en los demás criterios, teniendo en cuenta los resultados de los anteriores pasos, cuál resulta más probable.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, “Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora?”, *Revista Revus*, núm. 39, 2019.
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William, *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Revista Jurídica Mario Alario D’filippo*, vol. 2, núm. 4, 2010.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1969.
- DEI VECCHI, Diego, *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, Zela-Ceji, Lima, 2020.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo I, Victor P. Zavala, Buenos Aires, 1976.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes; VÁZQUEZ, Carmen, “La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de Razonamiento Probatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.

Segundo requisito: los criterios que se utilicen en el estándar de prueba deben cumplir la función de establecer un umbral de suficiencia probatoria.

Tercer requisito: el estándar de prueba debe estar formulado apelando a criterios de probabilidad inductiva, no matemática.

Cuarto requisito: todo proceso judicial requiere de diversos estándares de prueba, que deben fijar umbrales de suficiencia probatoria distintos y progresivos.

- FERRER BELTRÁN, Jordi, “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba causi-benthamiana”, en *Prueba y Racionalidad de las Decisiones Judiciales*, editorial CEJI, Ciudad de México, 2019.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, “Está probado que p”, en *Prueba y Racionalidad de las Decisiones Judiciales*, editorial CEJI, Ciudad de México, 2019.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- GAMA LEYVA, Raymundo, “El método de Wigmore y su aplicación en nuestra práctica jurídica”, en ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (Dirs.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, Madrid, 2011.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Argumentación y prueba judicial*, en FERRER BELTRÁN, Jordi (Dir.), *Estudios sobre la prueba*, Fontamara, México, 2006.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, en FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen (Edits.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de Razonamiento Probatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.
- MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Civitas y Thomson Reuters, Madrid, 2012.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, La Ley, Madrid, 2017.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Editorial Librería Ediciones de Profesional Ltda., Bogotá, 2014.
- RIVERA MORALES, Rodrigo, “La epistemología y la enseñanza del derecho a probar”, *Revista Academia & Derecho*, Universidad Libre, Cúcuta, núm. 2, junio de 2011.
- SANABRIA, Ronald, “Errores en los enunciados probatorios de las decisiones judiciales: una mirada desde la neutralidad judicial”, en BUSTAMANTE, Mónica; ALFARO, Luis (Coords.), *Independencia Judicial en el Tercer Milenio*, Palestra, Perú, 2023.
- TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- TARUFFO, Michele, “Las inferencias en las decisiones judiciales sobre los hechos”, en FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen (Edits.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

- TILLERS, Peter, "Representando la inferencia de hechos en el ámbito jurídico", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007.
- TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- VARGAS VÉLEZ, Orión, "Lo probable y lo demostrable. Una aproximación a la obra de Lawrence Jonathan Cohen", *Revista Academia & Derecho*, núm. 6, junio de 2013.
- VARGAS VÉLEZ, Orión, "Juez inteligente. Sistema experto que asiste al juez en la valoración de la prueba judicial", *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 57, 2021.
- WIGMORE, John, *The science of Judicial Proof, as given by Logic, Pshychology, and General Experience, and illustrated in Judicial Trials*.

PRUEBA EN NORMATIVA SUSTANTIVA: EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA Y SU REPERCUSIÓN PROCESAL

Federico D. Sedlacek
Profesor de Derecho Procesal Civil
Universidad Nacional del Litoral
Universidad de Buenos Aires

1. INTRODUCCIÓN¹

Este trabajo parte de la importante temática, a la cual quizás todavía no se le ha dado el tratamiento e investigación que merece en el estudio del Derecho en general, y dentro del Derecho Procesal en particular, cual es la importante y fundamental relación que existe entre la normativa sustantiva y la normativa procesal de un determinado ordenamiento jurídico.

Como punto de partida y base conceptual del presente, haremos algunas acotaciones sobre dicha temática para poder tener los elementos necesarios del enfoque que pretendemos, cual es mostrar las repercusiones que tiene la normativa sustantiva en materia procesal, específicamente refiriéndonos al ámbito probatorio y tomando como elemento de campo lo ocurrido en Argentina hace unos pocos años atrás, país en el cual, luego de casi 150 años desde la sanción por separado de los Códigos civil (en 1869) y comercial (en 1862), se puso en vigencia en el año 2015 un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

Luego, y entrando de lleno en la temática específica del presente, abordaremos, por un lado, el análisis de aquellas normas que refieren a la valoración de la prueba por parte del juez, y por otro, a aquellas otras que determinan su forma de decidir. Se distingue así la valoración probatoria, de la motivación de la decisión, aunque en la praxis que realiza el juez al momento de dictar sentencia, son parte de un mismo acto racional interconectado, o por lo menos así debería ser.

A partir de ello, podremos llegar a la conclusión que la regulación del “nuevo”² CCCN, se circunscribe e introduce al juez en un esquema de valoración “racional” de la prueba

¹ El presente trabajo toma como base el ya desarrollado y publicado en SEDLACEK, Federico Daniel, “Prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación. Valoración racional para una sentencia constitucionalmente motivada”, en PEYRANO, Jorge W. (Dir.), *Fuentes, Medios y Valoración de la prueba*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 659.

² Si bien van nueve años desde su puesta en vigencia, entendemos que no es prácticamente nada para un Código sustantivo, como es el civil y comercial, que resulta ser quizás una de las normas más importantes de cualquier país de tradición continental europea.

judicial, dentro de un marco jurídico que exige mayor argumentación y motivación de la decisión judicial. Todo ello hace que el nuevo CCCN, tenga mayor valor epistemológico con relación a la decisión judicial de los conflictos, al circunscribir la actuación del juez, a un ámbito donde encuentra mayores herramientas para el conocimiento, búsqueda y definición de la verdad material.

En este aspecto, y de manera preliminar en esta introducción, resulta imperioso brindar al lector cuáles son los parámetros epistemológicos a los cuales nos circunscribimos, para entender las perspectivas y alcances de las ideas que en este trabajo se analizan. Cabe indicar, que nos situamos en la posición que mayoritariamente adoptan autores como GASCÓN ABELLÁN (moderado realismo³), o TARUFFO con su realismo crítico⁴, y que –sin aludir a matices distintivos que excederían los límites de la exposición y asumiendo los riesgos que conlleva una simplificación de este tipo–, implica, entre otros, los siguientes postulados⁵:

a) Realismo crítico (o moderado o disminuido), para el cual las cualidades de las cosas no tienen carácter objetivo ya que no todas las propiedades de la realidad son independientes del observador, aceptándose que no siempre tenemos un acceso fiable al mundo al admitir la posibilidad de errores de percepción. Esta posición implica también: 1) el rechazo del llamado “realismo ingenuo” (o acrítico), aludiéndose a la postura que considera que las cosas son exactamente como las percibimos, confundiendo el contenido de la percepción con el objeto percibido; la realidad que percibe el observador existe sin depender de éste, quien a través de los sentidos accede plenamente al conocimiento de la misma; 2) el rechazo de concepciones idealistas o antirrealistas para las que no hay cosas reales independientes de la conciencia, como también de las tendencias irracionalistas, en cualquiera de sus variantes; y 3) el rechazo de posturas subjetivistas que consideran imposible un conocimiento racional y objetivo del mundo, incurriendo en un escepticismo más o menos extremo.

b) Adopción del concepto semántico de la verdad como correspondencia o adecuación, lo que implica afirmar que un enunciado es verdadero si se adecua a una realidad objetiva y presuponer aquel realismo epistemológico; esto es, considerar que existe un mundo real independiente del sujeto cognoscente, quien puede conocerlo aunque con algunas limitaciones o de forma imperfecta. Las teorías correspondentistas consideran que las creencias y las proposiciones verdaderas corresponden al estado de asuntos actual, relacionando pensamientos y proposiciones con la realidad, con las cosas y los hechos. La verdad o la falsedad de una representación está determinada únicamente por la adecuación o no de la misma a la realidad descrita. De tal modo se apartan de la teoría sintáctica de la coherencia que partiendo de postulados antirrealistas (o en todo caso de postulados críticos al realismo), sostienen que la verdad de un enunciado consiste en su pertenencia a un conjunto coherente de enunciados; el enunciado no se justifica porque sea verdadero, sino que es verdadero porque sirve a algún fin (versión instrumentalista) o porque es aceptado por consenso (versión consensualista).

³ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 40 y ss.

⁴ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 59 y ss.

⁵ Tomamos y seguimos en estas líneas a DEPETRIS, Carlos Emilio, “Conocimiento judicial del daño y cuantificación”, *Revista de Derecho de Daños*, 2013-3, pp. 119-151.

c) La averiguación de la verdad es la finalidad principal de la actividad probatoria en el proceso judicial, aunque no la única ya que otros valores (celeridad de los procedimientos, seguridad jurídica, protección del secreto en ciertos supuestos, etc.) generan la coexistencia de normas contraepistémicas, es decir, contrarias a la racionalidad epistémica de averiguación y justificación de la verdad, que deben ser toleradas y admitidas.

d) El principio de libre valoración de la prueba reconoce en sus orígenes como sustento racional la sujeción a criterios epistemológicos, por lo que se considerará “hecho probado” al resultado racional de la aplicación de tales criterios. Nos adentraremos en este punto más adelante, por resultar sustancial en el planteo que se realiza en el presente trabajo.

2. DERECHO SUSTANCIAL Y DERECHO PROCESAL: NECESIDAD DE UN DIÁLOGO Y UN GRADO CORRECTO DE INDEPENDENCIA

Cuando se analiza la autonomía (e independencia) que ha logrado el Derecho Procesal, con relación al derecho de fondo o sustancial, se llega a la conclusión que, más que una separación absoluta, debiera haber, en realidad, un grado adecuado de vinculación, dependencia e interconexión, para lograr –precisamente– que cada uno cumpla su finalidad⁶.

Como dice PEYRANO, los defensores de la tesis de la autonomía científica del Derecho Procesal exageraron en alguna medida, y así, inadvertidamente, se comenzó a generar un Derecho Procesal aséptico, insensible y ciego a una realidad palmaria: el Derecho Procesal civil es un Derecho instrumental cuya razón de ser estriba en procurar hacer realidad los derechos prometidos –sólo prometidos– por el Código Civil y Comercial de la Nación. Por lo que el montaje procesal escogido es crucial a la hora de proporcionar probabilidades de funcionamiento eficiente a un entramado de normas de fondo⁷.

PÉREZ RAGONE es contundente: debemos apreciar que los derechos sustantivos tienen un componente inherentemente procesal. La construcción del Derecho sustantivo implica suposiciones acerca de los procedimientos que mejor garantizarán el respeto, restablecimiento y realización del Derecho sustantivo que, de no ser observados, podrían dar lugar a una distorsión del proyecto del mandato sustantivo. Entender que el procedimiento es sustantivo y que la sustancia es procedimental desvirtúa dos mitos: (i)

⁶ Es que, como expresa MONROY GÁLVEZ: “si se quisiera explicar, desde la perspectiva del proceso, la razón por la cual éste es insuficiente para soportar la exigencia de concretar la eficacia de los nuevos derechos, creemos que podría afirmarse lo siguiente: la necesidad de separar al proceso de los derechos materiales –en donde fue cobijado tradicionalmente como una expresión más de cada derecho– determinó que se construyera una disciplina (la procesal) totalmente autónoma, en el sentido de desarrollarse de manera independiente respecto de los derechos materiales a los cuales iba a servir de instrumento. Es decir, la urgencia de autonomía ha sido llevada al extremo, al punto tal que se ha construido un sistema procesal que se perfecciona a sí mismo sin que fuera trascendente establecer una relación entre sus rasgos y la naturaleza y fines de los derechos sustanciales respecto de los cuales sólo es un instrumento para lograr su eficacia” (MONROY GÁLVEZ, Juan, “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada”, en *La formación del proceso civil peruano*, Palestra, Lima, 2004, p. 808).

⁷ PEYRANO, Jorge W., “Influencias del derecho de fondo sobre el régimen cautelar”, en *Sistemas cautelares y procesos urgentes*, *Revista de Derecho Procesal*, 2009-2, pp. 33 y 34.

que hay una dicotomía sustancia-procedimiento y (ii) que el procedimiento es un socio inferior contingente. Las normas procesales no pueden desconectarse de los diversos casos concretos, y así deben ser leídas a la luz del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Estas expresiones propias del Derecho procesal no son sino una invitación a realzar lo sustantivo del procedimiento y al mismo tiempo lo procedimental de lo sustantivo. No son compartimientos o categorías dicotómicas sino interrelacionadas⁸.

Ahora bien, este diálogo e interconexión entre normativa sustantiva y normativa procesal, se va a dar concreta y prácticamente con la contemplación e incorporación a la normativa sustantiva de normas de naturaleza procesal. En otras palabras, incorporando normas procesales en normas de fondo. Esto puede generar un cuestionamiento de índole constitucional en algunos países, como en Argentina, de carácter federal, donde las provincias se han reservado facultades constitucionales de establecer sus propias normas procesales. Sin embargo, para el caso específico que nos toca, cabe indicar que jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), máximo órgano judicial del país e intérprete último de la Constitución Nacional, ha convalidado la validez constitucional de aquellos preceptos sancionados (de carácter procesal) por el Congreso de la Nación en tanto resultan necesarios para asegurar la efectividad de las instituciones y derechos de fondo⁹.

Bajo estos parámetros de la necesaria conexión entre normativa sustantiva y procesal, es que resulta imprescindible estudiar y considerar las normas de carácter procesal que se encuentran insertas en el CCCN y que determinarán parámetros esenciales para cualquier tipo de estructura procesal que la propia nación y las provincias establezcan, ya que conforme a la jurisprudencia de la CSJN arriba citada, son normas que tienen por finalidad asegurar la efectividad de las instituciones y derechos de fondo.

Lo haremos específicamente en este trabajo, con normativa referida a la valoración de la prueba.

3. NORMAS SOBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN NORMATIVA SUSTANTIVA ARGENTINA

3.1. Aproximación conceptual a la “valoración”

Resulta necesario de forma preliminar, definir o explicar qué es, en términos genéricos, valorar la prueba. Siguiendo a NIEVA FENOLL, se podría decir que es la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso¹⁰.

En esa percepción queda incluido, como actividades conjuntas, tanto la extracción de esos resultados como el juicio racional del juez sobre dicha percepción, que es

⁸ PÉREZ RAGONE, Álvaro, “El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 41, julio-diciembre de 2018, pp. 258 y 276.

⁹ CSJN, Fallos: 138:157; 190:124; 200:203; 244:527, entre otros.

¹⁰ NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 34.

consustancial a la misma, y que es lo que tradicionalmente se ha definido como valoración de la prueba.

Diferente de la valoración es la motivación, que será la puesta de manifiesto, normalmente por escrito, de esa percepción. Y en la misma es donde se ofrecen datos que, en ocasiones, irán más allá de esa valoración, porque el juez intentará con cierta frecuencia justificar su juicio con argumentos que, en realidad, van más allá de la valoración y que, de hecho, nada tienen que ver con la misma, porque simplemente son argumentos sin base real, que simplemente intentan convencer al lector. Son auténticos defectos de la motivación¹¹.

De esta manera, nuestro trabajo también diferencia por un lado aquellas normas específicas del CCCN relativas a la prueba (a su valoración específicamente), de aquellas otras normas de dicho cuerpo que nos hablan de la motivación, o la manera en virtud de la cual el juez debe resolver el conflicto, como veremos a continuación.

3.2. En el Código Civil derogado (de Vélez Sarsfield) y en el nuevo CCCN del año 2015

No resulta sorprendente que en un Código de fondo de características decimonónicas, como es el Código Civil argentino de Vélez Sarsfield sancionado en 1869, no se encuentren parámetros normativos que orienten al juez –o directamente le determinen– alguna forma de valoración de la prueba, para la resolución de un conflicto.

En efecto, si se realiza una búsqueda dentro de su articulado, de términos como “sana crítica”, “valoración”, “apreciación”, o similares, nos encontraremos con un resultado absolutamente negativo.

Por el contrario, si dicho ejercicio se realiza dentro del articulado del CCCN, nos encontraremos con normas, entre otras, como las siguientes: 1) Artículo 317¹², sobre fecha cierta, donde se expresa al final: *“La prueba [de la fecha cierta] puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez”*; 2) Artículo 319¹³, que expresamente regula el valor probatorio de los instrumentos particulares, tan importantes para la prueba de los documentos electrónicos (como los emails) establece que *“debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen”*; 3) Artículo 1019¹⁴, sobre la prueba de los contratos, donde no sólo

¹¹ *Ibidem*, p. 34.

¹² Artículo 317.- Fecha cierta: *“La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. La prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez”*.

¹³ Artículo 319.- Valor probatorio: *“El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen”*.

¹⁴ Artículo 1019.- Medios de prueba: *“Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto*

aparece el término “sana crítica”, sino también el de “razonable convicción” (“Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial”).

Vale traer a colación en este punto, algunas referencias sobre qué se entiende por sana crítica, o por libre convicción, en materia de valoración probatoria, adelantando que, a los fines del presente trabajo y análisis, nuestra postura es tomarlos como términos equivalentes, con las apreciaciones doctrinarias que haremos a continuación.

En este sentido, expresa NIEVA FENOLL que aquello que se pretende de la “sana crítica” no difiere en absoluto de lo que pretende de la *intime conviction* o la *freie Beweiswürdigung*, pudiéndose concluir que las enseñanzas de BECCARIA y la liberación en la valoración de la prueba inspirada con gran difusión por BLACKSTONE y BENTHAM, finalmente tuvieron bastante éxito en toda Europa, porque básicamente debió de existir una voluntad común en los juristas de aquel tiempo: la utilización de la racionalidad inspirada muy probablemente por las obras de la Ilustración, y el abandono de una valoración de la prueba que sólo tenía en cuenta, no la realidad de los hechos, sino la autoridad de leyes y autores antiguos, siendo víctimas, con ello, de la peor interpretación –aunque también la más simple– que pudo hacerse del método escolástico¹⁵.

En efecto, la “sana crítica” –afirma FALCÓN– es el resumen final de todos los sistemas de apreciación probatoria. En ella está incluida la prueba tasada y cualquier decisión a que se llegue que requiera un razonamiento libre de vicios, perfectamente argumentado y sostenido de modo coherente sobre medios de prueba con los que se ha llegado, por las mejores vías posibles conocidas, a la fijación de los hechos, pues éste es el fin de la apreciación, fijar los hechos¹⁶.

Entonces, partiendo de la posición según la cual, la función de la prueba se establece en un sentido epistémico, como instrumento para el descubrimiento y verificación de la verdad en juicio (dejando de lado las concepciones recurrentes de la prueba como instrumento puramente retórico, dirigido a crear una persuasión favorable en la mente del juez¹⁷), resulta entonces que, del análisis de las normas del CCCN indicadas, relacionadas a los parámetros de racionalidad que surgen del método de valoración de la sana crítica y de la libre convicción, se puede inferir y determinar que el nuevo Código de fondo (CCCN), se circunscribe –entonces– a parámetros de una valoración racional de la prueba judicial.

A esto se suma que, de un abordaje integral de ciertos parámetros normativos en materia procesal que contiene el CCCN, entre los cuales se propicia o se tiende a un proceso oral

disposición legal que establezca un medio especial. Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos”.

¹⁵ NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración...*, op. cit., p. 89.

¹⁶ FALCÓN, Enrique M., *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 713.

¹⁷ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 24. También, TARUFFO, Michele, *La prueba...*, op. cit. Para un profundo análisis sobre la necesidad de dejar de lado concepciones persuasivas en materia de prueba consultar DE PAULA RAMOS, Vítor, *La prueba testifical*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

por audiencias, se ratifica de alguna manera ese mayor abordaje y compromiso epistémico con relación a los hechos (y su verdad y correspondencia) para resolver los conflictos de las personas¹⁸.

5. LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

Relacionadas también con normas probatorias, aparecen en el CCCN normas específicas (artículo 710¹⁹ dentro de Derecho de Familia, y artículo 1735²⁰ dentro de Responsabilidad Civil), que contienen las llamadas “cargas dinámicas de la prueba”, dentro del instituto procesal de la carga de la prueba.

La carga de la prueba se relaciona directamente con la obligación legal que tienen los jueces de resolver los conflictos que son sometidos a su jurisdicción. En efecto, el actual CCCN expresa dicha obligación en su artículo 3° (“*El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*”).

Es por ello que las cargas dinámicas de la prueba permiten resolver con mayor certeza sobre la verdad de los hechos ocurridos, puesto que ponen el deber probatorio en cabeza de quien se encuentra en mejores condiciones de probar, es decir, de aportar elementos para arribar a la verdad de los hechos. Claro que puede ocurrir que el juez, aún frente a un proceso judicial donde resulten aplicables las cargas dinámicas probatorias, se encuentre al final de dicho proceso, y al momento de sentenciar, sin prueba alguna, aún por quien tenía a su cargo ejercer el principio de colaboración en materia probatoria. Pero tendrá la tranquilidad que esa falta de prueba recayó en la parte que tenía más probabilidades de probar, y en quien tenía mayor estímulo para hacerlo, puesto que las consecuencias negativas se aplicarán –ante esa falta de prueba– sobre esa misma parte que no probó, o que no cumplió cabalmente con el principio de colaboración en materia probatoria.

En tiempos pasados, muchos casos (ej., casos de mala praxis médica) a los cuales hoy se les aplica esta moderna regla probatoria, y a los cuales se les aplicaba la regla clásica y principal que establece la carga de probar a quien afirma o alega un hecho, tenían como final demandas rechazadas por falta de prueba. Es decir, se ayuda a evitar lo que Larry LAUDAN distingue como “falso positivo” del “falso negativo”. El primero es la decisión en que se declara probada una hipótesis, cuando en realidad es falsa. El falso negativo es la decisión en que se declara no probada la hipótesis, cuando es verdadera. Ambas

¹⁸ Sobre esta cuestión, ver SEDLACEK, Federico, “Un modelo de proceso judicial a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”, publicado en *Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXIX Congreso nacional de Derecho Procesal, realizado los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2017, Argentina*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017. Disponible en:

https://www.academia.edu/34601522/Un_modelo_de_proceso_judicial_a_la_luz_del_CCCN_pdf

¹⁹ Artículo 710.- Principios relativos a la prueba: “Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar”.

²⁰ Artículo 1735.- Facultades judiciales: “No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”.

decisiones pueden estar bien motivadas en los elementos de juicio, lo que les da una validez epistemológica, pero fallan en la identificación de la verdad²¹.

La aplicación de la carga dinámica de la prueba no garantiza que, al fallar, el juez tenga siempre una prueba, en aquellos casos en los cuales antes no la tenía. Lo que permite, por el contrario, es que, ante esa misma circunstancia (carencia de prueba), hayan existido mayores posibilidades y probabilidades de aportes de elementos probatorios por las partes, y la decisión contenga mayor justicia por aproximarse en mayor medida a la verdad de los hechos²².

Por último, no podemos dejar de mencionar como cuestión relevante, que las cargas dinámicas de la prueba o prueba compartida no sólo han sido ratificadas en su constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados fallos²³, sino que el máximo tribunal expresamente las ha invocado como un elemento fundamental para poder resolver de manera más justa casos de difícil prueba.

6. DEBER DE DECISIÓN RAZONABLEMENTE FUNDADA EN UN CONTEXTO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y APLICACIÓN DE PRINCIPIOS

Al marco normativo sobre reglas de valoración de la prueba, y de aplicación de cargas probatorias dinámicas, podemos sumar el importantísimo y medular artículo 3²⁴ del CCCN, no sin antes hacer una breve acotación sobre su correlativo del Código Civil velezano.

No es lo mismo expresarse sobre el deber de los jueces de *“resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción”*, que de la prohibición a los jueces de *“dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”* (art. 15 Código Civil derogado). No existiendo actualmente esta prohibición de *“dejar de juzgar”* podría uno preguntarse: ¿pueden los jueces dejar de juzgar por no tener elementos (probatorios) suficientes para hacerlo? ¿Es compatible establecer un *“deber de resolver”* mediante una decisión razonablemente fundada, con un deber de juzgar y resolver aun en los casos en los cuales el juez no tiene elementos suficientes para hacerlo?

Hasta ahora, dichas respuestas han sido afirmativas, y para eso se crearon precisamente las reglas de la carga de la prueba. Pero, dichas reglas en la manera que eran utilizadas en la posición clásica no siempre colocaban al juez en una posición de tomar una decisión

²¹ LAUDAN, Larry, *“Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”*, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005, p. 97.

²² No se nos escapa la actual e intensa discusión que está dando la carga de la prueba en materia procesal, donde se discuten sus parámetros más básicos y esenciales (ver NIEVA FENOLL, Jordi; FERRER BELTRÁN Jordi; y GIANNINI, Leandro J., *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2019). Sin embargo, la discusión doctrinaria no determina su propia realidad existencial y su aplicación práctica real en los ordenamientos jurídicos, de la manera en la cual venimos comentando.

²³ Entre ellos, *“Pinheiro”* (1997) - p. 1550. XXXII. Recurso de hecho Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario); *“Plá”* (2001) P. 120. XXXVI. Recurso de hecho Plá, Silvio Roberto y otros c/ Clínica Bazterica S.A. y otros.; y *“Pellicori”* (2011) P. 489. XLIV. Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo.

²⁴ Artículo 3º- Deber de resolver: *“El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”*.

“razonablemente fundada”. De ahí la importancia de las cargas probatorias dinámicas o prueba compartida.

Yendo al núcleo en cuestión sobre el artículo 3 del CCCN, que requiere una resolución del juez “razonablemente fundada”, y teniendo en consideración los parámetros de constitucionalización que fija el artículo 2⁵ del mismo cuerpo (tratados de derechos humanos), con la alusión expresa a la aplicación de principios y valores jurídicos, se determina, a nuestro entender, una exigencia por parte del juez de argumentar (motivar) jurídicamente la decisión tomada.

Por otra parte, aparecen en el CCCN una gran cantidad de normas que evidencian y propician un aumento significativo de la discrecionalidad judicial. En ese esquema, el propio artículo 3° del CCCN, resulta trascendental para limitar y enmarcar dicha discrecionalidad en un sistema republicano y democrático de gobierno, al exigir la razonabilidad en la fundamentación sobre la decisión escogida por el juez.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

En el presente trabajo tratamos de mostrar cómo una correcta e intencionada vinculación entre la normativa sustantiva de un determinado ordenamiento jurídico y normas específicas de naturaleza procesal, pueden determinar parámetros o estructuras sobre las cuales construir modelos procesales. En otras palabras, las normas sustantivas determinan, en mayor o menor medida, diferentes posibilidades y estructuras de modelos normativos procesales. Hicimos ese análisis en materia probatoria dentro del caso que nos brinda el CCCN de Argentina puesto en vigencia desde el año 2015.

Existiendo entonces en el CCCN normas sobre valoración de la prueba judicial, que se enmarcan en los parámetros de una valoración “racional” de la misma, sumado a un conjunto de normas sobre la actividad decisoria del juez que engloban aspectos de mayor discrecionalidad, utilización de principios y valores (lo que permite la ponderación), pero siempre bajo el límite o control de una motivación y/o razonable fundamentación, podemos afirmar que el nuevo CCCN pretende decisiones judiciales argumentadas.

Como expresa ATIENZA, la argumentación jurídica es un tipo de argumentación práctica dirigida a justificar (no a explicar) decisiones. Explicar una decisión significa mostrar las causas, las razones, que permiten ver una decisión como un efecto de esas causas. Justificar una decisión, por el contrario, supone mostrar las razones que permiten considera la decisión como algo aceptable. Motivar las sentencias significa, pues, justificarlas²⁶.

Es así que, una valoración racional de la prueba, junto a una decisión judicial – constitucionalmente– motivada (que exige argumentación jurídica), nos hace

²⁵ Artículo 2º- Interpretación: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

²⁶ ATIENZA, Manuel, “Argumentación y Constitución”, en ALARCÓN CABRERA, Carlos; VIGO, Rodolfo Luis (Coords.), *Interpretación y argumentación jurídica*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, p. 92.

caracterizar al CCCN, como una norma de mayor concepción y valor epistémico que el anteriormente derogado.

Ello, en virtud de que este nuevo cuerpo normativo contiene elementos normativos relacionados con la prueba como instituto procesal, que permiten identificar una postura más racionalista en la valoración de la misma, junto con otras normas referidas a la decisión judicial que, en conjunto, permiten en la práctica la realización de un proceso judicial más epistemológico, en el cual se busque la verdad de las cuestiones fácticas debatidas entre las partes en conflicto. Logrando así, un proceso más justo, argumentativo y democrático.

Así como se exigen “remedios” adecuados para la protección de los “derechos”, una sentencia “motivada”, exige una prueba “razonada” o, mejor dicho, una prueba “razonablemente valorada”.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel, “Argumentación y Constitución”, en ALARCÓN CABRERA, Carlos; VIGO, Rodolfo Luis (Coords.), *Interpretación y argumentación jurídica*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011.

DE PAULA RAMOS, Vitor, *La prueba testifical*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

DEPETRIS, Carlos Emilio, “Conocimiento judicial del daño y cuantificación”, *Revista de Derecho de Daños*, 2013-3.

FALCÓN, Enrique M., *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

LAUDAN, Larry, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005.

MONROY GÁLVEZ, Juan, “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada”, en *La formación del proceso civil peruano*, Palestra, Lima, 2004.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

NIEVA FENOLL, Jordi; FERRER BELTRÁN Jordi; y GIANNINI, Leandro J., *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

PÉREZ RAGONE, Álvaro, “El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 41, julio-diciembre de 2018.

PEYRANO, Jorge W., “Influencias del derecho de fondo sobre el régimen cautelar”, en *Sistemas cautelares y procesos urgentes*, *Revista de Derecho Procesal*, 2009-2.

SEDLACEK, Federico Daniel, “Prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación. Valoración racional para una sentencia constitucionalmente motivada”, en PEYRANO, Jorge W. (Dir.), *Fuentes, Medios y Valoración de la prueba*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018.

SEDLACEK, Federico, "Un modelo de proceso judicial a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación", publicado en *Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXIX Congreso nacional de Derecho Procesal*, realizado los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2017, Argentina, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017. Disponible en: https://www.academia.edu/34601522/Un_modelo_de_proceso_judicial_a_la_luz_del_CCCN_pdf

TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2009.

VEINTE AÑOS DESPUÉS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN MATERIA CIVIL: ¿PREDICCIÓN O REALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA?

Cindy Charlotte Reyes Sinisterra

Abogada

Profesora de la Universidad de Los Andes

Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

Candidata a Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia

ccreyes@uniandes.edu.co

“Sería ilógico que el magistrado se viera privado de aplicar los nuevos métodos de prueba, en razón de que, cuando ocurrió el acto, ese medio de prueba no se hallaba instituido para demostrarlo”.

Eduardo J. COUTURE

1. INTRODUCCIÓN

El plan de Justicia digital ha adquirido una importancia significativa en países como Colombia, como lo puede reflejar la normativa que viene siendo expedida y que es de vital importancia en las modificaciones que se han adaptado en materia procesal, a todas las ramas del Derecho. Sin embargo, fue superado el alcance dicho plan cuando el Covid-19 y una pandemia permitieron que se hiciera realidad lo que había soñado en algunas investigaciones que venía desarrollando desde que era estudiante de Derecho.

Como producto de la respuesta a una situación que puso en peligro la vida de toda la humanidad, se puso en vigencia en primer lugar el Decreto 806 de 2020 y posteriormente la ratificación de todas estas instituciones y canales de comunicación digital tuvieron realidad y permanencia con la entrada en vigencia de la Ley 2213 de 2022, que prácticamente dispuso que lo que regulaba el decreto seguiría siendo la regla y no la excepción. Es decir, se pasó de la virtualidad como excepción a la virtualidad como regla general.

Muchos cambios que soñaba se hicieron realidad, con relación a temas tales como los expedientes electrónicos, la interposición de recursos por medios electrónicos,

notificación electrónica, presentación y contestación de la demanda por medios electrónicos, etc.

Sin embargo, uno de los temas más álgidos responde a una de las etapas del proceso, y no es otra que la probatoria. La aplicación de lo que se pueda entender como tecnologías de la información y la comunicación en lo concerniente a los medios de prueba es algo de lo que se trata de decir mucho, pero que en realidad en la práctica deja muchos interrogantes en los administradores de Justicia, litigantes, y la comunidad académica en general.

La prueba electrónica es un término que desde hace años se viene escuchando en Colombia, pero para algunos solo es un sinónimo de una nueva modalidad de reproducción del documento. Y es que cuando se habla de documento electrónico, hay que plantearse como mínimo una división que responde a tres cosas diferentes, el autor, el contenido y el continente; para este caso, solo se estaría haciendo referencia a que el documento ya no se presente en un papel sino que su continente sea precisamente un medio electrónico.

Pero... ¿será que el único medio de prueba que puede ser entendido como prueba electrónica es el documento? ¿El concepto de fuente y medio de prueba puede afectar lo que se ha dicho al respecto? Es esto, lo que sin lugar a dudas trazará rutas teórico-prácticas para que la prueba electrónica no sea algo que se quede en leyes inoperantes en el país, sino que haciendo alusión al título de esta investigación, se construyan bases sólidas para tenga lugar su adecuada “utilización”.

2. LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL DERECHO COMPARADO

Al momento de entender lo relacionado con la prueba electrónica en el Derecho comparado, es necesario remitirse a estudios que se vienen haciendo desde Europa, en donde el tema se ha delimitado desde perspectivas bastantes interesantes que pueden ser de gran utilidad al momento de asimilar la aplicación e inclusión de las tecnologías de la información y la comunicación en el ordenamiento jurídico colombiano y las consecuencias de la evolución del Derecho probatorio, específicamente en este tema.

Según Franceso CARNELUTTI, cuando se hace referencia a la autoría del documento, desde una perspectiva jurídica, *“no es quien materialmente lo crea, sino a quien jurídicamente se le atribuye su formación”*¹. Esto que se dijo hace muchos años por este gran procesalista constituye uno de los mitos más interesantes que pueden tener lugar respecto de lo que concierne a la prueba electrónica y más específicamente la autoría de un documento reproducido en este medio, que puede presentar algunas complejidades, cuando no se respalda con una firma electrónica avanzada, dejando esta individualización necesaria para el proceso a otros elementos que algunos autores como Joan PICÓ I JUNOY, han denominado ordenadores de creación. Según el mismo, *“En estos casos la identificación del autor y remitente es más compleja, puesto que puede identificarse el ordenador desde el que ha sido enviado el documento, pero no quien lo ha enviado”*². Posición que no comparto en

¹ CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 161.

² ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (Dirs.), *La prueba electrónica*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 39.

totalidad, pero que sirve para plantear nuevas alternativas de solución frente a la problemática que este autor, quien es autoridad a nivel mundial en el tema, ha querido plantear.

En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil ha venido abriendo las puertas a la inclusión y utilización de los documentos electrónicos, en procesos como el monitorio y en temas relacionados con las medidas cautelares, medidas fiscales, administrativas y del orden social (documentos públicos), documentos privados, entre otros, que animan a la sociedad replantear el concepto de documento. Según SERRA DOMÍNGUEZ, *“documento no es sólo un escrito, sino cualquier objeto representativo, teniendo mayor poder de representación la palabra o la imagen que la escritura”*³. Concepto que comparto, pero sin dejar de lado, que al fin y al cabo muchos de los documentos que tengan un soporte electrónico, al momento de reproducirse harán uso de las mismas letras que se entienden al referirse a la escritura, sin olvidar la complejidad de códigos binarios que esto implique.

Lo anterior evidencia que en países como España, Italia y, aunque no se mencionó, Portugal, se ha centrado la discusión en torno a qué tan representativo es un documento que no es escrito, cuestión que considero en Colombia no presenta problemas, porque para nadie es un secreto que desde la aplicación del artículo 252 del C. de P. C., y lo concerniente a la regulación del mismo en el ordenamiento jurídico colombiano, la concepción no se ha limitado a pensar en el papel escrito, lo que si causa atención en este instante de la historia, es si el medio electrónico como “continente del documento”, debe diferenciar la utilización del mismo, o puede asimilar su tratamiento a lo que ya se tenía para la prueba documental tradicional, en este estudio específicamente en materia civil y de forma responsiva a las adecuaciones que se estudiarán de forma específica cuando se pase a hablar de inclusión de las tecnologías de la información y la comunicación en el Código General del Proceso.

3. LA CARGA DE LA PRUEBA

Respecto de la utilización de la prueba electrónica en materia civil y la carga de la prueba tal y como se concibe en el Código General del Proceso, es importante decir que presenta dos situaciones que podrían fijar una relación con esta institución, siempre y cuando se entienda de entrada, la diferencia entre probar un hecho electrónico y probar electrónicamente un hecho. En la primera situación, en nada modificará el hecho de existir una prueba electrónica, el postulado conocido y en general que consiste en que quien alegue un hecho debe probarlo.

Sin embargo, cuando se encuentre el contexto desarrollado frente a la segunda situación, es decir, que lo que se quiere probar es un hecho electrónico, del cual su existencia en el proceso solo podrá ser probada por medio de un dictamen pericial, si presentaría cierta particularidad. Y es que si se tiene como aceptada la anterior teoría, que implica que siempre que se trate de un hecho electrónico, deberá ser el dictamen pericial, el medio de prueba utilizado por quien pretenda alegar éste en un proceso, con oportunidad de

³ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *La prueba documental*, editorial Comunitas, Lima, 2009, p. 212.

ser sometido a contradicción en audiencia, el que le dé las herramientas al juez, para fallar a favor o en contra de alguna de las partes, se podría pensar que esto producirá que en algunas situaciones surja la necesidad de aplicar lo que se conoce como carga dinámica de la prueba.

¿Qué relación tiene la prueba de un hecho electrónico y la carga dinámica de la prueba en Colombia?

Según el artículo 167 del Código General del Proceso⁴ “[...] el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos [...]”.

¿Quiere decir lo anterior que, si a una de las partes le queda más fácil aportar el dictamen de un perito informático, se podrá aplicar esta institución?

“La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”⁵.

Esto demuestra que el Código permite en muchas situaciones pensar en que se exija a la parte que tiene más fácil aportar un dictamen de este tipo, realizarlo y aplicar esta institución para proteger los derechos de alguna de las partes y por tanto garantizar el debido proceso. Piénsese en un proceso en donde una persona natural, que compró un producto por Internet, firmó un contrato electrónico con una compañía por Internet. ¿Quién estará en mejor posición de probar? Darle respuesta a esta pregunta será tarea del juez, que según lo concebido en esta nueva legislación tiene una herramienta importante para darle aplicación real y efectiva a lo que concibe como la igualdad de las partes.

4. DICTAMEN PERICIAL Y PRUEBA ELECTRÓNICA

Según el artículo 226 del Código General del Proceso, *“La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”⁶*. Inicialmente al hablar de la valoración conjunta y razonada de las pruebas, se hizo mención a la importancia que cobra el dictamen pericial, cuando se trata de demostrar un hecho ocurrido en un medio electrónico.

El hecho electrónico no es un hecho que ocurre en la realidad física, y difícilmente podrá comprobarse si no se cuenta con un experto que pueda contarle de forma objetiva al juez

⁴ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 167.

⁵ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 167.

⁶ Colombia. Congreso de la República. Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 226.

que fue lo que realmente sucedió y pueda de esta forma concluir cuál de las partes tiene la razón.

Por ejemplo, un docente le deja a los estudiantes de su materia un trabajo que deberán enviarle hasta antes de las 6 p. m. del mismo día. Al día siguiente el profesor lee las notas y A, quien dice haberlo enviado a las 5 p. m., (dentro del tiempo), le reclama al docente, quien le responde mostrándole su bandeja de entrada en donde el ensayo aparece como recibido a las 8 a. m., del siguiente día. En el caso anterior, ¿el juez posee la experticia para saber cuál de los dos tiene la razón? ¿Se trata de probar en este caso, un hecho electrónico o electrónicamente un hecho?

En primer lugar, hay que decir que el envío del correo en un medio electrónico constituye por tanto que lo que se debate en este proceso es un hecho del mismo tipo, y es evidente que el juez no posee dentro de sí mismo la experticia para saber que ocurrió en la realidad. Así se pensara en una inspección judicial de ambos equipos (desde donde se envió y a donde llegó el correo), de nada sirve si no se apoya del dictamen pericial. Sin decir con esto, que no se aplicarán posteriormente, la sana crítica, las reglas de la experiencia y la valoración conjunta y razonada de las pruebas como se ha venido repitiendo en reiteradas ocasiones.

5. HECHO ELECTRÓNICO

En amplios sectores se ha debatido por mucho tiempo, el tema de si lo que se debe probar son los hechos o las afirmaciones. Por no ser éste el tema que se trató en esta investigación, lo cierto es que precisaré que se considera dentro de este contexto que lo que se prueban son los hechos, ya que cuando ocurre un hecho en un medio electrónico, difícilmente podrá probarse con base en una simple afirmación, a menos, que lo que se pretenda es probar electrónicamente un hecho que no ocurrió en un medio de este tipo.

¿Qué se debe entender como hecho electrónico? Esto es bastante importante, para concebir varios de los puntos que se desarrollan al estudiar la utilización de la prueba electrónica en Colombia. Un hecho electrónico, se considera como aquel que tuvo lugar en un medio de este tipo, y que por tanto la prueba del mismo por excelencia debe ser un dictamen pericial.

6. PROBAR ELECTRÓNICAMENTE UN HECHO

Como precisión de lo que se viene explicando y que es bastante importante para entender, herramientas determinantes en la utilización de la prueba electrónica es necesario diferenciar el hecho ocurrido en un medio electrónico, del hecho que se da en la realidad humana y tradicional y que no necesita reproducirse en un medio electrónico para existir, ni para verificar que sucedió.

Cuando en esta investigación se hace referencia a probar electrónicamente un hecho, simplemente se trata de explicar que hay hechos que por ciertas circunstancias pueden o son susceptibles de ser probados electrónicamente, pero no necesariamente debe hacerse así, y es estos casos, que cualquier medio de prueba puede servir de ruta de acceso al proceso, a este tipo de pruebas, sin pensar en el dictamen pericial. Lo que no

implica que el mismo no pueda ser utilizado, pero no deberá ser una exigencia que puedan ni hacer las partes, ni mucho menos el juez, basado en la imposibilidad para valorar un hecho que es susceptible de ser probado de diferentes maneras.

7. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

Muchos se preguntan acerca de la complejidad que presenta el referirse en la práctica, a la valoración de la prueba electrónica, pero en realidad en esta investigación se darán nuevas herramientas de orientación que se construyeron a partir de una conclusión a la que llega el profesor Joan PICÓ I JUNOY: *“hay que tener en cuenta que la prueba electrónica puede ser objeto y medio de prueba. La prueba electrónica puede ser objeto de prueba, y así se habla de «probar un hecho electrónico» (ejemplo: el envío de un correo electrónico en determinada fecha); puede ser un medio de prueba, y así se alude a «probar electrónicamente un hecho» (ejemplo: un email en el que el demandado reconoce expresamente una factura pendiente de pago). O puede, simultáneamente, ser objeto y medio de prueba, cuando se trata de «probar electrónicamente un hecho electrónico» (ejemplo: la celebración de un contrato a partir de los emails enviados desde las terminales de dos ordenadores)”*⁷.

¿Qué relación tiene la diferencia entre probar un hecho electrónico y probar electrónicamente un hecho con respecto a la valoración que debe hacer el juez en determinado proceso? Pareciera a simple vista que el tema en nada pudiera afectar esta actividad que en Colombia, responde a la aplicación de lo que se conoce como sana crítica y reglas de la experiencia, pero esta afirmación no es del todo válida en mi concepto, y tiene directa relación a cómo considero debe realizarse la práctica de esta prueba respondiendo a la diferenciación de un hecho que ocurre en un medio electrónico y un hecho que, aunque ocurrió en un medio diferente, se pretenda probar utilizando una prueba electrónica.

Es bien sabido que el dictamen pericial es uno de los medios de prueba que se deben utilizar siempre que el juez deba acudir a cierta ciencia, técnica o arte que no posee, para que un hecho que no es visible directamente frente a sus ojos, lo sea por medio de la explicación que debe realizar un experto. Es así, que la conclusión parte de un factor sencillo y que es evidente: Siempre que se trate de probar un hecho ocurrido en un medio electrónico, el medio de prueba que debe servir como ruta de acceso, debería ser el dictamen pericial, o de lo contrario, de nada serviría aportar una prueba de este tipo a un proceso, en donde el juez está imposibilitado para entender algo para lo que no está preparado, por no ser ingeniero o perito informático, según sea el caso, o por lo menos el caso se tornaría de una complejidad bastante alta que debería probarse con base en la probabilidad que le ofrezcan otros medios de prueba.

Con lo explicado hasta el momento, gran parte de la doctrina podría diferir de esta conclusión. Es clara la posición, frente a la cual es recomendable al juez que siempre que esté, frente al caso explicado anteriormente, deberá valorar esa prueba, buscando que el ingreso al proceso de la misma, sea un dictamen pericial.

⁷ ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (Dirs.), *La prueba electrónica*, op. cit., p. 26.

¿Siempre debe ingresar la prueba electrónica por medio de un dictamen pericial al proceso? Evidentemente muchos pensarán que la respuesta a este interrogante es positiva, por lo sostenido anteriormente, pero lo cierto es que no. En los casos en que simplemente se pretenda probar electrónicamente un hecho, y partiendo de que este hecho no solamente es susceptible de un medio electrónico para probarse dentro del proceso, se podrá simplemente acudir a la utilización de la sana crítica, las reglas de la experiencia y la valoración conjunta y razonada de las pruebas, lo que ayudará a que el juez pueda construir un rompecabezas que constituirá el sentido de la sentencia al finalizar el proceso, pero no será necesario, en estos casos, un dictamen pericial, y el medio de prueba como ruta de acceso al proceso, puede ser la prueba documental.

8. PRUEBA ELECTRÓNICA: ¿FUENTE O MEDIO DE PRUEBA?

Dentro del estudio que se hace respecto de si se puede asimilar en todos los casos, a la prueba electrónica con el documento electrónico, es necesario agregar la diferencia que en la doctrina existe frente a los conceptos de fuente y medio de prueba. Es de esta manera que se podrá dar respuesta a unos de los interrogantes que se plantean en la introducción de esta investigación frente a si en un futuro todos los medios de prueba que se conocen tradicionalmente podrán ser acompañados de medios similares pero que a esto se les sume la categoría de electrónicos.

Para lo anterior, traeré a colación la síntesis que Joan PICÓ I JUNOY⁸, siguiendo al Profesor MONTERO AROCA⁹, explica acerca del tema:

- 1) La fuente es un concepto extrajurídico, metajurídico o ajurídico que se corresponde en una realidad anterior y extraña al proceso, mientras que el medio de prueba es un concepto jurídico y más concretamente, un concepto procesal. Precisando aún más, el medio de prueba es un concepto del Derecho probatorio que designa el instrumento o la actividad que permite la introducción de las fuentes en el proceso¹⁰.
- 2) La fuente existe con independencia de que llegue a realizarse o no un proceso; mientras que el medio cobra sentido en relación con un proceso y producirá efectos en un proceso concreto.
- 3) Las partes antes de iniciar un proceso buscan las fuentes de prueba y, una vez obtenidas, efectúan la proposición de los medios de prueba para introducir las fuentes en el proceso.
- 4) Las fuentes preexisten al proceso, mientras que en éste sólo se practican los medios, sin proceso no existen medios, pero las fuentes son independientes de su existencia y no dependen de que se realice o no en el proceso.
- 5) Las fuentes es lo sustantivo y material; el medio es la actividad.

Es así que Joan PICÓ I JUNOY hace un estudio en donde empieza a mostrar de forma clara cómo cada uno de los medios de prueba tradicionales, entendidos como esa “ruta

⁸ ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (Dirs.), *La prueba electrónica, op. cit.*, pp. 62 y 63.

⁹ MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2007, p. 150.

¹⁰ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Introducción a la probática*, Bosch Editor, Barcelona, 2007, p. 12.

de acceso”, de las fuentes probatorias son los mismos medios de los que deberán valerse las pruebas electrónicas. Es decir, se estaría frente a la posición de que los medios probatorios no se volverán de ninguna manera electrónicos, sino que lo que es electrónica es la fuente.

Sin embargo, piénsese por ejemplo en un programa que en la actualidad sirva para mostrar el estado de salud de una persona y que ese dictamen que hace el aparato electrónico sea tenido en cuenta para demostrar una negligencia en un procedimiento médico. ¿Se podría pensar que la ruta de acceso al proceso, es decir, el medio no se da en un entorno electrónico? ¿Sería un disparate atreverse a pensar que se está frente a un dictamen pericial electrónico?

La respuesta se puede dar partiendo de dos posiciones diferentes, que se plantearán en esta investigación con el fin de que la comunidad académica se cuestione al respecto, y se construya en consenso crítico la misma. De un lado se podría pensar, que la ruta de acceso al proceso siempre serán los medios de prueba tradicionales y que simplemente se trata de que quien aporte la prueba elija que camino es el que debe tomar para que esa fuente ingrese al proceso.

Por el contrario, se podría sostener que los medios de prueba tradicionales no serán siempre esa puerta o esa ruta de acceso al proceso y que siempre que se esté frente a un medio electrónico que fue el que sirvió de camino a una fuente para ingresar al proceso pues se puede hablar de un “medio de prueba electrónico”, según sea el caso. Lo que sí es incorrecto plantear es que, por el hecho de ser una prueba electrónica, necesariamente deberá ingresar al proceso por un medio electrónico, pues sólo se trata de concluir que una cosa es la fuente como concepto extraprocesal y algo muy diferente el medio de prueba. Para hablar de medio de prueba electrónico, tendrá que ser el entorno electrónico el que permita el ingreso de esta prueba en el proceso.

9. CONCLUSIONES

1. La prueba electrónica es el género, el documento electrónico es la especie.
2. La utilización de la prueba electrónica en materia civil depende de si se quiere un probar un hecho que ocurrió en un medio electrónico o si lo que se quiere es probar electrónicamente un hecho.
3. El mensaje de datos o documento electrónico no es lo mismo que hecho electrónico.
4. La forma de demostrar correctamente la ocurrencia de un hecho que tuvo lugar en un medio electrónico, es por medio de un dictamen pericial.
5. En los casos que se pretenda demostrar electrónicamente un hecho, se podrá utilizar cualquier medio de prueba, que deberá ser valorado de acuerdo a la sana crítica y las reglas de la experiencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (Dirs.), *La prueba electrónica*, Bosch, Barcelona, 2011.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, editorial Temis, Bogotá, 2004.
- BAUZÁ REILLY, Marcelo; BUENO DE MATA, Federico; PÉREZ VERA, Elisa *et al.*, *El Derecho en la sociedad telemática*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2012.
- CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1982.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Editorial ABC, Bogotá, 1977.
- FERRER BELTRAN, Jordi; PICÓ I JUNOY, Joan; RAMÍREZ CARVAJAL, Diana *et al.*, *La prueba y la decisión judicial*, Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín, 2010.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil. Parte General*, Dupre editores, Bogotá, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme; PÉREZ RAGONE, Álvaro; NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, editorial Abeledo Perrot, Chile, 2010.
- MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2007.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Introducción a la probática*, Bosch Editor, Barcelona, 2007.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probática*, editorial Temis, Bogotá, 1997.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2009.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, editorial Temis, Bogotá, 2004.
- QUÍLEZ MORENO, Jose María, *El proceso monitorio: Estudio doctrinal, jurisprudencial y futura realidad de la e-justicia*, La Ley, Madrid, 2011.
- REYES SINISTERRA, Cindy Charlotte, "La presunción de autenticidad del documento electrónico", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 35, 2009.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *La prueba documental*, editorial Comunitas, Lima, 2009.
- TARUFFO, Michele, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, editorial Temis, Bogotá, 2006.

BIZANTINISMOS DE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y EL TRÁNSITO HACIA SU VALORACIÓN RACIONAL EN EL PROCESO PENAL

Jeffrey J. Mora Sánchez
Investigador
Universitat de Girona

1. INTRODUCCIÓN

La doctrina clásica, habida cuenta de las características de los documentos para ese momento histórico –con un justificado simplismo– asumía cierta idea de univocidad en su significado, que se consideraba como fácilmente perceptible. Así, se limitaba la tarea del intérprete al *descubrimiento* del sentido inscripto en el documento, de manera análoga a lo que ocurría con los textos normativos¹.

En la misma línea, el juez francés François GORPHE, señalaba, a principios del siglo pasado, que la prueba documental, cuando es completa, constituye “*prueba perfecta*”, siendo una de las más seguras, con una superioridad que resulta “*incontestable sobre la prueba oral*”².

Sin embargo, frente al señalado reduccionismo o superficialidad en su valoración, se observa un extraordinario refinamiento en cuanto a las categorías y clasificaciones relacionadas con la prueba documental, muchas de las cuales se estiman hoy francamente insuficientes y estériles. Desde su división según tuvieren un carácter representativo simple o declarativo de un pensamiento³, público, privado o copia⁴,

¹ DE PAULA RAMOS, Vitor, “«Déjame atravesar el viento con documentos»: Propuestas para replantear la prueba documental del siglo XXI”, *Revista Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 3, 2022, p. 4. En sentido similar, se consideraba que “[e]n el concepto de evidencia práctica, en el proceso judicial, debe comprenderse también la denominada evidencia sensible o física, o sea aquella que cae bajo nuestros sentidos; si bien éstos pueden algunas veces engañarnos, cuando la observación ha sido cuidadosa nos proporciona una certeza que, a los fines prácticos, equivale a la certeza absoluta”. BRICHETTI, Giovanni, *La evidencia en el derecho procesal penal*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 25.

² GORPHE, François, *Apreciación judicial de las pruebas*, Editorial Temis, Bogotá, 2004, p. 141. No obstante, el autor advierte que “con frecuencia, no pasa de prueba fragmentaria la que se encuentra en los documentos presentados en juicio; lo cual permite la discusión y exige verificaciones o una interpretación”.

³ Para JAUCHEN, un documento representativo simple es el “que concreta materialmente un hecho humano vacío de toda declaración expresa de quién es su autor, como por ejemplo: fotografías, planos, radiografías, pinturas, etcétera”, mientras que será declarativo “cuando su autor manifiesta en él una especial declaración de su pensamiento, como por ejemplo: escritos, cintas grabadas, discos, etcétera, trasuntando de esta manera una determinada voluntad del otorgante”. JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 487.

⁴ REDENTI, Enrico, “La formación de la prueba”, en *Valoración judicial de las pruebas*, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 450-454.

dispositivo o certificante⁵, directo o indirecto, mediato o inmediato, reproducciones mecánicas frente a las escritas⁶, etc.

De acuerdo con GORPHE, en un documento escrito deben de examinarse dos aspectos esenciales: la forma, sea el acto material, letra y firma; y el contenido, lo que incluye “*el sentido y la sinceridad de lo escrito en él*”, en tanto, considera el autor que la prueba documental es una prueba de otras pruebas⁷.

Ahora bien, sobra decir que la clasificación de un documento como público o privado sí que tendrá consecuencias relevantes para la configuración del tipo objetivo de ciertas figuras penales –como las relacionadas con la falsedad documental– así como para evaluar la licitud de su obtención, según requiera o no orden jurisdiccional. No obstante, en el presente ensayo me ocuparé exclusivamente de la importancia de ésta y otras clasificaciones de cara a su valoración⁸.

Desde esta perspectiva, a pesar de que el diseño procesal penal costarricense no regula directamente la prueba documental, continúa vigente cierta diferenciación, a nivel de su valoración, entre los documentos privados y los públicos, considerándose éstos últimos bajo la máxima inglesa *omnia presumuntur rite ac solemniter esse acta*⁹, con una suerte de *presunción legal de regularidad* precisamente por la fe pública depositada en el funcionario que lo emite, lo que ha llevado a que se pretenda otorgar más peso probatorio a aquellos actos que se reflejen, por ejemplo, en actas notariales¹⁰ o policiales¹¹.

En los siguientes párrafos se intentará dilucidar si esas categorías son dúctiles para valorar la prueba documental o si, por el contrario, tienen un efecto perverso que, lejos de contribuir a una evaluación más racional, difumina los aspectos que verdaderamente importan en un contexto en donde la prueba documental es más compleja que nunca, todo ello tomando fundamentalmente como base un interesante ensayo de VÍTOR DE PAULA RAMOS¹².

⁵ LEIBLE, Stefan, 2008, “El procedimiento probatorio”, en *Valoración Judicial de las Pruebas*, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 2008, p. 656. Son documentos dispositivos aquellos que materializan un acto jurídico por sí mismos, mientras que los documentos certificantes informan sobre circunstancias externas al documento.

⁶ Para todo *vid.* DE PAULA RAMOS, *op. cit.*, pp. 7-10.

⁷ *Op. cit.*, p. 141. En el mismo sentido, *vid.* REDENTI, *op. cit.*, p. 454, quien estima que se trata de *probatio probationis* o prueba de la prueba.

⁸ Aunque se toma como base la regulación procesal penal costarricense, mucho de lo que se dirá a continuación es extrapolable a la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los sistemas romano-germánicos o del *civil law*.

⁹ GORPHE, François, *op. cit.*, p. 142.

¹⁰ Por ejemplo, levantando un acta notarial sobre el contenido de mensajes de texto a partir de la observación en un dispositivo celular, con el objetivo de otorgarle mayor fiabilidad a la prueba aportada. Se concuerda con RODRÍGUEZ ÁLVAREZ en cuanto a que no parece que sea una práctica útil, dado que el fedatario público no garantiza la autenticidad de los mensajes (RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “Redes sociales y proceso penal: una radiografía”, en VV. AA., *El nuevo proceso penal sin código procesal penal*, Atelier, Barcelona, 2019, p. 338).

¹¹ La elaboración de actas no resulta una labor sencilla, si se repara en que, tal y como lo indicara GORPHE, François, “*no siempre resulta fácil distinguir una comprobación positiva de una simple apreciación*” (GORPHE, François, *op. cit.*, p. 145), por ende, tampoco será simple su valoración.

¹² DE PAULA RAMOS, Vitor, *op. cit.*, pp. 1-26.

2. CONCEPTO DE DOCUMENTO

JAUCHEN entiende que “[l]a documental es otro medio de prueba, que se introduce mediante el documento, siendo éste el objeto que materializa una actividad humana significativa para el proceso. El pensamiento así plasmado constituye el contenido del documento, el cual es su objeto portador, pudiendo ser de las más diversas formas y especies: papeles escritos, dibujados o graficados, fotografías, filmaciones, discos, grabaciones magnetofónicas, muestras fotostáticas, esculturas, pinturas, murales, registros de télex o fax, diarios, informes, contraseñas, distintivos, emblemas, etcétera; en suma, cualquier objeto que contenga la representación de un hecho humano”¹³.

Mientras tanto, DELLEPIANE refiere que “un documento no es otra cosa, en último análisis, que una serie de afirmaciones, y que, por consiguiente, según estas emanen de una de las partes contendientes o un tercero extraño al litigio, el documento en cuestión, como medio de prueba, equivaldría, sea a una confesión, sea a un testimonio fijados, podría decirse; de manera que, independientemente de los principios especiales de la crítica, que le sean aplicables por razón de su naturaleza (por ejemplo, las operaciones dirigidas a averiguar la autenticidad o a determinar la apocrifidad del documento), estará sujeto a ser asimilado, ya a una confesión, ya a un testimonio, y a recibir el tratamiento analítico-crítico correspondiente, según el caso”¹⁴.

En consonancia, en el ámbito costarricense se ha incorporado en el ordenamiento jurídico una noción amplia de documento, tanto en la LRSDP¹⁵, en el CPC¹⁶, en cuanto a documentos

¹³ JAUCHEN, Eduardo, *op. cit.*, p. 487.

¹⁴ DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Ediciones Olejnik-Editorial Temis, Bogotá-Santiago de Chile, 2017, p. 151.

¹⁵ Ley de Registro y Secuestro de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, N°. 7425, del 9 de agosto de 1994. Artículo 1: “[...] se consideran documentos privados: la correspondencia epistolar, por fax, télex, telemática o cualquier otro medio; los videos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo”. Es importante señalar que muchos documentos que pueden considerarse como públicos, de acuerdo con el artículo 45 del Código Procesal Civil (en adelante, CPC), son, a su vez, documentos privados de acuerdo con la regulación de la LRSDP, por ejemplo, en el caso de un dictamen clínico –elaborado por un médico de un hospital público– que contiene información privada sobre la salud del paciente. La inconsistencia es solo aparente y se alimenta de una deficiente regulación normativa, en tanto el carácter público o privado de un documento puede depender tanto de su origen como de la información contenida en el mismo.

¹⁶ El artículo 45 establece una presunción *iuris tantum* de autenticidad, validez y eficacia de los documentos, sean estos públicos o privados, y contempla también el principio de equivalencia funcional. Asimismo, refiere el citado numeral –por exclusión– que considerará documento privado aquel que no sea público, y, a este último, lo define como “todos aquellos redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones y los calificados con ese carácter por la ley. También, tendrán esa naturaleza los otorgados en el extranjero con ese carácter en virtud de tratados, convenios internacionales o el derecho internacional. A falta de norma escrita, tales documentos deben cumplir los requisitos del ordenamiento jurídico donde se hayan otorgado. El documento otorgado por las partes ante un notario hace fe, no solo de la existencia de la convención o disposición para la cual ha sido otorgado, sino aun de los hechos o actos jurídicos anteriores que se relatan en él, en los términos simplemente enunciativos, con tal de que la enunciación se enlace directamente con la convención o disposición principal. Las reproducciones de los documentos tendrán la eficacia probatoria de estos, si el funcionario autorizante certifica la razón de ser copias fieles de los originales. La misma eficacia tendrán las copias simples, cuya autenticidad no haya sido impugnada oportunamente”. No obstante, debe recordarse que, salvo algunas excepciones relativas al embargo, “no se establece la aplicación supletoria en materia procesal penal de las disposiciones del Código Procesal Civil, lo que de todas maneras iría en contra de la autonomía que rodea al Derecho

públicos y privados, así como en la LDE¹⁷, que reconoce el principio de equivalencia funcional, estableciendo que “[c]ualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos. En cualquier norma del ordenamiento jurídico en la que se haga referencia a un documento o comunicación, se entenderán de igual manera tanto los electrónicos como los físicos. No obstante, el empleo del soporte electrónico para un documento determinado no dispensa, en ningún caso, el cumplimiento de los requisitos y las formalidades que la ley exija para cada acto o negocio jurídico en particular”¹⁸, reconociendo, además, idéntica fuerza probatoria a los documentos, sean estos públicos o privados, que se encuentren en soporte electrónico, con relación a los físicos¹⁹.

Señala DE PAULA RAMOS que es preciso adoptar una definición que cuente con un “alto grado de generalidad”, por lo que entiende que documento es “un objeto, corpóreo o no, que contiene signos añadidos por humanos o máquinas”²⁰. Esta definición general se estima mucho más adecuada que la técnica ejemplificativa de *numerus apertus* utilizada por el legislador costarricense, en tanto, algunos de los documentos referidos –por ejemplo, los disquetes o los faxes– están claramente discontinuados y, en cualquier caso, la indicación de algunos tipos de documentos es ociosa cuando se utiliza una cláusula de cierre del estilo “cualquier otra forma de registrar información”.

3. EL HOMBRE ES UN ANIMAL SIMBÓLICO²¹

La semiótica, como disciplina que estudia las posibles variedades de signos²², nos permite entender algunos aspectos relevantes para descartar el ya mencionado significado unívoco de los documentos. DE PAULA RAMOS asume el concepto de signo expuesto por PEIRCE²³, según el cual se trata de “*some things which stands to somebody for something in some respect or capacity*”²⁴. De esta definición se extrae una de las características esenciales del signo, expuesta con gran claridad por ECO, y es que éste representa una parte limitada del objeto y no su totalidad, de allí que siempre sea susceptible a distintas interpretaciones²⁵.

Procesal Penal, el que no es un Derecho Procesal Civil Especial”. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2003, comentario al artículo 167; aunque se entiende que este tipo de definiciones involucra aspectos sustantivos –a pesar de que se encuentren en un cuerpo normativo de raigambre esencialmente procesal– por lo que no existe óbice para su aplicación en materia penal, eso sí, exclusivamente en lo relativo al concepto y no a su tratamiento procesal, en donde regirá necesariamente la regulación del Código Procesal Penal (en adelante, CPP).

¹⁷ Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, N°. 8454.

¹⁸ Artículo 3.

¹⁹ Artículo 4.

²⁰ *Op. cit.*, p. 13.

²¹ La referencia se encuentra en: ECO, Umberto, *Signo*, Editorial Labor, Barcelona, 1988, pp. 16 y 106. Para este autor “se instaura humanidad cuando se instaura sociedad, pero se instaura sociedad cuando hay comercio de signos. Por medio del signo el hombre se aparta de la percepción bruta, de la experiencia del *hic et nunc*, y *abstrae*”.

²² *Ibidem*, p. 12.

²³ DE PAULA RAMOS, Vitor, *op. cit.*, n. 22.

²⁴ ECO, Umberto, *op. cit.*, p. 27.

²⁵ Refiere ECO que “el signo no representa la totalidad del objeto sino que –mediante diferentes abstracciones– lo representa desde un determinado punto de vista o con el fin de alguna utilización”. *op. cit.*, pp. 27 y 28.

Desde esta perspectiva, aún documentos tan *contundentes* como un video o una fotografía implican una serie de elecciones por parte de quien capta las imágenes, que permearán, sin duda alguna, los posibles significados que se les pueda asignar, dependiendo de factores estéticos, ideológicos, políticos, etc.

Efectuando un análisis de los principales autores que se han ocupado de la semiótica y la lingüística –SAUSSURE, HJELMSLEV, MORRIS, ECO– un punto en común de todos sus trabajos es que el *proceso sígnico* depende de algo más que del signo en sí mismo²⁶, siendo imprescindible el contexto y la interpretación²⁷.

4. “NO HAY QUE TOMAR LA PAJA DE LAS PALABRAS POR EL GRANO DE LAS COSAS”²⁸

4.1. Distinciones inútiles

En el proceso penal costarricense pueden identificarse al menos cuatro categorías de prueba documental que, incluso sin referirse expresamente, son susceptibles de tener incidencia en la manera *real* en que este tipo de prueba es valorada por los jueces: a. Documentos públicos; b. Documentos privados; c. Reproducciones mecánicas (por ejemplo, fotografías o videos); y d. Documentos informáticos.

Esta clasificación, que evidentemente no es exhaustiva²⁹, puede presentar entrecruzamientos que demeritan la sistematización como tal. Por ejemplo, puede darse el caso de un documento que incorpore texto escrito y reproducciones mecánicas, o documentos que sean públicos al tenor del artículo 45 del CPC, pero deban ser considerados como privados a los efectos del numeral 1 de la LRSDP, o documentos de cualquier tipo de los anteriores que se encuentren en soporte informático.

De cualquier manera, ninguna de estas categorías tiene incidencia sobre la valoración de la prueba que se trate, pues la autoría, la forma de generarse o el soporte del documento, son irrelevantes en cuanto a la comprensión del documento como tal³⁰ y, por el contrario, coadyuva a mantener una idea de objetividad del documento que parece incorrecta³¹.

²⁶ DE PAULA RAMOS, Vitor, *op. cit.*, p. 6.

²⁷ A pesar de lo dicho, hay quienes consideran que existen signos unívocos, por ejemplo, los signos aritméticos. Empero, como bien sostiene ECO “*en realidad, sólo son unívocos desde el punto de vista sintáctico y dentro de una determinada convención [...] pero desde el punto de vista semántico están abiertos a todas las significaciones posibles, y en la lógica simbólica sirven precisamente como funciones preposicionales. El grado máximo de univocidad corresponde a la mayor apertura. Así, parecen absolutamente unívocos los nombres propios de personas, en oposición a la generalidad de los nombres comunes; pero el nombre /José/ es aplicable y se aplica realmente a tantas personas que más bien constituye un ejemplo extremo de homonimia, y por tanto de equivocidad*”. ECO, Umberto, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

²⁸ El refrán es citado por GORPHE, François, *op. cit.*, p. 147.

²⁹ En la doctrina actual se conciben diversas clasificaciones que, al fin y al cabo, pueden reconducirse a los cuatro conceptos señalados. Por ejemplo, PARDO IRANZO expone una clasificación cuyo vórtice es la fuente de prueba, diferenciando: a. documentos tradicionales; b. grabaciones fonográficas y videográficas; c. documentos informáticos; d. fotografías, croquis, planos y otros análogos; e. copias. PARDO IRANZO, Virginia, *La prueba documental en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 94-117.

³⁰ “[E]n la idea de que puedan existir documentos escritos, reproducciones mecánicas y documentos electrónicos, a mi juicio, se mezclan distintos planos, pues la escritura se refiere al tipo de signos; la reproducción mecánica, a la forma de creación; y el hecho de ser electrónico, a su conservación”. DE PAULA RAMOS, Vitor, *op. cit.* p. 9.

³¹ *Ibidem*, p. 11.

4.2. La propuesta de DE PAULA RAMOS

Señala DE PAULA RAMOS³² que son relevantes al menos tres factores, cuando hablamos de prueba documental: el tipo de signos que se incorporen en el documento, los posibles cambios fisiológicos o patológicos a los que esté sujeto y su origen.

4.2.1. La tipología del signo en atención a su relación con el objeto

DE PAULA RAMOS asume la clasificación expuesta por PEIRCE, afincada sobre la relación entre el signo y el objeto, que los divide en índices, íconos y símbolos³³. Por índice se entiende la relación causal automática entre el signo y la realidad, de manera que, si uno cambia, el otro también (por ejemplo, una radiografía o una fotografía); los íconos tienen la particularidad de que, al igual que con respecto a los índices, entre el signo y la realidad se establece una relación de semejanza, pero el cambio de uno no necesariamente afecta al otro (por ejemplo, un retrato, en donde el artista puede elegir plasmar en el lienzo solamente algunos aspectos de la persona modelo y no otros); y, finalmente, el símbolo, que mantiene un significado en esencia arbitrario, determinado por convenciones colectivas (acá se incluyen palabras, señales de tránsito, etcétera).

ECO cuestiona la clasificación de PEIRCE al estimar que *“todo signo puede ser considerado como un índice y como un ícono, o como un símbolo, según las circunstancias en que aparece y el uso significativo a que se ha destinado”*³⁴. En efecto, en la clasificación de PEIRCE se pueden identificar ciertas coincidencias con la diferenciación entre prueba directa e indirecta o la representación mediata o inmediata, que el propio DE PAULA RAMOS critica, en la medida en que la intervención humana parece ser definitoria para la determinación de la categoría³⁵.

Pero al margen de la clasificación asumida por DE PAULA RAMOS que, como se ha visto, no está exenta de reparos, en lo que si se coincide a plenitud con el autor es en que, para la adecuada interpretación de los signos, es fundamental *“entender cómo fueron generados o añadidos”*³⁶ al documento, por lo que quizá las categorías referidas resulten, en ese sentido, mucho más clarificadoras que los conceptos tradicionales.

4.2.2. Variaciones fisiológicas o patológicas en el documento

Esta referencia se aprecia poco clara, pero deja entrever que el autor se refiere a la constatación sobre la posibilidad de cambios estructurales en los signos incorporados al documento, de acuerdo con el *funcionamiento natural* del mismo, siendo imprescindible comprender *“los límites naturales de lo que generó el signo”*³⁷.

³² *Ibidem*, p. 13.

³³ Esta postura es severamente criticada en ECO, Umberto, *op. cit.*, pp. 57-63.

³⁴ ECO, Umberto, *op. cit.*, 59.

³⁵ Así, la idea de objetividad que se apareja a la prueba directa o inmediata pudiera predicarse de los índices.

³⁶ DE PAULA RAMOS, Vitor, *op. cit.* p. 14.

³⁷ *Ibidem*, p. 14.

Por tal motivo, me parece preferible destacar la cuestión de fondo, en cuanto al proceso sígnico, sea precisamente desentrañar la forma en que funcionan los signos empleados y el vehículo utilizado para contenerlos, a efectos interpretarlos de una forma adecuada.

4.2.3. Origen mecánico o humano del documento

Refiere nuestro autor que resulta necesario determinar si el origen del documento es enteramente humano, o bien, mediado por máquinas, para así entender con suficiente amplitud su funcionamiento. Aunque nuevamente se comparte su premisa básica, relativa a la imperiosa necesidad de entender el funcionamiento del documento, la diferenciación entre el origen humano o mecánico parece insustancial, en la medida que cualquier mecanismo automatizado necesariamente ha sido programado por seres humanos, de forma que los aspectos perniciosos que puedan ser atribuidos a éstos últimos –como la capacidad de mentir o engañar– pueden ser trasladados a la máquina, aunque sea solamente en lo atinente a sus resultados³⁸, sumado ello a la complejidad que trae consigo la comprensión del funcionamiento *stricto sensu* del mecanismo.

4.2.4. Recomendaciones en torno a la admisión, práctica y valoración de la prueba

En la parte final del texto que se analiza, el autor efectúa una serie de recomendaciones relativas al abordaje de la prueba documental. En primer lugar, apuesta por la superación de las categorías de falsedad material e inautenticidad, considerando que lo relevante es la comprensión del funcionamiento del documento, especialmente en cuanto a los procesos de creación y conservación³⁹, para lo cual propone hacer recaer la responsabilidad epistémica –con respecto al documento– en ambas partes procesales. Así, quien aporta la prueba debería tener la carga de demostrar el funcionamiento del documento, el proceso de creación y la conservación de la información que contenga, mientras que la contraparte tendría la carga –a partir de la información entregada– de demostrar las posibles inconsistencias presentes⁴⁰.

En segundo lugar, defiende la extensión del alcance del principio de contradicción sobre los documentos, de manera que las partes tengan acceso, no solamente a los aportados por la parte contraria, sino también a los elementos necesarios para generarlos y conservarlos, en condiciones de igualdad que les permita “*ir más allá del documento*”⁴¹.

Finalmente, afirma el autor que “*la valoración de la prueba documental debería efectuarse no con reglas de prueba legal, tasadas, sino mediante una valoración racional*”⁴². Cuestión, ésta

³⁸ Piénsese en un *software* al que se le programe a partir de información falsa; desde esta óptica, la información generada sería, a su vez, falsa, aunque la categoría “mentira”, como acto voluntario, no sea aplicable a un mecanismo automatizado.

³⁹ DE PAULA RAMOS, Vitor, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 18. Para DE PAULA RAMOS “[l]a autenticidad no es necesariamente una cuestión de todo o nada” (*ibidem*, p. 19), por lo que resulta posible que un documento posea un cambio patológico que, no obstante, pueda ser extirpado, manteniéndose el documento auténtico en todo lo demás.

⁴¹ *Ibidem*, p. 21.

⁴² *Ibidem*, p. 23.

última, sin duda relevante, pero que no representa un problema, al menos en el ámbito costarricense, por la inexistencia de prueba tasada en el diseño procesal penal.

5. LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO PENAL: UN DEBATE PENDIENTE

En términos generales, puede afirmarse que existe un vacío, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en cuanto a la valoración de la prueba documental. En el ámbito costarricense, como ya se ha dicho, solamente se regula su incorporación al debate⁴³, siendo el etéreo principio de libertad probatoria el *cajón de sastre* al que se echa mano para todo lo demás.

Si aceptamos que el proceso civil es “*el reino del documento*”⁴⁴, sin dificultad comprenderemos que el proceso penal tradicionalmente ha sido *el reino del testigo*, lo que explica la desidia en el tratamiento dogmático de la prueba documental en esta área del Derecho. Sin embargo, con los estudios derivados de la psicología del testimonio, que acreditan la escasa fiabilidad de la prueba testimonial y las dificultades consustanciales para su valoración racional⁴⁵, aunado a la irrupción de nuevas tecnologías que, en las últimas décadas, han multiplicado la comunicación mediante plataformas virtuales, así como el aumento en la cantidad y complejidad de las transacciones comerciales y la utilización de herramientas de investigación sofisticadas, cuya información derivada – en todos los casos– se imbuye en un documento, se evidencia la necesidad de volver la vista hacia este medio de prueba, trascendental de acuerdo con los fenómenos descritos.

En cuanto a las propuestas realizadas por DE PAULA RAMOS, analizadas en los acápites precedentes, la clasificación de PEIRCE que asume el autor adolece de muchos de los problemas presentes en los planteamientos de la doctrina clásica. En resumen, parecen arrojar más sombras que luz sobre el tratamiento de la prueba documental, aunque pueda reconocerse que quizá sean un poco más útiles que la bizantina clasificación presente *de facto* en el ordenamiento jurídico costarricense, según se expuso en el acápite 4.1.

En lo que sí se está de acuerdo con DE PAULA RAMOS, es en la necesidad de conocer y valorar el funcionamiento –creación y conservación– de los documentos, pues, en efecto, puede asumirse que “*un mensaje puede ser (y casi siempre es) la organización compleja de*

⁴³ Además de las reglas contenidas en los artículos 334 y 354 del CPP, el numeral 234 del mismo cuerpo normativo establece la posibilidad de incorporar medios de prueba no regulados en el Código, a través del procedimiento establecido para el medio de prueba más análogo de los previstos.

⁴⁴ PARDO IRANZO, Virginia, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁵ Entre muchos otros, *vid.*: DIGES, Margarita, *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, Editorial Trotta, Madrid, 2016; DIGES, Margarita; PÉREZ-MATA, Nieves, “La prueba de identificación desde la psicología del testimonio”, en DIGES, Margarita *et al.* (Dir.), *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento. Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio*, Marcial Pons, Madrid, 2014; MAZZONI, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, Editorial Trotta, Madrid, 2010; MAZZONI, Giuliana, “Testimonianza, incidente probatorio e invalidità della prova”.

Disponibile en: https://www.youtube.com/watch?v=7Oh3Scjt07g&feature=youtu.be&fbclid=IwAR0MRN5G8k537fg0Kwcb45QB4JxhdPUwL86YBjDrCMDc57GZQk3_dT3zCo (fecha de consulta: 20 de febrero 2024); PÉREZ-MATA, Nieves; DIGES, Margarita, *La prueba testimonial*, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C, México, 2017.

*muchos signos*⁴⁶ y, dado que cualquier documento está integrado por signos, resulta determinante el contexto y la interpretación de éstos, para lo cual es imprescindible entenderlos. También se concuerda en que es fundamental compartir, a nivel procesal, las responsabilidades epistémicas en torno a los documentos que se aporten como prueba, lo que cobra mayor importancia cuando se trate de medios especialmente complejos, como los que implican procesos tecnológicos en su génesis, así como la necesaria potenciación del principio de contradicción.

En atención a lo anterior, a continuación se expondrán y se sentará criterio sobre algunos casos problemáticos, relacionados con la prueba documental en el contexto costarricense.

5.1. Los informes o actas emanadas de autoridades

Los informes o actas que reflejen actuaciones de autoridades, por ejemplo, de la policía judicial o administrativa⁴⁷, deberían de ser interpretados como cualquier otro documento, según se ha visto. Sin embargo, en ocasiones, parece identificarse cierta deferencia en cuanto a la información vertida, debido a la autoría del documento, al ser emanado de un funcionario público, de forma similar a lo que ocurre ante el criterio experto en la prueba pericial⁴⁸.

Esta práctica conlleva a que se toleren defectos formales en la elaboración de tales informes, por ejemplo, cuando se realiza una requisita y no se consigna en el acta el motivo de la intervención, la advertencia a la persona acerca de la sospecha y el objeto buscado o no se hace constar la presencia de un testigo al momento de efectuar la advertencia e inspección⁴⁹, siendo la jurisprudencia nacional extraordinariamente permisiva al respecto⁵⁰.

Este tipo de actuaciones de las agencias de criminalización secundaria, al constituir actos definitivos e irreproducibles, además de generar una importante afectación de derechos fundamentales –como la libertad de tránsito y la intimidad– implican que las normas procesales que las regulen no se identifiquen como meros formalismos, eventualmente disponibles o subsanables, dado que su existencia se justifica precisamente por la posición desventajosa del administrado con relación al agente público, por lo que su relativización vacía por completo el contenido del derecho fundamental tutelado por la norma.

Otro ejemplo paradigmático se da con la interceptación judicial de las comunicaciones mediante plataformas electrónicas y el criterio de los agentes policiales para descifrar el significado de la información transmitida. Por su intrínseco informalismo, en las comunicaciones que se dan en

⁴⁶ ECO, Umberto, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁷ Aunque, como se verá *infra*, estos no son prueba documental sino actuaciones documentadas, pero, a los efectos de su valoración, no tienen mayor diferencia, por lo que, en lo que sigue, no se marcará distinción alguna entre una y otras.

⁴⁸ Sobre el llamado modelo deferencialista, *vid.* VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 80-82.

⁴⁹ Artículo 189 del CPP.

⁵⁰ Sobre el particular *vid.* LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2017, p. 333.

este tipo de plataformas, suelen irrumpir las jergas⁵¹, desarrolladas entre las personas por diversas razones: profesión, oficio, rango etario, clase social, y un amplísimo etcétera, que abarca incluso las particulares relaciones entre parejas, amigos o familiares. Como podrá verse, el contexto es esencial para descifrar el significado del mensaje.

Pero no es inusual que la *llave de bóveda* para descifrar estos mensajes se funde en la *expertise* de los agentes de la policía, cuestión que parece inadecuada si se parte de la posibilidad de sesgos cognitivos –como el de anclaje y ajuste o el de confirmación–, pues, generalmente, se trata de los mismos agentes que han estado a cargo de toda la investigación. A lo dicho se añade la complejidad que implica interpretar mensajes en *lenguaje informático*, es decir, en donde pueden utilizarse signos especialmente anfibológicos, como *emojis*, *gifs*, fotografías, etc.⁵²

Para solventar estos problemas es necesario entender con rigor cómo funciona la plataforma empleada en la comunicación, para así evaluar la posible afectación de la integridad del mensaje, asumir las limitaciones que tiene la interpretación de los signos, que muchas veces poseen una indeterminación de tal grado que debe ser resuelta de la manera más favorable a la persona investigada, y, en ciertos casos, incluso recurrir al criterio experto de antropólogos o científicos sociales que puedan esclarecer las formas de comunicación de ciertos grupos poblacionales.

5.2. Citaciones judiciales

Aunque pueda parecer un acto poco complejo, una citación judicial pueden ser objeto de erróneas interpretaciones, con gravísimas consecuencias en la esfera de derechos de la persona requerida, por ejemplo, con la declaratoria de rebeldía. En estos casos, no es inusual que se pretenda que, con la sola indicación en el formulario de citación de la diligencia como “negativa”, sin más se declare la rebeldía y consecuente captura de la persona buscada, sin reparar en las razones por las que la diligencia no se pudo llevar a cabo, muchas veces atinentes a la impericia o negligencia del propio funcionario judicial, o debido a imprecisiones en la dirección señalada por la persona encartada, aspecto que tendría que ser advertido por su defensa técnica y por el Ministerio Público al momento en que la persona imputada rinde su declaración inicial⁵³. Este tipo de documentos debe ser evaluado con atención, identificando las posibles razones por las que la citación fue infructuosa.

5.3. Exclusión de la prueba documental no confiable

ALCAÍNO, siguiendo a DUCE y RIEGO, estima que es posible excluir prueba poco confiable, al asumirse que ésta es abiertamente impertinente⁵⁴, entendiéndose que, en un

⁵¹ De acuerdo con la RAE, la palabra jerga, en su segunda acepción –que es precisamente en el sentido que se utiliza en este texto– es el “*lenguaje especial utilizado originalmente con propósitos crípticos por determinados grupos, que a veces se extiende al uso general*”. En: <https://dle.rae.es/jerga>. Consultada el 20 de febrero de 2024.

⁵² Este tema específico se abordará en el acápite 5.4.

⁵³ Es conocida la dificultad que se tiene en Costa Rica para establecer una dirección con número de avenida, calle y casa, como es usual en otros países, lo que deriva en el fracaso de muchas audiencias judiciales y, lo que es mucho peor, compromete la libertad de las personas requeridas.

⁵⁴ ALCAÍNO, Eduardo, “La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados”, *Política Criminal*, vol. 9, núm. 18, 2014, pp. 600 y 601. Precisamente la pertinencia es uno de los

primer nivel, cuando se habla de pertinencia, se suele identificar la aptitud de la prueba para corroborar un hecho, pero, en un segundo nivel, el aspecto determinante para la pertinencia es la *relevancia legal*, es decir, un balance entre los aspectos positivos y los potenciales perjuicios de incorporar la prueba al proceso.

Desde esta perspectiva, prueba documental que, de acuerdo con parámetros científicos sólidos, sea poco confiable, como los reconocimientos oculares practicados de forma incorrecta, los retratos hablados, peritajes o informes sobre la credibilidad de un testigo, entre otras, podría ser excluida, al tenor de lo dispuesto en los artículos 183 y 320 del CPP, por resultar impertinente o inútil, a los fines de averiguación de la verdad.

5.4. Comunicaciones a través de plataformas electrónicas

ORTEGA Y GASSET identificaba en la simplicidad de la lengua –ya en 1930– una de las raíces de su *hombre masa*⁵⁵, esto con relación a las lenguas romances. ¿Qué diría ahora del lenguaje propio de las redes sociales? Y es que la forma en que interactúan los seres humanos y los signos utilizados a través de aplicaciones como Whatsapp, Signal o Telegram presentan particularidades que los convierte en un verdadero *lenguaje tecnológico*⁵⁶, extraordinariamente sintético y anfibológico.

En efecto, algunos de los pictogramas utilizados en las plataformas mencionadas, conocidos como *emojis*⁵⁷, parecen mantener el estatus de verdaderos iconogramas, en el sentido apuntado por ECO, es decir, como signos con valores muy codificados y utilizados de modo múltiple, valiéndose del entrecruzamiento de códigos diversos⁵⁸, lo que resulta aún más complejo cuando se mezclan con texto escrito –el cual también presenta particularidades propias del lenguaje informático⁵⁹– o *gifs*.

En el caso de los *emojis*, algunos de éstos son especialmente ambiguos, por ejemplo, el *face in clouds* , de acuerdo con la emojiopedia⁶⁰, puede significar desde un estado de

aspectos contemplados en el numeral 320 del CPP para determinar la admisibilidad de la prueba en la etapa intermedia del proceso penal. Además, el artículo 183 del CPP establece que, para ser admitida, la prueba deber ser “*útil para descubrir la verdad*”, por lo que puede entenderse que una prueba poco confiable no sería útil.

⁵⁵ Para el autor, el paso del latín clásico a nuestras lenguas romances o “*latín vulgar*” constituía una de las razones por la que las personas se habían vuelto estúpidas, en tanto “*la sabrosa complejidad indoeuropea, que conservaba el lenguaje de las clases superiores, quedó suplantada por un habla plebeyo, de mecanismo muy fácil, pero a la vez, o por lo mismo, pesadamente mecánico, como material; gramática balbuciente y perifrástica, de ensayo y rodeo como la infantil. Es, en efecto, una lengua pueril o gaga que no permite la fina arista del razonamiento ni líricos tornasoles. Es una lengua sin luz ni temperatura, sin evidencia y sin calor de alma, una lengua triste, que avanza a tientas. Los vocablos parecen viejas monedas de cobre, mugrientas y sin rotundidad, como hartas de rodar por las tabernas mediterráneas. ¡Qué vidas evacuadas de sí mismas, desoladas, condenadas a eterna cotidianeidad se adivinan tras este seco artefacto lingüístico!*”. ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1989, p. 37.

⁵⁶ La RAE define lenguaje como “*manera de expresarse*” (tercera acepción) y como “*código de signos*” (sexta acepción), siendo en ese sentido que se utiliza la expresión *lenguaje tecnológico* en este acápite. En: <https://dle.rae.es/lenguaje>. Consulta: 20 de febrero de 2024. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ incluso da cuenta de la existencia de una gramática *emoji*. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “¿Sobran las palabras? Los emojis como prueba en el proceso judicial”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, número 275, México, 2019, n. 8.

⁵⁷ Sobre la diferenciación entre emoticono, *kaomoi* y *emoji*, *vid.: Ibidem*, pp. 677-679.

⁵⁸ ECO, Umberto, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁹ Por ejemplo, abreviando palabras o sustituyendo letras.

⁶⁰ <https://emojiopedia.org>

confusión mental, hasta una sensación de felicidad o la simple presencia de humo; la berenjena 🍆 normalmente utilizada con una connotación sexual⁶¹, al igual que el durazno 🍑, aunque este último también puede emplearse, dependiendo del contexto, para indicar un juicio político⁶²; o la hoja de maple 🍁, que según la emojipedia se asocia a Canadá, pero que en ocasiones se ha relacionado con drogas como la marihuana, por su similitud con las hojas de esta planta.

Como puede verse en los ejemplos expuestos, todos estos pictogramas podrían ser ligados con actividades delictivas y su adecuada interpretación dependerá del contexto, siendo imprescindible que se tomen en cuenta otros factores, como la posibilidad de errores en la interpretación de los signos o en el tecleo al enviar el mensaje⁶³ o la modificación del formato del signo, dependiendo de los dispositivos electrónicos que intervengan en la comunicación⁶⁴.

También es fundamental entender el funcionamiento de las plataformas, para poder evaluar la posibilidad de alteraciones en el mensaje. En cuanto al sistema de mensajería Whatsapp, creado por Jan Koum en 2009⁶⁵, pese a los recientes cuestionamientos en torno a la privacidad de las comunicaciones, continúa siendo uno de los mecanismos de comunicación más conocidos en el mundo.

La posibilidad de corroborar la autenticidad o integralidad de la información que se remite vía whatsapp ha sido puesta en entredicho reiteradamente, por ejemplo, al exponerse que la encriptación del mensaje puede ser vulnerada por personas con conocimientos especializados, al interceptar la comunicación una vez que sale del dispositivo del emisor y pasa por el servidor de la plataforma, pero antes de que llegue al dispositivo del receptor, siendo probable que se altere la información transmitida, sin que se pueda detectar la intrusión, dado que la plataforma no almacena datos en su servidor⁶⁶.

También existen supuestos interesantes relacionados con la colocación de estados en la plataforma. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ analiza un caso español en donde el tribunal consideró que un estado colocado en el perfil de whatsapp no violentaba una medida cautelar de prohibición de comunicación del imputado, al afirmar que “[u]na frase en el perfil de whatsapp es como ponerla en un cartel pegado a la puerta de la vivienda: constituye un mensaje, y, por tanto, una comunicación unidireccional para todo el que mire el perfil o pase junto a la puerta del autor de la frase. En cualquier caso, hay que acercarse para leerlo y el destinatario

⁶¹ Incluso el *hashtag* con la berenjena estuvo prohibido en la función de búsqueda de Instagram durante el año 2015.

⁶² Esto por la similitud entre las palabras en inglés *peach* y *impeachment*.

⁶³ Debe hacerse notar que aplicaciones como Whatsapp tienen funciones predictivas que sugieren palabras y *emojis*, aunado a que los pictogramas se agrupan de acuerdo a su uso, lo que perfectamente podría motivar un error por la contigüidad de los signos. En un entorno completamente distinto, ya GORPHE adelantaba, con acierto, que “no es suficiente que un documento sea genuino para estimarlo probatorio; se requiere también que sea exacto [...] aun por escrito, los hombres, siempre falibles, con más frecuencia incurren en equivocaciones que en mentiras”. *Op. cit.*, p. 160.

⁶⁴ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “¿Sobran las palabras? Los *emojis* como prueba en el proceso judicial”, *op. cit.*, p. 695.

⁶⁵ PUJOL CAPILLA, Purificación, *La nueva prueba documental en la era digital. Su valoración en juicio*, Editorial Jurídica Sepin, Madrid, 2014, p. 25.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 27.

es todo aquel que así lo haga. Esto no demuestra que el denunciado pretendiera que el mensaje llegara a la denunciante de un modo u otro. No consta que hubiera seguridad alguna de que ella lo leyera o alguien la informara de la existencia del mensaje”⁶⁷.

Además, al tratarse de comunicaciones que, generalmente, se realizan mediante dispositivos electrónicos móviles, es normal que los mensajes se emitan mientras realizamos otras actividades, en donde la desatención puede provocar errores al seleccionar los signos.

Otro de los inconvenientes que aparejan este tipo de comunicaciones es el soporte a través del cual se aportan al proceso, siendo una práctica habitual que la parte se conforme con la impresión del pantallazo o con un archivo de imagen con la captura de pantalla⁶⁸. En este sentido, debe decirse que el principio de libertad probatoria⁶⁹ autoriza que la comunicación sea aportada mediante ese tipo de soporte, sin embargo, una cosa muy diferente es la fiabilidad que ese vehículo implica, en cuanto a la autenticidad e integralidad del mensaje, pues lógicamente impide conocer cómo *funciona* el documento original⁷⁰, máxime cuando existe una multiplicidad de aplicaciones de descarga gratuita que generan conversaciones falsas idénticas a las reales, por ejemplo, Whatspooof Fake Chat, Fake All, WhatsUp Prank Chat, etc.

Otras plataformas, como Twitter, Facebook o Instagram, también presentan problemas análogos, principalmente relacionados con la prueba de quién es el titular de la cuenta y del mensaje, siendo sencillo crear cuentas con información falsa o, con un poco de conocimientos técnicos, vulnerar la seguridad de aquellas que realmente correspondan con quien figura como titular⁷¹.

5.5. Documentos en soporte electrónico

Como ya se ha dicho, en el ámbito costarricense no existe regulación procesal sobre el mecanismo mediante el cual se debe incorporar al proceso la prueba en soporte

⁶⁷ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “¿Sobran las palabras? Los emojis como prueba en el proceso judicial”, *op. cit.*, p. 687.

⁶⁸ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “Redes sociales y proceso penal: una radiografía”, en VV. AA., *El nuevo proceso penal sin código procesal penal*, Atelier, Barcelona, 2019, p. 337.

⁶⁹ Contenido en el artículo 182 del CPP.

⁷⁰ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ considera que el *pantallazo*, en sí mismo, impide enervar la presunción de inocencia. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “Proceso penal y Twitter: Manual de instrucciones”, en VV. AA., *Propostas de Modernización do Dereito*, Iniciativa Xove, Santiago de Compostela, 2017, p. 120. Más que eso, el aspecto esencial es que la impresión de la comunicación electrónica implica una desconexión absoluta con el mecanismo por el cual se generó, por lo que, si partimos de la necesidad de dotar a la contraparte de la información y las condiciones suficientes para cuestionar la prueba, en este caso esto sería imposible, con lo que se violenta el principio de contradicción y, eventualmente, el derecho de defensa y el derecho a la prueba.

⁷¹ Compartir la responsabilidad epistémica se estima imprescindible en este punto. Un aspecto interesante, aunque distinto al que se aborda en este ensayo, es la utilización de la información publicada en estas plataformas para identificar a los sospechosos de un delito, como paso previo al reconocimiento ocular reglado, práctica que puede resultar riesgosa en términos de traslación de información a los testigos y de alteración del recuerdo. Sobre este último tema *vid.* RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “Redes sociales y proceso penal: una radiografía”, *op. cit.*, pp. 327-328.

informático u obtenida mediante diligencias de investigación tecnológica⁷², por lo que deberá adecuarse al medio de prueba regulado más análogo, según lo preceptúa el artículo 234 del CPP.

LANGEVINE expone que un documento digital, definido como “la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo”, no es otra cosa que “una secuencia informática de bits (unos y ceros) que puede representar cualquier tipo de información (actos, hechos o datos), con independencia del soporte utilizado para almacenar o archivar dicha información. Esta representación de la información en base a dígitos implica en el ámbito informático una representación binaria, es decir por medio de unos y ceros [...] sus inconvenientes consisten en que son fácilmente alterables, es decir, que pueden ser modificados en su contenido, y resulta en principio imposible conocer con certeza quién fue el autor de dichos documentos. Para superar esos dos obstáculos a la hora de asignarle valor jurídico a la información digitalizada, las firmas digitales deben permitir verificar tanto la identidad del autor de los datos (autenticación de autoría), como comprobar que dichos datos no han sufrido alteración desde que fueron firmados (autenticación de integridad). Por ende, la firma digital es el resultado de la aplicación de un procedimiento criptográfico extremadamente seguro a un documento digital, que permite garantizar su integridad [...] la información siempre se puede alterar, el concepto de inalterabilidad no se refiere a la información en sí, sino a su medio de almacenamiento”⁷³.

De acuerdo con lo dicho, resulta imprescindible comprender el funcionamiento de este tipo de documentos a la hora de su valoración, lo que no siempre resulta sencillo, habida cuenta de la complejidad de los mecanismos utilizados para vulnerar la seguridad informática⁷⁴.

Como ya se ha hecho mención, en Costa Rica se ha regulado normativamente el principio de equivalencia funcional de los documentos en formato digital, pero es preciso hacer notar que la irrupción de las nuevas tecnologías ha significado un derrotero tortuoso para muchas personas que, por diversas razones, no han podido seguir tal desarrollo, y esto pudiera revertirse en una limitación a la hora de valorar la prueba en ese formato, sea desde la perspectiva de las partes como del órgano decisor.

Sin perjuicio de lo anterior, se estima necesario que muchas diligencias que hoy se consignan en formato cartáceo se registren en documentos más sensibles a la realidad – sea en video o fotografías– de la misma forma que resulta indispensable la utilización de la tecnología para mejorar el sistema de administración de Justicia en un todo.

⁷² BELLIDO refiere que “una reforma técnicamente adecuada debiera haber llevado también a la regulación del modo de incorporar al juicio oral, mediante la práctica de los diferentes medios de prueba en la vista, la información derivada de las fuentes de prueba obtenidas a través de las nuevas diligencias de investigación tecnológica”. BELLIDO PENADÉS, Rafael, *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (propuestas de reforma)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 128.

⁷³ LANGEVIN, Julián Horacio, *Juicios penales “virtuales”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, pp. 142 y 143.

⁷⁴ Resulta ilustrativa la problemática generada con la vigencia del sistema LexNET en España, para la presentación de escritos y documentos ante la Administración de Justicia. Para todo, *vid.* PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique César, “La problemática de la prueba documental en el sistema Lexnet”, en GONZÁLEZ PULIDO, Irene; REIFARTH MUÑOZ, Walter (Edits.), *En torno a la prueba y al proceso*, Comares, Granada, 2019, pp. 57-67.

5.6. Informes grafoscópicos

Desde hace casi un siglo, GORPHE cuestionó crudamente la prueba grafoscópica de cotejo de letras, por resultar meramente un *argumentum a simili et verosimili*, generalmente incierta y engañosa⁷⁵. En la actualidad, las cosas no han cambiado en demasía y, por el contrario, la utilización de este tipo de pericias para evaluar la autenticidad de un documento se agrava, en la medida que muchas de las firmas que se emiten en las transacciones jurídicas, no son realizadas de puño y letra, sino mediadas por instrumentos electrónicos⁷⁶, lo que impediría evaluar cuestiones relativas a los trazos y otras variables –como grosor, tamaño, inclinación, firmeza– tomadas tradicionalmente en cuenta por los expertos para averiguar la autenticidad de la firma.

Por otra parte, la falsificación de documentos escritos en soporte de papel se ha refinado de manera extraordinaria con la utilización de la tecnología, y ni que decir de otro tipo de documentos, por ejemplo, fotografías o videos, en donde incluso un neófito puede –con la utilización de una *app* de descarga gratuita y con el acceso a un tutorial de Youtube– manipular con facilidad las imágenes de forma muy convincente⁷⁷.

5.7. El fetiche por la oralidad

Señalaba GORPHE que *“resulta natural admitir la sinceridad de una declaración escrita más fácilmente que la de una declaración oral; porque aquella se hace por lo común con más reflexión y seriedad, y se le atribuye más importancia y consideración, por cuanto, si las palabras se las lleva el viento, los escritos subsisten”*⁷⁸. Pese a que los diseños procesales penales en la actualidad privilegian la oralidad por sobre la escritura, estimo que, en ocasiones, se trata de una suerte de consideración autopoiética de la primera, pues se visualiza como un fin en sí mismo. De esta manera, se vislumbra algo de verdad en la referencia de GORPHE, pues existen actos que pudieran ser plasmados y reproducidos mediante documentos, sin que necesariamente se vulnere el principio de contradicción y de inmediación de la prueba.

Si bien, como se ha dicho, los documentos no mantienen una condición privilegiada en cuanto a su valoración, quizá si permiten un escrutinio más riguroso y calmo –en ciertas ocasiones–, lo que puede revertirse en una significativa mejora en cuanto a la valoración de la prueba.

En este sentido, tal y como lo aconsejan los psicólogos del testimonio, es preciso plasmar en documentos fílmicos cualquier intervención realizada a las partes o a los testigos en

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 149.

⁷⁶ Por ejemplo, el registro de firmas para obtener la cédula de identidad o para la emisión de un pasaporte, así como la rendida para obtener una tarjeta de crédito, suele ser electrónica y no escasean las referencias a que la firma así plasmada no resulta similar a la tradicional.

⁷⁷ Con acierto, enfatiza TSCHADEK que *“es sabido que el fotomontaje se presta para alterar fotografías y películas, que sobre una imagen pueden proyectarse las efigies de personas que cuando se tomaba la vista no estaban presentes, etc. Si se recurre a medios técnicos para fines demostrativos, no han de pasarse por alto las fuentes de errores latentes en su empleo”*. TSCHADEK, Otto, *La prueba. Estudio sobre los medios de prueba y la apreciación de la prueba*, Ediciones Olejnik-Editorial Temis, Bogotá-Buenos Aires, 2017, p. 93.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 158.

un proceso penal⁷⁹, sea como parte de una entrevista previa, en la realización de reconocimientos oculares o, incluso, ante intrusiones en la esfera derechos, como allanamientos, detenciones en carretera u otros análogos, así como en actos de investigación, como levantamientos de cadáveres o inspecciones oculares. Parece absurdo que en la actualidad se continúen utilizando meras actas escritas para actos tan relevantes a nivel procesal.

En estos puntos, resulta evidente que el documento fílmico constituirá una prueba más *segura* que la versión oral del agente que, como es lógico, intentará disminuir cualquier yerro en su actuación que le pudiera reparar consecuencias negativas –disciplinarias, civiles o penales– pues, como cualquier testigo, tiene una alta pretensión de verdad en su dicho⁸⁰.

En Costa Rica el CPP establece que los medios de prueba documental deberán ser leídos y exhibidos en audiencia, con indicación de su origen, siendo posible prescindir de la lectura de la totalidad del documento, siempre que el tribunal efectúe oralmente una síntesis de tal medio de prueba⁸¹. Jurisprudencialmente se ha dicho que la prueba documental no puede sustituir una declaración pues “[e]sta técnica de valoración intelectual de la prueba «documental», que ahora es digital en video, contraviene los principios propios del juicio, como lo son los axiomas de oralidad, contradicción, inmediación y publicidad, ya que, de forma solapada, se suplanta el dicho del declarante en debate (que no recordó nada) por una deposición recibida sin la presencia de las partes y en la que no existió posibilidad de ser sometida al interrogatorio o contrainterrogatorio”⁸².

En el extracto anterior, el tribunal parece llevar razón en su argumentación, al existir una evidente vulneración del principio de contradicción y el derecho de defensa, pero esto no debe hacernos pensar que la oralidad *lo es todo*⁸³ o que la prueba documental deviene menos relevante que otra tipología de pruebas.

Por el contrario, la relevancia de la lectura de documentos escritos es muy limitada y no suele generar otra cosa que *aburrimiento* en las partes y el tribunal, más aún cuando se trate de grandes tomos de complejos escritos. Desde mi perspectiva, el incorporar un documento y que éste sea tomado en cuenta y valorado por el órgano decisor, previa *verbalización* de éste, no es algo para nada esencial, pues lo relevante es que las partes lo conozcan y que hayan podido cuestionarlo realmente, posibilitando el acceso de los intervinientes a los elementos necesarios para generarlo y conservarlo. Como dice DE PAULA RAMOS, “*ir más allá del documento*”.

⁷⁹ Vid. PÉREZ-MATA, Nieves; DIGES, Margarita, *La prueba testimonial*, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C, México, 2017, p. 62.

⁸⁰ Vid. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 63.

⁸¹ Artículo 354 del CPP, *vid.* también el numeral 334 sobre las excepciones a la oralidad. En sentido similar, con respecto a la regulación en España, *vid.* GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2019, pp. 861 y 862.

⁸² Resolución N° 01452-2021, Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, nota separada de las juezas Quesada Salas y García Chaves.

⁸³ Pues su importancia, tal y como ocurre con el principio de inmediación, siempre será medial, es decir, como potenciador del principio de contradicción o del derecho de defensa.

5.8. Actuaciones documentadas y prueba documental

Uno de los problemas que tenemos en la práctica judicial costarricense es la tendencia a ofertar como prueba el registro documental de actuaciones procesales, cuando éstas en realidad son piezas del expediente que pueden y deben ser evaluadas por las partes y el decisor, independientemente de que se ofrezcan formalmente como prueba. En este sentido, PARDO IRANZO afirma que algunos actos procesales requieren por ley que se deje constancia en un acta o, incluso, que se graben, siendo estas las llamadas actuaciones documentadas, en esencia distintas a la prueba documental⁸⁴.

Por tanto, no se consideran prueba documental las actas de allanamiento, el acta de diligencia de reconocimiento en rueda de personas, la diligencia de inspección ocular o de reconstrucción de hechos, las declaraciones de los imputados o la denuncia⁸⁵. Lo mismo puede decirse de las resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo, las órdenes de allanamiento, intervención de comunicaciones, o levantamiento del secreto bancario, entre otras.

En todos los casos señalados, los actos documentados forman parte integral del expediente judicial, por lo que pueden ser utilizados o cuestionados por las partes sin necesidad de que se realice un juicio sobre su admisibilidad. Debe quedar claro que el hecho de que estas actuaciones, registradas documentalmente, técnicamente no constituyan prueba documental, no quiere decir que no puedan y deban ser evaluadas; la diferencia radica en que el objetivo del registro de la actuación no es otro que dejar constancia sobre la legalidad de lo actuado o, según sea el caso, de alguna intervención que pueda dar lugar a otras actuaciones posteriores, lo que se debe distinguir de la prueba como tal, aunque sea obtenida a través de esas mismas actuaciones.

El artículo 334 inciso b) del CPP describe aquello que puede ser incorporado al juicio por lectura: la denuncia, los peritajes, los informes, las certificaciones, las actas de reconocimiento, registro, inspección, secuestro y requisa, además de la prueba documental. Como puede verse, esta norma marca una distinción entre la prueba documental y otro género de documentos que, en ese tanto, no debieran considerarse como especie de la primera. Si el legislador lo hubiese querido así, habría bastado con la sola referencia a la prueba documental⁸⁶.

5.9. Prueba documental en las medidas cautelares

Cuando se analiza una gestión de prisión preventiva u otra medida cautelar, generalmente el respaldo de la solicitud, a nivel probatorio, lo constituye en forma exclusiva prueba documental *en papel*, agregada al expediente –la denuncia, los informes de la policía judicial o administrativa, las entrevistas a testigos, etc.– y solo excepcionalmente se dispone de prueba testimonial o de otro tipo.

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 85.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 86.

⁸⁶ Sin embargo, la jurisprudencia nacional ha señalado que la denuncia puede considerarse prueba documental. Al respecto *vid.* LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2017, p. 334.

Esta práctica provoca un sensible detrimento del derecho de defensa del imputado, en tanto no existen las condiciones propicias para cuestionar los hechos atribuidos o los riesgos procesales enunciados por el Ministerio Público, si la posibilidad de contradicción de la evidencia recabada hasta ese momento se constriñe a la detección de algún defecto o implica la aportación de prueba de cargo, muchas veces inviable por tratarse de hechos negativos.

Aunado a ello, la problemática expuesta en los acápites anteriores, relacionada con una noción inadecuada sobre la prueba documental y su valoración, la deferencia en el criterio vertido por las autoridades en sus informes, etc., repercute en un escenario nada halagüeño para la persona investigada.

6. CONCLUSIONES

Hasta este punto, es claro que la prueba documental, que tradicionalmente no ha sido determinante en el *territorio penal*, parece cobrar nuevos bríos con la irrupción de la tecnología en los diversos escenarios de la cotidianidad, desde las formas de comunicación, hasta las transacciones comerciales y los mecanismos de investigación del delito. Pese a ello, el instrumental con que cuenta el jurista de cara a la evaluación de prueba, que es infinitamente más compleja que sus antecesoras –compuestas de papel y tinta– sigue subyugada a la doctrina clásica y parece no despertar el interés de los académicos en la actualidad.

Sin embargo, hay quienes si se atreven a salir de los cómodos linderos en donde se enclava la práctica tribunalicia en este rubro, como DE PAULA RAMOS, cuya propuesta se antoja sumamente interesante, aunque se discrepe de ésta en ciertas parcelas.

Por ejemplo, la clasificación tomada de PEIRCE, que escinde la prueba documental en índices, íconos y símbolos –enfaticando la relación entre el signo y el objeto– aunque probablemente más adecuada que las fórmulas actuales, presenta, tal y como lo dijo ECO, inconsistencias e importantes aprietos para definir a cuál categoría pertenece un objeto determinado, lo que sin duda le resta valía⁸⁷.

Pero acierta DE PAULA RAMOS al concentrarse en la relevancia de conocer el funcionamiento del documento, tanto en lo relativo a su creación como su conservación. Sin duda este es el aporte más valioso, según creo, de su texto, pues es esa la causa de muchas de las imprecisiones y yerros que se generan en la valoración de la prueba documental en los procesos penales, en donde subsiste una tendencia al *descubrimiento* del significado de los signos que estos contienen, como si no hubiese un extenso abanico de posibilidades interpretativas, aun en los que parecen virtualmente unívocos, como los registros fílmicos o fotográficos.

Por otra parte, las recomendaciones que expone el autor sobre la responsabilidad epistémica compartida, en donde quien aporta la prueba debe demostrar el funcionamiento del documento y su proceso de creación y conservación de la

⁸⁷ Los ejemplos expuestos por DE PAULA RAMOS parecen claros –aunque controvertibles según lo expuso con maestría ECO– pero hay casos mucho más complejos que pueden ensayarse. Piénsese en un mensaje de whatsapp contenido en un archivo informático, ¿se trata de un índice, un ícono o un símbolo?

información que contenga, lo que permite asignar la carga de la prueba en cuanto a la demostración de inconsistencias a la contraparte, así como la relativa a la potenciación del principio de contradicción, eso sí, brindando a la contraparte acceso a las condiciones en que se generó y conservó el documento, permitirían una mejora significativa en la forma en que se trabaja con prueba documental en los procesos penales actualmente.

Muchos de los problemas señalados en el acápite 5 de este texto se verían morigerados con la aplicación de estas recomendaciones, sin que sea necesaria siquiera una modificación normativa, tan solo debemos escapar del conformismo y la seguridad que provee la costumbre en el *gueto* judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCAÍNO, Eduardo, “La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados”, *Política Criminal*, vol. 9, núm. 18, 2014.
- BELLIDO PENADÉS, Rafael, *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (propuestas de reforma)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- BRICHETTI, Giovanni, *La evidencia en el derecho procesal penal*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.
- DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Ediciones Olejnik-Editorial Temis, Bogotá-Santiago de Chile, 2017.
- DE PAULA RAMOS, Vitor, “«Déjame atravesar el viento con documentos»: Propuestas para replantear la prueba documental del siglo XXI”, *Revista Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 3, 2022, pp. 1-26.
- DIGES, Margarita, *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, Editorial Trotta, Madrid, 2016.
- DIGES, Margarita; PÉREZ-MATA, Nieves, “La prueba de identificación desde la psicología del testimonio”, en DIGES, Margarita *et al.* (Dir.), *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento. Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- ECO, Umberto, *Signo*, Editorial Labor, Barcelona, 1988.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2019.
- GORPHE, François, *Apresiasi judicial de las pruebas*, Editorial Temis, Bogotá, 2004.
- JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.
- LANGEVIN, Julián Horacio, *Juicios penales “virtuales”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020.
- LEIBLE, Stefan, “El procedimiento probatorio”, en *Valoración Judicial de las Pruebas*, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 2008.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2003.

- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2017.
- MAZZONI, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.
- MAZZONI, Giuliana, “Testimonianza, incidente probatorio e invalidità della prova”. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=7Oh3Scjt07g&feature=youtu.be&fbclid=IwAR0MRN5G8k537fg0Kwcb45QB4JxhdPUwL86YBjDrCMDc57GZQk3__dT3zCo (fecha de consulta: 20 de febrero 2024).
- ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1989.
- PARDÓ IRANZO, Virginia, *La prueba documental en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique César, “La problemática de la prueba documental en el sistema Lexnet”, en GONZÁLEZ PULIDO, Irene; REIFARTH MUÑOZ, Walter (Edits.), *En torno a la prueba y al proceso*, Comares, Granada, 2019, pp. 57-67.
- PÉREZ-MATA, Nieves; DIGES, Margarita, *La prueba testimonial*, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C, México, 2017.
- PUJOL CAPILLA, Purificación, *La nueva prueba documental en la era digital. Su valoración en juicio*, Editorial Jurídica Sepin, Madrid, 2014.
- REDENTI, Enrico, “La formación de la prueba”, en *Valoración judicial de las pruebas*, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 2008.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “Redes sociales y proceso penal: una radiografía”, en VV. AA., *El nuevo proceso penal sin código procesal penal*, Atelier, Barcelona, 2019.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “¿Sobran las palabras? Los emojis como prueba en el proceso judicial”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXIX, núm. 275, 2019.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “Proceso penal y Twitter: Manual de instrucciones”, en VV. AA., *Propostas de Modernización do Dereito*, Iniciativa Xove, Santiago de Compostela, 2017.
- TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- TSCHADEK, Otto, *La prueba. Estudio sobre los medios de prueba y la apreciación de la prueba*, Ediciones Olejnik-Editorial Temis, Bogotá-Buenos Aires, 2017.
- VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

EL INTERROGATORIO DE PERITOS

Ignacio M. Soba Bracesco
Profesor Adjunto y Profesor Adscripto de Derecho Procesal
Universidad de la República (Uruguay)

*“La ciencia es más que conocimiento, es una forma de pensar.
Una forma escéptica de interrogar al universo con plena comprensión de la falibilidad humana.
Si no somos capaces de hacer preguntas escépticas
para interrogar a quienes nos dicen que algo es verdad,
para ser escépticos de quienes ejercen autoridad,
entonces estamos a merced del próximo charlatán
político o religioso que aparezca”.*

SAGAN, Carl (1996), extracto de entrevista en
*The Charlie Rose Show*¹

1. INTRODUCCIÓN

El interrogatorio de peritos, al que puntualmente referiré aquí, forma parte de un tema algo mayor: el control de la prueba pericial. Este control se logra a través de distintas actividades que se van acumulando a lo largo del proceso y que tienen como objetivo el contar con información extrajurídica que sea lo más adecuada posible al caso, relevante, fiable y de calidad de cara a una futura decisión jurisdiccional. Desde esta óptica, al interrogatorio de los peritos se lo puede concebir y trabajar como una herramienta para el ejercicio de ese control. Esto es algo más que una vía por la cual las partes –y eventualmente los jueces (según el sistema que se tome como referencia)– le requieren a los peritos aclaraciones o, eventualmente, ampliaciones. Se trata de una herramienta que permite obtener explicaciones para, por ejemplo, entender mejor quién es el experto, cuál ha sido su trabajo y metodología, qué fue lo que informó en el caso concreto y cómo se

¹ Carl SAGAN comienza esta lúcida reflexión diciendo: “Organizamos una sociedad basada en ciencia y tecnología, y nadie puede entender nada de ciencia y tecnología. Y esta mezcla combustible de ignorancia y poder tarde o temprano va a explotar en nuestras caras. ¿Quién está dirigiendo la ciencia y la tecnología en una democracia de gente que no sabe nada sobre ella?”. Para FRANKFURT, el charlatán, “...no está del lado de la verdad ni del lado de lo falso. Su ojo no se fija para nada en los hechos, como sí lo hacen, en cambio, los ojos del hombre sincero y del mentiroso, salvo en la medida en que pueda responder a su interés de hacer pasar lo que dice. No le importa si las cosas que dice describen correctamente la realidad. Simplemente las extrae de aquí y de allá o las manipula para que se adapten a sus fines” (FRANKFURT, Harry, *On bullshit Sobre la manipulación de la verdad*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 69).

contextualiza con lo que es el conocimiento técnico o científico que vive fuera del expediente, fuera de la sala de audiencias, fuera del proceso.

Si al interrogar asumimos una actitud que va más allá de la deferencia hacia el experto y lo que el experto informa, estamos ante una tarea que no resulta sencilla y que requiere de cierta audacia. Una tarea que, además, exige preparación y capacitación. Una tarea que demanda comprender cuestiones que van más allá de las reglas del Derecho probatorio, y que hacen a la epistemología, el funcionamiento de las comunidades que nuclea expertos, el razonamiento probatorio, así como también a la propia litigación.

Tal como he señalado en otras oportunidades², la incidencia de la prueba pericial en las decisiones jurisdiccionales que se adoptan en determinados procesos es de tal magnitud que sin el diligenciamiento de dicha prueba la cuestión objeto del proceso y de la prueba no puede ser, de regla, debidamente resuelta. La producción de prueba pericial fiable y de calidad es todo un desafío para los sujetos del proceso. Una vez más: en el plano gnoseológico o del conocimiento, la ciencia del perito es su ciencia y no la del juez, así como tampoco, la del abogado.

Los sujetos del proceso necesitan de la cooperación, la colaboración de los expertos. Estos no cuentan, en principio, con capacitación formal de calidad, extramuros del Derecho, aunque hay ejemplos excepcionales, en los que se constata lo contrario (abogados que también son profesionales de la psicología, la medicina o la economía), así como otras situaciones en las que predomina la formación autodidacta, la experiencia o el aprendizaje independiente³.

Por último, algunas aclaraciones en cuanto a ciertos temas que no formarán parte del objeto del presente análisis. Ya he dicho que me focalizaré en el interrogatorio de los peritos y no en el control que se puede ejercer en la elección de los expertos, en los filtros de admisibilidad de la prueba, la posibilidad de careos entre peritos, las metapericias, las impugnaciones o la valoración de la prueba. Estos y otros puntos son parte de otros análisis e investigaciones más exhaustivas a las que ya me he remitido. No llevaré el análisis al terreno de las opciones de política legislativa, donde se podrían encontrar importantes diferencias según el diseño de la prueba pericial por el que se opta en cada ordenamiento jurídico (el Derecho comparado ofrece una gran variedad de ejemplos al respecto: sistemas de designación judicial de expertos, sistemas de pericias de parte, sistemas mixtos, regulación de pericias oficiales, etc.). Tampoco ingresaré en una discusión o debate como el de si se deben (o no) positivizar las reglas del interrogatorio (y en su caso, cómo se debería hacer esto: si en una regulación uniforme para los procesos civiles y penales, en una regulación que tomara como referencia lo previsto para el interrogatorio de testigos, etc.). Finalmente, no trataré el tópico de las preguntas que hay que evitar o que no se pueden hacer, el tema de las preguntas sugestivas a los expertos,

² SOBA BRACESCO, Ignacio M., *La prueba testimonial y pericial. Su protagonismo en el proceso jurisdiccional, lecciones y desafíos*, CEJI, México D. F., 2023.

³ Hay casos en los que el conocimiento de las disciplinas ajenas a lo jurídico le podría resultar ventajoso, pues ello, por ejemplo, le facilitaría adoptar decisiones estratégicas en el diseño del caso o en su seguimiento y desarrollo ante los tribunales. En los casos de los jueces podría contribuir a enfocar el interrogatorio de oficio (cuando se permite), en comprender algún aspecto puntual de la problemática. Pero estaría el riesgo, latente, agazapado, del conocimiento privado del juez.

las preguntas que exceden el objeto del encargo o las preguntas que ingresan la actividad propia del enjuiciamiento.

2. LAS PREGUNTAS

A continuación referiré a aquellas preguntas que los abogados (eventualmente, los jueces) no deberían omitir en sus interrogatorios a los peritos (sin perjuicio, por supuesto, de lo que haya sido el resultado de la pericia, que incidirá en las decisiones de litigación que hacen al interrogatorio).

2.1. Preguntas sobre las credenciales de los expertos

Estas preguntas apuntan a conocer las credenciales académicas, profesionales o de investigación que tengan los distintos tipos de expertos. Conocer estas credenciales o antecedentes puede resultar muy importante en la etapa de selección de los peritos, pero aun superada esa etapa, es un aspecto que interesa conocer a fondo. Eventualmente, puede ser pertinente actualizar información o conocer detalles que antes (en la etapa de selección y designación) se habían pasado por alto. Sería interesante que los sistemas de Justicia ofrecieran el acceso a bases de datos (disponibles en línea) en la que fuese más sencillo ubicar a información completa acerca de los expertos interesados a intervenir en procesos jurisdiccionales (bases de datos que tuviesen otras características y más información que la que hoy ofrecen muchos listados o registros oficiales de peritos, apostando a una mayor transparencia)⁴.

Existen distintos perfiles de expertos que es importante conocer. Los matices aquí pueden ser muchos. A modo ilustrativo, nos podríamos encontrar ante aquellos con experiencia como expertos, aquellos sin experiencia como expertos pero con antecedentes valiosos a nivel académico, aquellos que han llevado a cabo investigaciones y aquellos que pueden ser académicos pero no han llevado a cabo investigaciones en el campo de la pericia, aquellos que se han capacitado específicamente en el punto objeto del encargo, aquellos que tienen una capacitación o formación más general en el área de conocimiento de la pericia. Una interesante fuente de inspiración sobre este tema puede ser el art. 226 del Código General del Proceso (CGP) colombiano, donde se señala cierta información que el perito mismo debería dar a conocer.

En ese sentido, se podrían formular preguntas como las siguientes: ¿cuáles son las credenciales académicas, profesionales, de investigación que tiene como experto? ¿ha trabajado usted como informante técnico o perito en otros casos similares? ¿ante qué juzgados o tribunales ha intervenido?⁵

⁴ En el caso de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, la Regla 707 prevé: “*Contrainterrogatorio de personas peritas. Además de lo dispuesto en la Regla 607, ... podrá ser contrainterrogada siempre sobre sus calificaciones como perita, el asunto objeto de su opinión pericial y los fundamentos de su opinión*”.

⁵ Si bien es un aspecto en el cual se tiene que ingresar al momento de tomarle declaración al perito, es perfectamente posible que el perito no tenga un gran *curriculum* (en especial, peritos noveles), pero que haya realizado un dictamen de calidad. Para corroborar estos extremos es importante el interrogatorio (sobre esto: NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 308 y 309). La Suprema Corte de Justicia uruguaya, en tanto, a través de su sentencia n° 296/2021, de 14/09/2021 (sobre la pericia

Este elenco de preguntas también contribuiría a detectar pseudocientíficos, pseudo-expertos y/o a expertos que no conocen del tema objeto de la pericia.

2.2. Preguntas acerca de las comunidades científicas, académicas, institucionales que existen y/o aquellas a las que el experto pertenece

Conocer más acerca de las comunidades permite ubicar y contextualizar al experto en lo que son sus vínculos, permite conocer cuestiones que hacen a su adscripción institucional y que pueden llegar a condicionar múltiples aspectos de su actividad puntual.

Pueden existir pluralidad de comunidades o instituciones. Algunas podrán ser más formales que otras, algunas serán locales, otras nacionales, regionales o internacionales. Algunas comunidades, instituciones u organizaciones serán de tipo científico, otras estarán dedicadas a cuestiones gremiales o políticas (pero relacionadas además con actividades científicas o técnicas), algunas serán académica-universitarias, más burocráticas, menos burocráticas, unas públicas, otras privadas⁶. En ocasiones las comunidades o instituciones tendrán requisitos para ingresar o ser miembro, otras serán

psicológica oficial en casos de delitos sexuales) ha expresado: *“Las condiciones personales del perito son relevantes porque, en buena medida, a mayor cualificación del experto, la calidad técnica del informe pericial seguramente será mayor. Sin perjuicio de lo expuesto, como señala LLUCH, junto a la propia titulación del perito, y como extensión de este criterio, también debe atenderse a otros factores de importancia creciente: a) La formación posterior del perito –asistencia a cursos de especialización forense, postgrados o másters, o la obtención de un doctorado–, reveladores de su capacidad de actualización profesional; b) su experiencia «no forense», esto es, el desempeño de una actividad profesional con solvencia y experiencia fuera del ámbito de los tribunales; c) su experiencia «forense», esto es, el conocimiento de la práctica diaria de los tribunales y su capacidad de afrontar la contradicción del dictamen pericial ante el juez y los letrados; d) su trayectoria y curriculum profesional (ABEL LLUCH, Xavier, «Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial», en PICÓ I JUNOY, Joan (Director) y DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (Coordinador), Peritaje y prueba judicial, Bosch, Barcelona, pág. 219). En el caso, como puede constatar, el perito –además de su titulación– cuenta con cursos en materia de valoración de niños y adolescentes y postgrado de evaluación psicológica jurídica y forense en la UDELAR. A ello, debe sumarse su experiencia forense, realizando, en promedio, 5 o 6 pericias mensuales”*.

⁶ En Uruguay, la Ley N° 19.286 (Código de Ética Médica), de 25 de septiembre de 2014, en art. 35 dispone: *“...El médico tiene derecho a prescribir el medicamento que considere más conveniente y el procedimiento diagnóstico o terapéutico que crea más acertado, en armonía con las prácticas reconocidas por la comunidad médica...”*. Esto sirve como ejemplo concreto de referencia a la comunidad en un texto de Derecho positivo. Sin embargo, ello no quiere decir que resulte sencillo, en el plano fáctico (o en un plano fáctico-institucional) determinar o demarcar esa comunidad médica (o comunidades médicas, porque el singular del texto positivo no condiciona la realidad que se puede generar en torno a ciertas prácticas). Con relación al tema epistemológico y normativo que circunda a textos como el Código de Ética Médica de Uruguay, véase además: MARTÍNEZ MORALES, Santiago, *“¿Qué es la epistemología y cuál es su vínculo con los criterios de valoración probatoria?”*, en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Lucía; MARTÍNEZ MORALES, Santiago; SOBA BRACESCO, Ignacio M. (Coords.), *La prueba. Un cruce de caminos*, IJ Editores-FCU, Montevideo, 2022, pp. 75-94. Allí el autor expresa que *“... puede verse cómo la aceptación de la comunidad científica lejos de ser un elemento de debate puramente académico, comporta en algunos escenarios una exigencia en el plano ético y legal. Pero todo ello sucede, a su vez, en el marco de una disputa epistémica sobre si tal carácter debe verificarse o no para determinar cuándo estamos en presencia de conocimiento científico; y la misma se encuentra lejos de haber sido superada. Véase, por ejemplo, que a la luz de una concepción bungeana de lo que es «conocimiento científico», la aceptación por parte de la comunidad académica no comporta una propiedad necesaria...”* (op. cit., pp. 78 y 79).

comunidades u organizaciones más abiertas. A veces, las comunidades pueden tener puntos de contacto entre sí (y es importante ver cómo se relacionan).

Por todo esto, puede resultar de interés preguntar desde cuándo existe determinada comunidad, organización o institución, cómo se delimita o cuál es el ámbito de actuación de dicha comunidad (para determinar si es reducida –lo que no quiere decir que no sea valiosa–, si se circunscribe a determinado lugar, organización y/o institución, etc.), quién la financia o de dónde obtiene los recursos necesarios para funcionar, si existen ámbitos internos de discusión o debate, cómo es su gobernanza, cómo tratan dentro de la comunidad o institución la formación de consensos o la existencia de disensos, etc.

Podríamos estar, finalmente, ante un tipo particular de organizaciones, como los laboratorios oficiales y/o laboratorios forenses. Con relación a estas instituciones podríamos preguntar sobre los distintos tipos de vínculos jerárquicos internos (subordinación, autonomía técnica, supervisión y control), con qué habilitaciones cuentan, quién los ha autorizado a funcionar y/o hacer pericias (en qué se ha basado esa autorización), cuál es el equipamiento que utilizan, si ese equipamiento ha sido testeado (si existen laboratorios que cuenten con mejor tecnología y/o equipamiento), si han sido objeto de auditorías independientes, si han recibido algún tipo de sanción, etc.⁷⁻⁸.

El diseño de estos servicios periciales oficiales ha sido objeto de polémica incluso a nivel internacional. Por ejemplo, en el caso *Digna Ochoa y familiares vs. México* (sentencia de 25 de noviembre de 2021), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordena al Estado elaborar, presentar e impulsar una iniciativa de reforma constitucional para dotar de autonomía e independencia a los servicios periciales, “*como órganos especializados, imparciales, con personalidad jurídica y patrimonio propio, los cuales gozarán de plena autonomía técnica y de gestión, así como de capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y para determinar su organización interna...*”.

Estas cuestiones de tipo funcional, institucional o administrativo pueden repercutir, a su vez, en el tema de la calidad y fiabilidad de la información que aportan los peritos oficiales.

⁷ En Estados Unidos, por ejemplo, hay algunos casos complejos e ilustrativos que se han dado a conocer a través de la prensa (lo que podría ser un indicio de la relevancia de estas cuestiones para la sociedad en general): “More cases connected to Sonja Farak’s drug lab work expected to be dropped”, *Boston Globe*, de 25 de octubre de 2020: <https://www.bostonglobe.com/2020/10/25/metro/more-cases-connected-sonja-faraks-drug-lab-work-expected-be-dropped/> (fecha de consulta: 10 de diciembre de 2023). Este incluso ha sido tratado en una miniserie documental que se puede ver a través de la plataforma de *streaming* Netflix, bajo el título en español de *Los problemas de la química*. O lo recogido en la nota titulada “National forensics board suspends D.C. crime lab’s accreditation, halting analysis of evidence, city says”, *Washington Post*, 3 de abril de 2021: https://www.washingtonpost.com/local/public-safety/dc-lab-forensic-evidence-accreditation/2021/04/03/723c4832-94aa-11eb-a74e-1f4cf89fd948_story.html (fecha de consulta: 10 de diciembre de 2023).

⁸ Sobre el problema de la adscripción ha señalado GONZÁLEZ que “*La adscripción funcional de los peritos a las fuerzas policiales resulta inadecuada por suponer un prejuicio preexistente que puede afectar a la realización y práctica de la prueba pericial. Esto es así en virtud de la parcialidad implícita que se establece en virtud de la dependencia de los peritos forenses que no dejan de ser policías...*”. Agrega el autor que, en su opinión, “*...un proceso penal moderno no debe mantener esa clase de adscripción funcional de los peritos a las estructuras policiales*”. GONZÁLEZ, Manuel R., “Problemas de la prueba pericial en el proceso penal”, en PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.), *Peritaje y prueba judicial*, Bosch, Barcelona, pp. 258-260.

2.3. Preguntas relativas a los eventuales vínculos de los expertos con las partes o personas allegadas a las mismas

El tema no pasa desapercibido en ciertas regulaciones de tipo deontológico o en ciertos textos positivos donde es importante dar a conocer los conflictos de interés que pueden tener los expertos. A veces, los mecanismos de recusación de peritos que se suelen establecer en algunos ordenamientos jurídicos (para casos de designación judicial de expertos) resultan insuficientes.

Puede, a su vez, que dar a conocer los conflictos de interés sea un deber del experto – que hace a una transparencia activa– y que se imponga directamente en la ley o en una orden del tribunal para el caso concreto (aun cuando no imponga la ley un comportamiento de este tipo).

En Uruguay, la Ley N° 19.286 (Código de Ética Médica), de 25 de septiembre de 2014, en su artículo 77 dispone: “*La existencia de un vínculo asistencial con un paciente es incompatible con la función pericial del mismo caso...*”. Conocer este tipo de vínculo podría ser parte del objetivo del interrogatorio, si es que no se manifestó antes.

Las preguntas acerca del vínculo pueden estar dirigidas a la eventual relación del perito con las partes o con personas allegadas (tanto en la actualidad como en el pasado). Conocer más acerca del tipo de vínculo, su naturaleza contractual, funcional, laboral, de financiamiento, etc.

En el caso de las pericias de partes, se puede preguntar cuál es y cómo se ha fijado su remuneración, si la misma se ajusta a los parámetros del mercado, al precio de costumbre, a ciertos aranceles, etc. Si se ha pactado la realización de varias pericias o si ha sido un vínculo puntual.

En casos en que se haya previsto la prohibición de remuneración a resultado (véase el art. 235 del CGP colombiano), podría ser de utilidad verificar este aspecto. Pero también podría ser de interés conocer el tipo de remuneración (si ha sido pactado parcial o totalmente a resultado) en casos en los que el ordenamiento jurídico nada hubiese dicho sobre el punto. Además, se podría preguntar sobre las instrucciones recibidas, la información que le ha sido proporcionada, etc.⁹⁻¹⁰.

⁹ En ese sentido, la vinculación del experto con la parte puede obedecer a una relación continuada, permanente o simplemente *ad hoc*, ocasional. También puede estar relacionada con la prestación de otro tipo de servicios. Por ejemplo, el experto que es parte de una empresa que a su vez presta servicios a la parte que lo contrata, servicios que están relacionados con lo que es incluso el objeto del juicio (aunque esto no siempre es fácil de detectar y acreditar). En el caso de expertos-funcionarios públicos (que integren una administración que sea o no parte del proceso), considero que resulta de interés remitir a la sentencia del Tribunal Supremo (España), sala de lo contencioso-administrativo, n° 202/2022, de 17 de febrero de 2022 (caso que he denominado en otra oportunidad como “*Fin de jornada*”, por la obra del pintor Joaquín Sorolla que da origen a esas actuaciones – <http://ignaciosoba-derechoprocesal.blogspot.com/2022/08/fin-de-jornada-expertos-de-la.html>, fecha de consulta: 10 de diciembre de 2023). Allí el Tribunal Supremo destaca, entre otros aspectos de sumo interés, que no todos los expertos al servicio de la Administración se encuentran en una misma situación de dependencia con respecto al órgano administrativo llamado a decidir. Por mucha que sea la capacitación técnica o científica de la persona, no es lo mismo un funcionario inserto en la estructura jerárquica de la Administración activa que alguien que –aun habiendo sido designado para el cargo por una autoridad administrativa– trabaja en entidades u organismos dotados de cierta autonomía

2.4. Preguntas relacionadas con la práctica de la prueba pericial. Acceso a información concreta

Aquí incluyo un conjunto de preguntas vinculadas a aspectos concretos del trabajo (*ad hoc*) del perito o experto, así como algunas que tienen ribetes éticos y/o hacen a la gestión de la práctica de la pericia: ¿quién ha colaborado con la elaboración del dictamen?; ¿se conformó un equipo de trabajo (y preguntas sobre ese eventual equipo de trabajo)?; ¿ha mantenido reuniones o se ha entrevistado con alguna de las partes (eventualmente, si ha dado cuenta de ello al tribunal, a todas las partes, etc.)?

También se incluyen las preguntas sobre el origen de ciertos insumos o información: ¿de dónde obtuvo la información?; ¿ha tenido acceso a la totalidad o a parte de los documentos, declaraciones testimoniales, etc., que lucen incorporados al expediente?; ¿ha utilizado información o documentación que no formaba parte de la prueba del expediente?¹¹

2.5. Preguntas sobre fuentes bibliográficas, estadísticas, investigaciones, etc.

Hay que distinguir según el origen de la información. No es lo mismo que el perito acuda a estadísticas, que utilice protocolos, bibliografía o recurra a ciertas investigaciones. Todo esto habilita la posibilidad de hacer múltiples preguntas para conocer más acerca de todas estas categorías o tipos de insumos.

A modo ilustrativo, se pueden hacer preguntas para conocer la fecha de la estadística, protocolo, bibliografía o investigación; saber más sobre cómo se elaboró la estadística, el muestreo utilizado, la metodología empleada; conocer el tipo de investigación citada, la base empírica de la misma (según tipos de experimentos: simulados/controlados, trabajos de campo, etc.); cómo se elaboraron los protocolos (quién los elaboró, bajo que instrucciones, con qué insumos, etc.)¹². Eventualmente, preguntas sobre la bibliografía utilizada que no solo identifiquen las obras citadas, sino también su aceptación, revisión, etc.¹³

con respecto a la Administración activa. Es necesario ponderar, en cada caso concreto, el mayor o menor grado de dependencia del experto con respecto al órgano administrativo en cuestión.

¹⁰ Recomiendo los aportes y comentarios realizados (particularmente con referencias al Derecho inglés y australiano), en VÁZQUEZ, Carmen, *Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso*. México: Escuela Federal de Formación Judicial, 2023. Recuperado de: https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/publicaciones/2023/Editoriales/Guia%20Contenido_Informes_Periciales.pdf (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2023), pp. 21 y ss.

¹¹ Esta pregunta se relaciona con un tema más amplio y complejo que es el de si el perito puede utilizar o requerir información que no forma parte de la prueba obrante en el expediente para hacer su informe. Sobre el punto me he pronunciado en SOBA BRACESCO, Ignacio M., *La prueba testimonial y pericial...*, op. cit., pp. 420 y ss., entre otras). Si esas fuentes o insumos de información no se encuentran ofrecidos o incorporados al proceso, también puede relevante verificar su pertinencia y fiabilidad en el caso concreto.

¹² Sobre múltiples problemas y cuestiones concretas a las que dan origen los protocolos, remito a lo analizado en SOBA BRACESCO, Ignacio M., "La prueba y el auge de los protocolos", en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Lucía; MARTÍNEZ MORALES, Santiago; SOBA BRACESCO, Ignacio M. (Coords.), *La prueba. Un cruce de caminos II* Editores-FCU, Montevideo, 2022, pp. 183-216.

¹³ En su momento tuve oportunidad de intervenir en interrogatorios a peritos que en sus informes no habían indicado ni siquiera una obra o fuente bibliográfica relevante como sustento de sus afirmaciones, o que

En ese sentido, hay que interrogar sobre lo que he denominado la trazabilidad del conocimiento: ¿dónde se ha divulgado?; ¿cómo se llegó a esa divulgación?; ¿por cuántos filtros o revisiones ha pasado?, etc. (con esto buscamos saber más acerca del sistema de producción del conocimiento extrajurídico, conocer el itinerario del conocimiento extrajurídico desde la producción a su divulgación).

2.6. Preguntas sobre la terminología, metodología y conclusiones del perito

En primer lugar, las preguntas pueden estar dirigidas a lograr ciertas explicaciones más detalladas acerca de la terminología y conceptos técnicos o científicos utilizados. La idea de un lenguaje pericial claro se puede extraer incluso de algunos textos positivos (CPC brasileño, art. 473; CGP colombiano, art. 226), pero también hace a buenas prácticas periciales. Podemos encontrar peritos más acostumbrados a la “atmósfera ceremonial” del proceso, que tengan más claro cómo comunicar sus ideas en el ámbito judicial, y otros que no tanto.

También se pueden hacer preguntas acerca de cuál ha sido la metodología empleada en el caso concreto (si es que la hubo), si la ha empleado en otras pericias o informes antes, si la ha empleado en el ejercicio profesional, etc. Preguntas acerca de si la metodología empleada permite conocer posibles márgenes de error. En su caso, preguntas para que se sirva indicar y/o explicar esos posibles márgenes de error. Todo este cúmulo de preguntas podría conformar el objeto de una metapericia, pero ello excede el objeto concreto del presente trabajo.

Las preguntas sobre la metodología incluyen aquellas que pretenden indagar acerca de cuál es el grado de aceptación de dicha metodología en la o las comunidades científicas o técnicas (pudiendo o no coincidir con la comunidad científica del propio perito)¹⁴: ¿hay o está al tanto de otras teorías o enfoques en su campo que podrían contradecir sus conclusiones?; ¿ha considerado otras explicaciones posibles? Nuevamente, el punto hace a la explicación de consensos y disensos en la o las comunidades y/o entre los expertos que han actuado en un expediente, o a los peritos que han sido parte de pericias colegiadas o juntas periciales.

Finalmente, las preguntas se pueden dirigir a las conclusiones, para conocer, por ejemplo, cuál es el grado de aceptación de las mismas en la(s) comunidad(es)¹⁵.

hacían referencias genéricas a la “bibliografía médica” o “bibliografía de la especialidad”, y que luego al ser preguntados sobre ello se los podía apreciar algo descolocados, perdidos, sin saber qué señalar. Esto no es un mero capricho del abogado, sino una forma, entre otras, de ejercer el control y la defensa respecto del conocimiento extrajurídico que se pretende ingresar al proceso. No se trata, pues, simplemente de creer en el perito. No estamos ante un acto de fe, sino ante una actividad con múltiples y serias derivaciones procesales y sustanciales.

¹⁴ Nuevamente, citando la Ley N° 19.286 (Código de Ética Médica), podemos encontrar un ejemplo de esto en su art. 17: “El médico debe distinguir los hechos científicamente aceptados, de sus opiniones o convicciones personales, dada su importante influencia en el pensar y el sentir social”. Más allá de lo cual es problematizable que existan hechos “aceptados”, cuándo se los entiende “aceptados”, qué significa que sean “aceptados”, y cómo se distingue los mismos de las “opiniones”.

¹⁵ Se podría pensar en un interrogatorio enfocado en esos y otros puntos. El caso de la Corte Suprema de EE.UU., *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993) y casos relacionados de la

3. REFLEXIONES FINALES

La actividad pericial debería ser una actividad anclada no en la autoridad del experto, sino en la calidad, fiabilidad, honestidad y transparencia de su trabajo. El interrogatorio es de gran importancia a la hora de controlar estos y otros aspectos de la prueba pericial en el proceso. Claro que el interrogatorio requiere de tiempo de preparación y estudio por parte del abogado.

Precisamente, el problema práctico es, a menudo, el de las preguntas que se dejan de hacer a los peritos (quizás por el desconocimiento o falta de preparación del abogado), o que se omiten (por no comprender en toda su dimensión la relevancia que tienen cuestiones, por ejemplo, de tipo formal, metodológico, epistemológico).

Al decir de VÁZQUEZ, el interrogatorio (y contrainterrogatorio) es un importantísimo medio para lograr que el juez comprenda el conocimiento experto aplicado al caso y, entonces, pueda usarlo justificadamente para tomar su decisión¹⁶.

Destacando la relevancia del interrogatorio, la sala penal del Tribunal Supremo en España, en resolución nº 689/2021, de 22 de julio de 2021 (ponente MARCHENA GÓMEZ), ha dicho –en términos que comparto– que “...es preciso que el informe sea sometido a contradicción para que pueda ser valorado como prueba, lo cual ordinariamente se cumple mediante el interrogatorio del perito en el plenario, permitiendo a las partes interrogar sobre el contenido del informe escrito que generalmente ha sido presentado con anterioridad. Interrogatorio que puede referirse tanto a las conclusiones periciales como a la forma o sistemática con la que se ha procedido a su elaboración. Con ello se evita la indefensión de esta clase de prueba (STS 153/2018, de 3 de abril)”.

En definitiva, el interrogatorio a los peritos es una gran oportunidad para obtener información relevante que permita contextualizar la prueba y la información extrajurídica, tener elementos para fijar su fiabilidad y calidad y acercarse un poco más, por qué no, a la mejor explicación posible en el proceso.

jurisprudencia norteamericana ofrecen algunas pautas, así como, por ejemplo, lo que surge del contenido mínimo del dictamen pericial y que se plasma en el ya mencionado art. 226 del CGP Colombiano. NIEVA FENOLL presenta su clasificación a los efectos de señalar aquello del dictamen que se debería controlar: “1. Que las técnicas y teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente, son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica internacional [para ello se deberán mencionar publicaciones de calidad o especializadas empleadas para realizar la pericia, que la técnica empleada por el perito es de uso regular, y de modo pormenorizado, el procedimiento o iter técnico que lo le permitió arribar a sus conclusiones] [...]. 2. Que las técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes [...]. 3. Que el dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error y también el nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica [...]. 4. Que el dictamen se basa en suficientes hechos y datos [...]”. NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, op. cit., pp. 295-299.

¹⁶ VÁZQUEZ, Carmen, “La conformación del conjunto de elementos de juicio: la práctica de la prueba pericial y de la prueba testifical”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022, p. 247.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, Xavier, “Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial”, en PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.), *Peritaje y prueba judicial*, Bosch, Barcelona, pp. 211-248.
- ABEL LLUCH, Xavier, *Derecho probatorio*, Bosch, Barcelona, 2012.
- FRANKFURT, Harry, *On bullshit. Sobre la manipulación de la verdad*, Paidós, Barcelona, 2006.
- GONZÁLEZ, Manuel R., “Problemas de la prueba pericial en el proceso penal”, en PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.), *Peritaje y prueba judicial*, Bosch, Barcelona, pp. 249-273.
- MARTÍNEZ MORALES, Santiago, “¿Qué es la epistemología y cuál es su vínculo con los criterios de valoración probatoria?”, en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Lucía; MARTÍNEZ MORALES, Santiago; SOBA BRACESCO, Ignacio M. (Coords.), *La prueba. Un cruce de caminos*, IJ Editores-FCU, Montevideo, 2022, pp. 75-94.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- SOBA BRACESCO, Ignacio M., *La prueba testimonial y pericial. Su protagonismo en el proceso jurisdiccional, lecciones y desafíos*, CEJI, México D. F., 2023.
- SOBA BRACESCO, Ignacio M., “La prueba y el auge de los protocolos”, en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Lucía; MARTÍNEZ MORALES, Santiago; SOBA BRACESCO, Ignacio M. (Coords.), *La prueba. Un cruce de caminos* IJ Editores-FCU, Montevideo, 2022, pp. 183-216.
- SOBA BRACESCO, Ignacio M., *Estudios de Derecho procesal*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2021.
- SOBA BRACESCO, Ignacio M., *Relación de causalidad y prueba pericial*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2016.
- SOZZO, Gonzalo, “Las pericias científicas no rutinarias en los procesos ambientales (o cómo diseñar el «expertise» precautorio)”, *Revista de Derecho ambiental*, 54. Cita online: AP/DOC/223/2018 (Thomson Reuters).
- TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- TARUFFO, Michele, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*, Temis, Bogotá, 2008.
- TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- TARUFFO, Michele, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis, Bogotá, 2006.
- VÁZQUEZ, Carmen, *Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso*, Escuela Federal de Formación Judicial, 2023. Recuperado de: https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/publicaciones/2023/Editoriales/Guia%20Contenido_Informes_Periciales.pdf (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2023).
- VÁZQUEZ, Carmen, “La conformación del conjunto de elementos de juicio: la práctica de la prueba pericial y de la prueba testifical”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.

VÁZQUEZ, Carmen (Coord.), *Manual de prueba pericial*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.

VÁZQUEZ, Carmen, “¿Cómo mejorar la regulación sobre la(s) prueba(s) pericial(es)? Un marco para incentivar la comprensión judicial de las afirmaciones periciales”, en PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.), *Peritaje y prueba judicial*, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 277-301.

VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

PRUEBA PERICIAL: UNA PROPUESTA DE METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE LA PERICIA

César Higa Silva
Profesor ordinario auxiliar
Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)
Socio cofundador de *Evidence Lab*
chiga@pucp.edu.pe

Renzo Cavani
Profesor ordinario asociado
Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)
CEO y socio cofundador de *Evidence Lab*
renzo.cavani@pucp.edu.pe

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, las llamadas ciencias naturales gozan de un prestigio enorme con relación a la forma como conocemos e interactuamos frente al mundo. Se cree que la ciencia, si es realizada rigurosamente, puede resolver muchos de los problemas que enfrentan los seres humanos, como, por ejemplo, problemas médicos, ambientales, económicos o sociales.

La reciente pandemia del Covid-19 demostró cómo muchos países confiaron en los científicos para encontrar una solución a este problema. Sin embargo, también vimos que las respuestas ante este desafío eran inciertas o, incluso, había mucha desinformación. Por esa razón, saber cómo funciona el conocimiento científico, los niveles de calidad que nos pueden proporcionar estos estudios y sus límites resultan imprescindibles para tomar decisiones en los ámbitos políticos, salud pública y, dentro del ámbito del derecho, los procesos judiciales o administrativos donde deben resolver las controversias entre dos o más partes sobre un determinado asunto. De esta manera, se buscará tomar la mejor decisión posible dada la información fiable disponible y sabiendo cuáles son los riesgos de adoptar un determinado curso de acción.

Este trabajo tiene como objetivo ofrecer una metodología que le pueda facilitar a la autoridad evaluar las tareas antes señaladas, los cuales ya han sido desarrollados por la

teoría de la argumentación, del razonamiento probatorio y la jurisprudencia¹. Cabe indicar que el conocimiento científico es cambiante, razón por la cual los criterios y la secuencia de análisis de alguna pericia podría cambiar. Ello implicará realizar adaptaciones y cambios en el esquema de análisis; sin embargo, si consideramos que tener una metodología y herramientas facilita el análisis de la calidad, el grado de precisión y los límites de una información proveniente de estudios científicos.

2. ¿QUÉ ELEMENTOS DEBE TENER UNA PRUEBA PERICIAL? (EN ESPECÍFICO EN CUANTO A LA METODOLOGÍA)

Así como ocurre con diversas legislaciones procesales, según el artículo 262 del Código Procesal Civil peruano, *“la pericia procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga”*. De otro lado, el artículo 263 del mismo código señala que *“al ofrecer la pericia se indicarán con claridad y precisión los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia”*.

De estas dos normas se puede extraer que una prueba pericial debe contener lo siguiente:

- a) La indicación de la profesión del perito;
- b) los conocimientos especializados que se requieren para resolver los puntos controvertidos (desarrollo del marco teórico a aplicar); y,
- c) la indicación clara y precisa del hecho sobre el cual versará la pericia y cómo se ha absuelto la controversia (aplicación del marco teórico al caso).

Como puede apreciarse a partir de la normativa son, al menos, tres los aspectos que deben analizarse en una pericia²: (1) la competencia y experiencia del perito; (2) la solidez del marco teórico; y (3) la aplicación del marco al caso concreto. De estos tres puntos, consideramos que los dos últimos son los más importantes (el marco teórico y su aplicación al caso)³.

¹ En la línea de lo arriba señalado, se puede revisar VÁZQUEZ, Carmen (Coord.), *Manual de prueba pericial*, Escuela Federal de Formación Judicial, Ciudad de México, 2022; la presentación de Carmen VÁZQUEZ al Informe del PCAST sobre la ciencia forense en los tribunales penales y el informe mismo resultan muy instructivos. Vid. VÁZQUEZ, Carmen, “Presentación de la traducción al castellano del informe del PCAST sobre la ciencia forense en los tribunales penales”, *Quaestio facti. Revista internacional de razonamiento probatorio*, 2022. A nivel de la jurisprudencia, se pueden citar las resoluciones emitidas por la Suprema Corte de los EEUU, tales como *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993), *General Electric Co. vs. Joiner* (1997) y *Kumho Tire Co. vs. Carmichael* (1999).

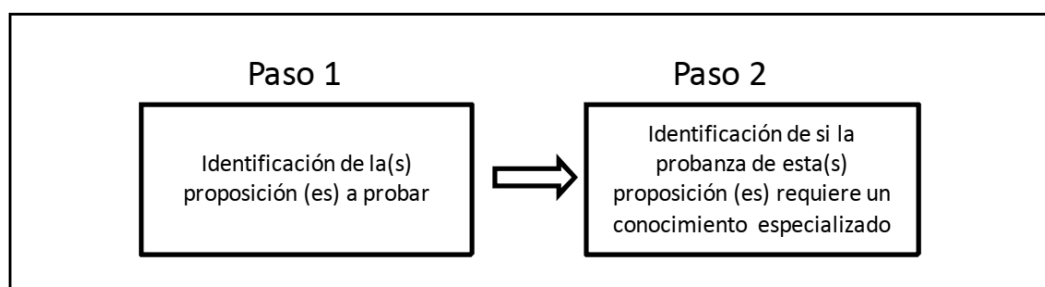
² En la línea de lo arriba señalado, Carmen VÁZQUEZ ha señalado lo siguiente: *“Para identificar la calidad de las afirmaciones periciales, los jueces deben prestar atención a tres grandes rubros: a) quién es el sujeto que informa, b) qué es lo que informa ese sujeto y c) cómo ha sido la presentación de tal información”* (VÁZQUEZ, Carmen; FERNÁNDEZ, Mercedes, “La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, Escuela Federal de Formación Judicial, Ciudad de México, 2022, p. 293).

³ Al respecto, *cfr.* VÁZQUEZ, Carmen, “Presentación de la traducción al castellano del informe del PCAST...”, *op. cit.*, pp. 275-283.

Sin perjuicio de lo arriba mencionado, antes de analizar la pericia es necesario que, metodológicamente, se realice lo siguiente:

- a) Determinar cuál es la proposición que deberá ser objeto de prueba y, luego de ello,
- b) determinar si es necesario un conocimiento especializado para probar dicha proposición.

Gráfico N° 1
Identificación de la necesidad de la prueba de expertos



Fuente: HIGA, César, “La prueba de expertos. Análisis de la racionalidad de este medio probatorio en el Derecho”, Cuaderno de Trabajo n° 15, CICAJ-PUCP, 2010.

Lo anterior es imprescindible dado que se necesita saber con precisión cuál es el hecho sobre el cual se necesita una pericia, dado que el tipo de conocimiento que se requiere para determinar su ocurrencia o no es (o puede ser) ajena a un juez.

A continuación, una vez que se ha determinado que sí se requiere un conocimiento especializado, es necesario convocar a un perito que debe indicar cuál será el marco teórico e instrumentos que utilizará para absolver la pregunta que se le ha formulado. En ese sentido, será importante que el perito en el primer momento en que emite su opinión indique lo siguiente⁴:

- a) Cuál es el marco teórico utilizado: principios, leyes, métodos e instrumentos que utilizará de su disciplina para analizar los hechos del caso (análisis objetivo);
- b) qué datos mínimos necesitará para realizar su pericia, en cuyo caso los elementos y datos del caso deben ser los suficientes para emitir una opinión fiable según los estándares de la disciplina (análisis objetivo)⁵;

⁴ Al respecto, se puede revisar el Informe Ciencia Forense en los Tribunales penales: asegurando la validez científica de los métodos forenses basados en comparación de características (en adelante, el Informe de Ciencia Forense). *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n° 3, 2022, pp. 297 y ss.

⁵ Todas las pruebas que son utilizadas por el perito para la elaboración de su informe deben ser remitidas al juez para que sea ingresada al expediente. De ese modo, la contraparte e, incluso, el juez, pueden revisar la fiabilidad de la información sobre la cual parte el perito para justificar sus conclusiones. Si la información de base no es fiable, entonces las conclusiones tampoco lo son.

- c) aplicación al caso concreto (análisis en concreto);
- d) los resultados del informe deben ser los más claros y precisos que sea posible (análisis en concreto);
- e) compromiso con los altos estándares de la disciplina (análisis subjetivo).

A continuación, se desarrollará cada uno de estos aspectos:

2.1. Descripción del marco teórico utilizado y criterios para evaluar su fiabilidad⁶

Al momento de elaborar su informe, el perito debe indicar cuál es el marco teórico, metodología e instrumentos que haya utilizado para analizar la cuestión que se le ha pedido absolver. En ese sentido, resulta necesario que esta persona indique desde el primer momento lo siguiente:

- Cuál es el marco conceptual utilizado, su nivel de consenso a nivel de la doctrina y aplicabilidad al caso concreto. Ello, a efectos de verificar el nivel de solidez del marco teórico utilizado por el perito; qué otras teorías aplicables podrían existir y por qué el perito ha optado por el que desarrolla en su pericia;
- La metodología que empleará para aplicar el marco teórico a los hechos del caso. Esto se encuentra vinculado a los pasos que seguirá al momento de aplicar el marco teórico al caso;
- Si ha utilizado algún instrumento. En efecto, al momento de realizar una pericia se pueden utilizar distintas herramientas, por ejemplo, para recoger y procesar los datos. Por ello, es necesario conocer qué instrumento se ha utilizado para evaluar su grado de precisión y exactitud en el recojo y procesamiento de datos.
- La posibilidad de replicar el método utilizado por terceros de modo tal que se permita verificar sus respuestas.

En el siguiente cuadro de ejemplifica con mayor claridad los elementos de confiabilidad de la premisa mayor:

⁶ Al respecto, se puede revisar el Informe de Ciencia Forense antes citado. A nivel jurisprudencial, un caso imprescindible a tener en cuenta es *Daubert et. al. vs Merrell Dow Pharmaceutical, Inc* (509 U.S. 579. [1993]), porque es el caso que marca la pauta sobre cómo debe analizarse la prueba pericial. A nivel metodológico se pueden ver los siguientes textos: WALTON, Douglas, "Visualization Tools, Argumentation Schemes and Expert Opinion in Evidence in Law", *Law, Probability and Risk*, 6, 2007, pp. 119-140; GODDEN, David; WALTON, Douglas, "Argument from Expert Opinion as Legal Evidence: Critical Questions and Admissibility Criteria of Expert Testimony in the American Legal System", *Ratio Juris*, 19, 2006, pp. 261-286; WALTON, Douglas, *Appeal to Expert Opinion. Arguments from Authority*, Penn State Press, Pennsylvania, 1997.

Cuadro n° 1

Criterios⁷	Si se cumplió	No se cumplió	Resultado
Cuál es el marco conceptual utilizado; su nivel de consenso a nivel de la doctrina y aplicabilidad al caso concreto.			
La metodología			
La posibilidad de replicar el método utilizado por terceros de modo tal que se permita verificar sus respuestas			
Si ha utilizado algún instrumento			

Fuente: Elaboración de HIGA, César, *ibidem*.

Un análisis detallado de lo anterior permitirá que el juez pueda valorar la pericia y determinar su grado de fiabilidad. Nótese que estos elementos forman parte de la metodología y, por tanto, conforman la espina dorsal de una pericia. Sin éstos, plasmados en el propio informe, toda conclusión a la que el perito arribe no tendría ningún sustento porque no se sabría de dónde provienen. Estos aspectos deben constar desde el momento mismo que se presentó la pericia porque el perito debe haberse asegurado que sus resultados son metodológicamente fiables desde el momento en que elaboró su opinión. En efecto, estos requisitos metodológicos constituyen un requisito *sine qua non* para garantizar la fiabilidad de la pericia para que el juez, posteriormente, pueda evaluar la solidez de las conclusiones que se sustentan en el informe pericial.

2.2. Suficiencia de la información y los elementos necesarios para emitir una opinión válida⁸

Para que el informe del perito arroje resultados fiables se debe considerar los siguientes criterios:

- a) Si se ha emitido con la mínima información necesaria que exige la disciplina (esto es, ciencia, técnica o conocimientos) para emitir una opinión fiable. Este punto se refiere a los datos que, mínimamente, se necesitan para realizar arrojar resultados fiables sobre esa información. Para ello, es necesario que se indique cuáles son las exigencias que se han establecido a nivel teórico para evaluar un determinado tipo de eventos. A partir de ahí, el perito debe indicar que, en el caso concreto, se han reunido los datos mínimos para realizar un análisis fiable respecto del hecho objeto de análisis.

⁷ El juez podría utilizar esta herramienta para indicar si la pericia cumplió con cada uno de estos factores y justificar por qué se cumplió o no. Al finalizar, puede indicar cuál sería el resultado de ese análisis.

⁸ Al respecto, *cfr.* HIGA, César, *ibidem*.

- b) Los datos o elementos utilizados como evidencia deben ser fiables. Este punto se refiere a que el perito debe indicar cuál es la fuente de donde proviene la información que será objeto de análisis; ello a efectos de evaluar si la fuente de la información garantiza su fiabilidad. Por ejemplo, si se señala que existe una pérdida de ingresos, se debe indicar de donde proviene esa información, por ejemplo, libros de contabilidad que han sido auditados por empresas auditoras reconocidas o por la autoridad tributaria. De ese modo, se podría considerar que la información es fiable porque proviene de una fuente que al haber sido revisada por agentes externos a la empresa es también fiable.

Cuadro n° 2

Criterios⁹	Si se cumplió	No se cumplió	Resultado
Si se emitido con la mínima información necesaria que exige la disciplina para emitir una opinión fiable.			
Los datos o elementos utilizados como evidencia deben ser fiables.			

Fuente: Elaboración de HIGA, César, *ibidem*.

Cabe indicar que, para emitir resultados fiables, cada disciplina indicará qué tipo de datos necesita procesar y cuánta es la información que necesitará¹⁰. El perito debe indicar expresamente que cumple con ello en su informe.

2.3. La fiabilidad de la aplicación de los principios y métodos al caso concreto¹¹

Aquí corresponde que el perito realice lo siguiente:

- a) Identificar los pasos seguidos al aplicar la teoría, los principios y métodos de su disciplina a los hechos del caso.
- b) Identificar el margen de error de los resultados al caso concreto. Resulta esencial conocer cuál es el margen de error que tendrían los resultados de la pericia al analizar los datos del caso. Este criterio tiene como objetivo saber con qué grado de exactitud se puede conocer si un determinado hecho ha ocurrido o no. Cuánto más bajo el margen de error, se puede confiar en que se tendrá una mejor aproximación al hecho que se quiere probar.

⁹ El juez podría utilizar esta herramienta para indicar si la pericia cumplió con cada uno de estos factores y justificar por qué se cumplió o no. Al finalizar, puede indicar cuál sería el resultado de ese análisis.

¹⁰ Al respecto, *cfr.* HIGA, César, *ibidem*.

¹¹ Al respecto, *cfr.* NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, The National Academies Press, Washington DC, 2009 (ver el capítulo IV).

Cabe indicar que es el ordenamiento jurídico el que establece si los resultados de la pericia son de suficiente calidad y si tienen el nivel de precisión necesarios para aceptar como ciertos los hechos objeto de prueba. Por su parte, el nivel de rigor dependerá del área del derecho en el cual se resuelva la controversia.

Cuadro n° 3

Criterios¹²	Si se cumplió	No se cumplió	Resultado
Indicación de la aplicación de la teoría, los principios y métodos a los hechos del caso.			
Identificar el margen de error de los resultados al caso concreto.			

Fuente: Elaboración de HIGA, César, *ibidem*.

2.4. Claridad y precisión del informe¹³

- a) La estructura del informe del experto debe ser clara respecto de cada uno de los aspectos que sustentan su conclusión.
- b) Las conclusiones del experto se pronuncian en un lenguaje claro y sin ambigüedades sobre la cuestión controvertida. Así, por ejemplo, si le preguntan si tal o cual pastilla tiene efectos abortivos, el experto debería ser lo más claro al respecto: “No hay evidencia aplicada en mujeres embarazadas que la pastilla tenga efectos abortivos”; “Sí hay evidencia en mujeres embarazadas que tenga efectos abortivos”; “La evidencia en mujeres embarazadas al respecto no permite concluir si tiene, o no, efectos abortivos”, etc.

¹² El juez podría utilizar esta herramienta para indicar si la pericia cumplió con cada uno de estos factores y justificar por qué se cumplió o no. Al finalizar, puede indicar cuál sería el resultado de ese análisis.

¹³ Al respecto, *cfr.* EUROPEAN NETWORK OF FORENSIC SCIENCE INSTITUTE, *Guideline for Evaluative Reporting in Forensic Science*, ENFSI.

Cuadro n° 4

Criterios¹⁴	Si se cumplió	No se cumplió	Resultado
La estructura del informe del experto debe ser clara respecto de cada uno de los aspectos que sustentan su conclusión.			
Las conclusiones del experto se pronuncian en un lenguaje claro y sin ambigüedades sobre la cuestión controvertida.			

Fuente: Elaboración de HIGA, César, *ibidem*.

Al momento de evaluar al perito es necesario evaluar lo siguiente¹⁵:

- a) Su competencia tanto a nivel de formación como su experiencia, dado que el conocimiento y la experiencia del perito puede permitir asegurar que este conocerá las distintas teorías que se pueden aplicar a la cuestión a dilucidar y, por tanto, puede asegurar que su informe ha sido realizado de acuerdo a un estándar riguroso de la disciplina;
- b) su objetividad, a efectos de que sean los hechos del caso lo que determinen sus resultados; y,
- c) su honestidad, pues el perito debe jurar que su pericia está siendo realizada de acuerdo a los mejores estándares de la disciplina y está dispuesto a sustentarlo y, si fuera el caso, podría ser sancionado en caso se demuestre que no lo hizo correctamente.

3. RECEPCIÓN DE LOS CRITERIOS ANTES ESBOZADOS POR LA JURISPRUDENCIA PERUANA

En el Recurso de Nulidad n° 840-2019-Lima, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha desarrollado el proceso de valoración de las pruebas periciales de la siguiente manera¹⁶:

- a) Evaluación objetiva de la pericia
 - a.1) Analizar si el perito aplicó correctamente la teoría, los principios y los métodos de su disciplina o área de conocimiento. Aquí los sujetos procesales tienen una participación activa en la actuación y

¹⁴ El juez podría utilizar esta herramienta para indicar si la pericia cumplió con cada uno de estos factores y justificar por qué se cumplió o no. Al finalizar, puede indicar cuál sería el resultado de ese análisis.

¹⁵ Al respecto, *cfr.* EUROPEAN NETWORK OF FORENSIC SCIENCE INSTITUTE, *Guideline for Evaluative Reporting in Forensic Science*, *ibidem*.

¹⁶ Al desarrollar estos criterios, esta Sala Penal Suprema ha tenido en cuenta los criterios esbozados en HIGA, César, *ibidem*.

contradicción de la prueba pericial; por ejemplo, a través del ofrecimiento de pericias de parte que evalúen los criterios técnicos o los métodos utilizados por el experto y si estos fueron los más idóneos o correctos.

- a.2) Identificar el margen de error de los resultados de la pericia actuada. Cuánto más bajo sea el margen de error, más confiable es la prueba y, por ende, mayor el valor probatorio que puede otorgársele. Aquí también debe considerarse la temporalidad de la prueba actuada, pues mientras más próxima sea al hecho que se evalúa mayor puede ser su valor; la cantidad y especialidad de los peritos, aunque no de forma categórica, también permite evaluar el margen de error que pudiera existir.

b) Evaluación subjetiva de la pericia

- b.1) Para ello, ha de analizarse si el experto tiene sanciones por haber mentido o incurrido en actos irregulares en casos previos, si tiene algún interés en el resultado del proceso (personal, académico, social, cultural, etcétera), si su veracidad fue cuestionada en anteriores ocasiones o si tiene algún sesgo o prejuicio que pueda influir en su actuación, entre otros supuestos.
- b.2) Aquí nuevamente la actuación de los sujetos procesales es importante, pues permitirá advertir aspectos que el juzgador no necesariamente conoce.

c) Evaluación del informe pericial

- c.1) De la propia pericia debe aparecer que el experto utilizó información relevante y fiable que permita determinar la racionalidad de su análisis.
- c.2) También ha de analizarse si consideró toda la información existente o parte de esta (por considerarla irrelevante o no tenerla a su disposición) y las condiciones en que realizó la observación (resulta racional dotar de mayor valor probatorio a una pericia practicada directamente al objeto de análisis que a otra que solo evalúa información secundaria o referencial; lo mismo ocurre con la temporalidad de la información que sirve para el examen, pues mientras más cercana sea mayor incidencia sobre la verdad de los hechos tendrá).
- c.3) Además, debe considerarse si los sujetos procesales presentaron o no toda la información que haya sido necesaria para que se practique la prueba pericial.
- c.4) Después ha de analizarse si las conclusiones del experto se emitieron de forma detallada y en un lenguaje claro, preciso y sin ambigüedades. También es importante la información que el perito brinda en el juicio

oral, al ratificar, aclarar, explicar o ampliar su pericia, y la que resulta del debate pericial que pueda efectuarse.

- c.5) Asimismo, debe tenerse en cuenta si el experto consideró los límites del encargo que realizó y si incurrió, en sus conclusiones, en algún exceso o defecto.

Cabe indicar que, si bien los criterios arriba señalados fueron desarrollados la Sala Penal Permanente, al ser estos criterios de tipo epistemológicos sirven como pautas para analizar las pericias en cualquier área del Derecho. En efecto, los criterios epistemológicos nos proporcionan pautas para determinar el nivel de solidez de la información que tenemos sobre la ocurrencia de un determinado hecho, lo cual es independiente del área del derecho que se trate como, por ejemplo, la responsabilidad civil por daños.

En la práctica judicial y administrativa peruana varios de los aspectos arriba mencionados se suelen discutir. Por ejemplo:

- a) La idoneidad de la profesión de los peritos para que puedan informar sobre un determinado asunto. Por ejemplo, se discutió sobre si un ingeniero puede ser experto para analizar si tal actividad produjo un perjuicio a la flora y fauna en un lugar determinado. Para tal efecto, habrá que analizar qué tipo de formación y experiencia ha tenido el perito para analizar el hecho sobre el cual versará su informe.
- b) Sobre cuál es la mejor evidencia para llegar a determinar si cierto hecho ocurrió o no. Por ejemplo, se puede discutir si es suficiente analizar los reportes de los médicos sobre la causa de la muerte de alguien, las lesiones que ha sufrido e incluso las fotos y descripciones realizadas sobre el cadáver o, quizás, se deba exhumarlo para verificar con los restos mismos para tener una mayor precisión sobre cómo se produjo la muerte de alguien. En este tipo de casos, dependerá de si existe algún tipo de cuestionamiento sobre las pruebas sobre las que el perito realizará su informe, a efectos de determinar cuáles son las mejores evidencias para saber, con mayor exactitud, que ocurrió.
- c) Sobre la solidez del marco teórico para conocer la realidad. Por ejemplo, se puede discutir si ciertas técnicas permiten saber si alguien reprimió, o no, un recuerdo.

Como puede apreciarse, estos ejemplos ilustran que los aspectos a analizar sobre los informes periciales pueden ser muy diversos e, incluso, ser complejos si es que se cuestionan varios puntos al mismo tiempo. Por esa razón, analizar metodológicamente este tipo de pruebas puede facilitar su análisis y disminuir la posibilidad de soslayar algún aspecto importante del caso.

4. CONCLUSIONES

La prueba pericial se ha convertido en uno de los medios probatorios que goza de un mayor prestigio en los procesos debido a que se considera que la ciencia puede aportar conocimiento objetivo y controlable. Si bien es cierto que los peritos al momento de realizar sus informes periciales deben indicar la metodología y criterios seguidos para

sustentar sus afirmaciones, los abogados y, en especial, el juez, deben conocer cómo funciona el conocimiento científico a efectos de saber cuál es la calidad de la información aportada por los peritos, los límites de la pericia y, de ese modo, determinar cuál es la decisión que se debe adoptar de conformidad a lo establecido en el ordenamiento jurídico. Para realizar la tarea de análisis de la información contenida en el informe pericial, hemos propuesto una metodología que les facilite a los abogados esa tarea que bien podría ser aplicada en la práctica forense y judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- EUROPEAN NETWORK OF FORENSIC SCIENCE INSTITUTE, *Guideline for Evaluative Reporting in Forensic Science*, ENFSI: https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/m1_guideline.pdf (fecha de consulta: 3 de diciembre de 2023).
- GODDEN, David; WALTON, Douglas, "Argument from Expert Opinion as Legal Evidence: Critical Questions and Admissibility Criteria of Expert Testimony in the American Legal System", *Ratio Juris*, 19, 2006.
- HIGA, César, "La prueba de expertos. Análisis de la racionalidad de este medio probatorio en el Derecho", Cuaderno de Trabajo núm. 15, CICAJ-PUCP, 2010.
- NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, The National Academies Press, Washington DC, 2009.
- VÁZQUEZ, Carmen, "Presentación de la traducción al castellano del informe del PCAST sobre la ciencia forense en los tribunales penales", *Quaestio facti. Revista internacional de razonamiento probatorio*, 2022.
- VÁZQUEZ, Carmen (Coord.), *Manual de prueba pericial*, Escuela Federal de Formación Judicial, Ciudad de México, 2022.
- VÁZQUEZ, Carmen; FERNÁNDEZ, Mercedes, "La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba", en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, Escuela Federal de Formación Judicial, Ciudad de México, 2022.
- WALTON, Douglas, *Appeal to Expert Opinion. Arguments from Authority*, Penn State Press, Pennsylvania, 1997.
- WALTON, Douglas, "Visualization Tools, Argumentation Schemes and Expert Opinion in Evidence in Law", *Law, Probability and Risk*, 6, 2007.

EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA ACTUACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

Raquel Limay Chavez
Docente universitaria
Pontificia Universidad Católica del Perú

1. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

El proceso judicial se desenvuelve en diversas etapas que se orientan a la proposición, admisión, actuación o práctica y valoración de los elementos de prueba. La prueba pericial, al igual que todo medio de prueba, atraviesa dichas fases. En este trabajo me enfocaré en la etapa de actuación de la prueba pericial y el empleo del principio de contradicción, que permite un correcto examen pericial; claro está que no es el único principio que rige en la fase oral del proceso (también están presentes la oralidad, inmediación y publicidad), pero se analizará al de contradicción como un principio de naturaleza epistémica, que significa básicamente, que su empleo permitirá un mejor esclarecimiento de los hechos materia de debate.

En primer término, he considerado como problema la inadecuada realización de la actuación y práctica de la prueba pericial en nuestros tribunales, que es precisamente el momento procesal oportuno que tiene el órgano judicial para apreciar; por un lado, la fiabilidad de la pericia mediante la explicación, preguntas y aclaraciones del contenido del informe y por otro analizar las credenciales del perito que la ha desarrollado. Ambos aspectos deberán ser esclarecidos en la mayor y mejor medida posible y es la etapa de actuación la que debe producir toda la información necesaria para que la pericia se valore.

En segundo lugar, analizaré la problemática que genera a los órganos jurisdiccionales decidir en qué pericia confiar cuando se presentan dos expertos con opiniones contradictorias. Este problema tiene su fundamento en que no existen exigencias mínimas requeridas a las pruebas periciales que permitan decidirse por una u otra; en este sentido, el objetivo será determinar cuáles son los requerimientos que debería contener el informe y la exposición pericial.

2. LA PRUEBA PERICIAL

La importancia de la prueba pericial en los procesos judiciales para la resolución de los conflictos es manifiesta, así, para determinar la paternidad mediante el ADN, esclarecer la

autoría de un disparo de arma de fuego, determinar el valor de un bien mueble, precisar la autenticidad de un mensaje electrónico, establecer el grado de afectación psicológica o física de la víctima, analizar las prácticas culturales en determinadas zonas, entre otros.

Todos estos casos involucran un conocimiento especial de carácter científico o técnico que requiere de un experto o experta que lo analice, de ahí surge la necesidad de recurrir a la prueba pericial. Como señala SANJURJO RÍOS¹, insalvablemente se tendrá que acudir cuando el objeto de prueba recaiga sobre hechos no comunes (por versar sobre materias científica, artística, técnica o práctica) y se pretenda su prueba o acreditación ante el órgano jurisdiccional, con tal fin, será preciso el conocimiento y la utilización de máximas de experiencia especializadas, de las cuales solo los expertos, tras una previa formación o especialización, serán capaces de disponer y proporcionar a las partes de la información necesaria, así como también, naturalmente, trasladar estos datos al órgano jurisdiccional.

La práctica actual de este medio de prueba es muy frecuente, su presencia en la mayoría de los litigios que se ventilan es muy superior a la que pudiera existir antaño, este incremento cuantitativo probablemente obedezca al desenfrenado progreso y desarrollo de la sociedad, de cuestiones de mayor enjundia o complejidad técnica y para cuya resolución no simplemente basta el nivel cultural medio del juez. Este pretenderá suplir las lagunas de conocimiento en asuntos que se escapan al dominio del ordenamiento jurídico o saberes implícitos a la cultura común.

VÁZQUEZ ROJAS² considera que la prueba pericial *“siempre conlleva el ofrecimiento de información especializada que debería contribuir a la correcta toma de decisión sobre los hechos en un proceso judicial, con independencia de si dicha información puede ser calificada de científica, artística, técnica o práctica”*.

En la normativa peruana, el T.U.O. del Código Procesal Civil (en adelante, CPC) define en su artículo 262 que *“la pericia procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga”* (redacción igual a la del proyecto del nuevo Código Procesal Civil), así también el artículo 172.1 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP) prevé que: *“la pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada”*.

Ambas normativas prevén la procedencia de la pericia para una mejor explicación o apreciación de conocimientos especializados; esta explicación necesariamente la dará el experto o experta y estará dirigida a los órganos jurisdiccionales. Pero ¿cuándo el juez debe recibir esta explicación?, ¿para acceder a ella basta leer el dictamen?, ¿es posible que las dudas del juez no se aclaren?

Será el momento de la actuación probatoria donde el o la perito se explaye con mayor detalle sobre el contenido del informe pericial, así como la acreditación de quién lo elaboró, cómo fue el procedimiento, cuántas personas intervinieron, en qué tiempo y en qué condiciones, son las cuestiones a esclarecer en el examen durante la fase del

¹ SANJURJO RÍOS, Eva, *La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración*, editorial Reus, Madrid, 2013, pp. 18-20.

² VÁZQUEZ ROJAS, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 37.

desahogo de las pruebas. Precisamente, la práctica de la prueba es el momento procesal fundamental para el desarrollo de la explicación y para la mejor apreciación de los jueces sobre este tipo de pruebas que emplean información especializada.

3. ACTUACIÓN PROBATORIA Y PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

La etapa de actuación involucra que todo medio de prueba se exponga de forma oral ante la presencia de los sujetos procesales, ello con el fin de que estos puedan apreciar el medio de prueba para hacer preguntas, objeciones, aclaraciones y así el juez o la jueza otorguen determinado valor probatorio al medio de prueba puesto en práctica a partir de su exposición oral, del debate de las partes y de las aclaraciones que precise durante esta fase el órgano jurisdiccional.

La regulación procesal civil establece que luego de la fase de postulación del proceso se realiza la audiencia de pruebas, en ella tendrá lugar la práctica de todas y cada una de ellas. En ese sentido el artículo 265 del CPC señala que el dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas. Por su parte, el artículo 266 CPC señala que los dictámenes periciales pueden ser observados en la audiencia de pruebas. Estos, así como las opiniones de los peritos, se harán constar en el acta. La misma norma señala que las partes podrán fundamentar o ampliar los motivos de sus observaciones mediante escrito. Similar redacción tiene el proyecto del nuevo Código Procesal Civil.

Como se recuerda, el proceso civil del CPC estaba destinado a ser uno con audiencias que pusieran de relieve la oralidad y sus beneficios; no obstante, con diversas modificaciones legales, quedó el sistema más cercano a uno escrito que a uno oral. Sin embargo, hace algunos años el Poder Judicial pretende regresar a la oralidad inicial del sistema a través de esfuerzos en la implementación de la audiencia preliminar y la audiencia de pruebas.

En ese sentido, se señala que uno de los beneficios de la oralidad consiste en que permite tomar decisiones de forma rápida, pues del contradictorio se obtiene información de alta calidad que será la base de la decisión del juez en la audiencia. Pero para que esto se logre es necesario que la audiencia posea ciertas características, ya sea la preliminar, de pruebas o cualquier otra que se desarrolle durante el proceso.

La audiencia es un espacio de discusión, por ende, los actos procesales deben estar ordenados a ese fin, para ello deben de realizarse de forma oral, pues esto permite transmitir información al juez de forma rápida y que esa información pueda ser controlada por la otra parte (y por el propio juez). Para que la memoria del juez no sea un problema la audiencia debe ser continua y concentrada, es decir, una vez iniciada, debe culminar todos sus actos en una sola audiencia, en un solo día si fuera posible (en ese sentido, las referencias a escritos y plazos complementarios no se avienen a la idea de oralidad). Como señala GIABARDO³, el modelo oral no solo exige la prevalencia de la voz sobre lo escrito, para que la oralidad sea efectiva es necesario la coincidencia real entre la persona física del juez que ha oído las palabras (la de las partes o de aquellos

³ GIABARDO, Carlo V., “El modelo oral en el proceso civil: entre historia y actualidad”, en ALFARO VALVERDE, Luis (Coord.), *Fundamentos de la oralidad en el proceso civil*, Jurista Editores, Lima, 2021, p. 32.

que han sido convocados para brindar una prueba como los testigos, los peritos, entre otros, en sede de instrucción probatoria) y el juez que decide se pronuncie la resolución final sobre el mérito.

A diferencia del CPC el Proyecto del nuevo Código Procesal Civil regularía en su Título Preliminar el principio de contradictorio (artículo VII). Así, señala que: “*en todas las etapas del proceso, previamente a resolver cualquier cuestión procesal o de fondo, el juez otorga a las partes la oportunidad de manifestarse*”. También, es importante que indique que el juez fundamenta su decisión a partir de las alegaciones de las partes (principio de audiencia, parte del derecho de defensa). Este principio pretende que el juez recuerde no solo el contenido, sino también la impresión que sobre él han ejercido las palabras pronunciadas en audiencia, sirviendo muy poco el hecho de haber visto y oído a las partes, los testigos, los peritos, etcétera. Si después de todo esto se encuentra obligado a formar su propia convicción, no solo aquellas impresiones, sino más bien sobre los informes orales escritos⁴.

Pero con ello no culmina este derecho, el Título Preliminar del Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil regula lo más importante, así, como señalara PROTO PISANI⁵, si bien el contenido clásico del principio contradictorio consistiría en poner a la contraparte en la posibilidad de rebatir argumentos para asegurar la igualdad de armas y aprovechar la libre contradicción entre aquellas, en la actualidad se debe considerar; además, las exigencias para asegurar la igualdad sustancial, el atribuir poderes de iniciativa oficiosa al juez y apuntar a la colaboración de este con las partes. Asimismo, señala el profesor italiano, que el proceso se debe configurar como una serie de actos coordinados, en el sentido de que el accionar de un sujeto es funcional al empleo del poder de los otros sujetos del proceso, de ello se tiene que, cuando la ley atribuye al juez el poder de invocar de oficio cuestiones de derecho o hecho, este, antes de poner como fundamento de la decisión tales cuestiones invocables de oficio, debe indicar las mismas a las partes, dándoles la posibilidad efectiva de desarrollar el contradictorio. Contradictorio que puede consistir no solo en hacer valer las argumentaciones de hecho y de derecho, sino también en el empleo de poderes procesales a fin de modificar la demanda, la proposición de excepciones, las pruebas.

Por su parte, TARUFFO⁶ coloca de relieve las implicaciones probatorias del principio, pues señala que se hace evidente la función de la garantía de la contradicción como implementación de controles disponibles para las partes sobre el uso de las pruebas por parte del juez. Así precisa que: a) La regla del contradictorio puede funcionar, ante todo, como control en la identificación del material probatorio destinado a constituir la base para la decisión. b) La formación de prueba. La contradicción no tiene únicamente la función formal de “completar” la implementación de la garantía de la defensa, sino también, y especialmente, la de hacer que la actividad de las partes sirva para verificar *in itinere* la calidad de la prueba que se forma. c) El principio de contradicción entre las partes desarrolla una importante función de control adicional cuando tiene por objeto influir en la valoración de las pruebas por parte del juez. Es la posibilidad para las partes

⁴ GIABARDO, Carlo V., “El modelo oral en el proceso civil: entre historia y actualidad”, *op. cit.*, p. 33.

⁵ PROTO PISANI, Andrea, *Lecciones de derecho procesal civil*. Palestra, Lima, 2018, pp. 203-205.

⁶ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 428-431.

de intervenir y defenderse preventivamente sobre todos los aspectos de la controversia que resultan de alguna forma relevantes para la decisión⁷.

Si hacemos hincapié en la idea de una “valoración *in itinere*” FERRER BELTRÁN⁸ menciona que “*Se podría decir que hay una valoración in itinere que el juzgador realiza durante la práctica de la prueba, por ejemplo, a los efectos de determinar si es necesario ordenar una nueva prueba (de oficio o a instancia de parte) sobre la fiabilidad de una ya practicada, o una nueva prueba que verse sobre un extremo de alguna de las hipótesis en conflicto que no ha sido suficientemente acreditada. [...] esta valoración in itinere tiene por objetivo detectar insuficiencias en el peso o riqueza en el conjunto de elementos de juicio a los efectos de resolverlas*”.

En ese sentido, y recapitulando, la actividad de actuación o práctica de la prueba es un momento trascendental porque permite: i) producción de la prueba mediante la exposición en la fase oral del proceso judicial; ii) participación de las partes mediante el debate sobre las inferencias empleadas en el razonamiento de las pruebas; iii) participación de los y las juezas a través de la aclaración de algún o algunos aspectos expuestos por los medios de prueba que se están actuando. Estas actividades permitirán que se aprecie la fiabilidad de los medios de prueba.

4. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN COMO HERRAMIENTA EPISTÉMICA

Se ha identificado al principio de contradicción como uno de los pilares del proceso judicial que tiene lugar en la fase oral del proceso (juicio). La doctrina lo ha reconocido como un “principio controlador de la actividad procesal”⁹ en tanto se ejerce a través de la oposición de argumentos y razones entre las partes sobre las cuestiones introducidas que constituyen el objeto de prueba, facilitando el control de la actividad de la parte contraria mediante la exposición de argumentos, discusión de pruebas, debate, entre otros¹⁰. En términos de FERRAJOLI es el más “*importante instrumento de impulso y control del método de prueba acusatorio, consistente en la contraposición entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes*”¹¹. Para IGARTUA el principio de contradicción es una garantía epistemológica para la determinación de la verdad de los enunciados fácticos a probar¹².

El principio de contradicción ha sido considerado como aquel que permite la confrontación directa de las partes respecto a las pruebas presentadas, mediante el ejercicio del derecho de defensa a través de la contradicción y asumiendo al proceso como un escenario de confrontación *únicamente* entre las partes. El problema de esta concepción es que limita el rol del juez al de un órgano pasivo y observador del proceso lo cual no es correcto si se pretende obtener la mayor información para reconocer un medio de prueba fiable y además realizar adecuadamente la valoración.

⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 28 y 29.

⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 91.

⁹ BAYTELMAN, Andrés, “El juicio oral”, en VV. AA., *Nuevo proceso penal*, Lexis Nexis, 2000, p. 249.

¹⁰ NEYRA FLORES, José Antonio, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Idemsa, Lima 2015, p. 516.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 613.

¹² IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Palestra, Lima, 2009, p. 162.

Interpretar el contradictorio únicamente como un conflicto o combate dialéctico entre las partes del proceso involucra que no se respeten las garantías mínimas que debe ofrecer toda actividad probatoria; por lo que, si la contradicción es concebida como una lucha entre partes, estas pueden utilizar con toda libertad cualquier método (legítimo o no) para ingresar prueba nueva alegando su desconocimiento o incluso para ocultar pruebas o para interponer obstáculos procesales. Ello implicaría que el empleo de la contradicción desde esta perspectiva no permitirá el desarrollo de un proceso justo y, por el contrario, alentaría la mala fe procesal.

Desde una concepción epistémica del proceso, como la asumida por el profesor italiano TARUFFO, *“el contradictorio ha de ser entendido como un método de formación de la prueba que aspira a asegurar, mediante la confrontación de las posiciones, informaciones y argumentaciones diversas proporcionadas por las partes, la plenitud y fiabilidad del procedimiento probatorio y de los criterios de decisión sobre los hechos”*¹³.

Entonces, la contradicción debe ser entendida como un método de adquisición de conocimiento e información requerida para determinar o esclarecer los hechos objeto de prueba, pero además como instrumento que garantiza la igualdad de armas en el desarrollo del proceso judicial, esto es, como una herramienta cognoscitiva¹⁴.

Las distintas pruebas o elementos de juicio deben cumplir una función corroboradora de los aspectos que integran la hipótesis fáctica que se pretenda probar¹⁵. El modo de implementar jurídicamente mecanismos que faciliten dicha corroboración es el denominado principio de contradicción. Así, este principio permite los siguientes controles probatorios¹⁶:

- i. Un control sobre la correcta aplicación de las reglas epistemológicas y jurídicas sobre la admisión probatoria.
- ii. La práctica de la prueba de forma contradictoria.
- iii. La posibilidad de proponer pruebas contrarias a las ofrecidas por la otra parte procesal, de modo que permita vencer y/o corroborar una hipótesis fáctica distinta e incompatible.
- iv. La posibilidad de proponer pruebas de segundo orden (prueba sobre prueba) que impugne la fiabilidad de pruebas ofrecidas por la otra parte.

5. PERICIA Y CONTRADICCIÓN

Como he referido, la normativa no es muy abundante en cuanto a la práctica de la prueba pericial, menos en clave del principio contradictorio, pues lacónicamente señala que el dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas (por la complejidad se puede abrir una audiencia especial) momento en el que podrán ser observadas (sin perjuicio de

¹³ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 428.

¹⁴ VÁZQUEZ ROJAS, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, op. cit., p. 187.

¹⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 86.

¹⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., pp. 87 y 88.

fundamentar o ampliar los motivos de sus observaciones mediante escrito que debe presentarse en un plazo de tres días de realizada la audiencia).

Esto no favorece la contradicción en los términos que la he presentado, pues ya no solo importa la simple oportunidad de contradecir, sino lo que importa es tener un espacio para obtener información de alta calidad supliendo las deficiencias que se pudieran presentar para hacer llegar al juez una información tan especializada.

Para ello tenemos que abordar tres aspectos importantes para la contradicción, a efectos de establecer qué es lo mínimo que el ordenamiento procesal debe ofrecer para regular una contradicción en mejor forma: la oportunidad de la contradicción, la actuación de las partes y los poderes del juez.

5.1. El dictamen y examen del perito

Como condición esencial para lograr obtener información de alta calidad es que se cumpla con el examen del órgano de prueba que corresponde a la prueba pericial. Si bien en algún momento se pensó que el aspecto documental era lo esencial de este medio de prueba¹⁷, ello no es así como pasaré a explicar.

La prueba pericial tiene un carácter complejo implica una parte documental que corresponde al dictamen pericial que el perito prepara y en el que plasma la actividad realizada sobre la base de su experticia. Al respecto, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 4-2015/CJ-116, señaló que la prueba pericial tiene un aspecto documental referido a la redacción de los métodos usados para llegar a la conclusión que se presenta respecto del objeto peritado –que está precedido de la actividad perceptiva y analítica del perito–. Además, necesita de un órgano de prueba, el cual es necesario que comparezca al juicio y explique el significado de su pericia –este aspecto define su carácter de prueba personal, en cuanto declaración de conocimiento del perito–.

El documento que contiene el dictamen del perito debe tener un mínimo de información, desafortunadamente el CPC no hace referencia a este contenido, a diferencia del ámbito penal¹⁸. El perito deberá explicar, sobre todo, aquellos datos que otorgan fiabilidad a la pericia, el análisis de los objetos que fueron materia de pericia (situación, estado de hechos, personas, cosas), el encargo u objeto de la pericia, para determinar su pertinencia y aporte al caso, así como se llevó a cabo el encargo y el uso de criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen.

No basta con la lectura del documento pericial para poder ingresar la información al proceso, sino que, por su alta especialidad se requiere que el perito explique directamente al juez aquellas partes que puedan ser muy técnicas. Ese espacio que se produce, en el que se advierte la interacción entre el perito, las partes y el juez es aquello que favorece la contradicción a efectos de tener información de alta calidad.

¹⁷ DUCE, Mauricio, *La prueba pericial. Aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios*, ediciones Dido, 2013, p. 100.

¹⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 147.

Por ello, DUCÉ¹⁹ ha señalado que en principio solo es prueba aquella que es presentada a juicio en un formato que respete los principios de inmediación, contradicción y publicidad. A la luz de esta concepción es claro que la prueba a presentar en el juicio debiera ser ingresada por el perito para prestar declaración sobre las operaciones realizadas, las opiniones y conclusiones a las que ha arribado en el caso concreto.

El informe escrito, en cambio, no constituye prueba y no puede sustituir la comparecencia del perito a juicio. En ese sentido, VÁZQUEZ ROJAS²⁰ señala que el principio de contradicción como herramienta cognoscitiva del juzgador sobre un dictamen pericial aportado por una de las partes constituiría básicamente en que los jueces y tribunales formulen al perito de parte todos aquellos cuestionamientos sobre el contenido de este, incluso desafiando la información ahí presentada que le lleven a comprender lo que se afirma.

5.2. El aporte de la parte

Una vez establecido el presupuesto necesario para la contradicción, es necesario hacer referencia al núcleo de la contradicción, esto es, la actividad de las partes, pues, como señala TARUFFO, el principio de contradicción puede funcionar como instrumento de control sobre la utilización de las pruebas por parte del juez y sobre su valoración, en ese sentido, la deducción de pruebas contrarias tiende a ofrecer elementos de confrontación y de contradicción respecto del resultado de pruebas positivas; precisamente, esta posibilidad de confrontación supone una posibilidad de control, dado que la verificación de la aceptabilidad de una prueba se realiza mejor contrastándola con una prueba contraria²¹. De esta forma la contradicción puede ofrecer realmente al juez los elementos para una valoración racional: las partes pueden influir en las elecciones del juez, dirigiéndola sobre los caminos de la racionalidad y no sobre los del subjetivismo incontrolado²².

La actividad de las partes es muy importante, pues ellas aportan hechos y pruebas, sobre todo en los procesos dispositivos, por ende, es una carga valiosa para sus intereses, de ahí que la contradicción en la formación de las pruebas no solo tiene únicamente una función formal de “complementar” la implementación de la garantía de defensa, sino también, y especialmente, la de hacer que la actividad de las partes sirva para verificar *in itinere* la calidad de la prueba que se forma²³.

Respecto de la actividad del perito, resulta útil epistemológicamente el interrogatorio cruzado de los declarantes, de modo que las dos partes puedan preguntar sobre la información que pueda apoyar sus respectivas hipótesis y poner a prueba la fiabilidad de lo declarado y del declarante²⁴.

¹⁹ DUCÉ, Mauricio, *La prueba pericial. Aspectos legales...*, op. cit., pp. 101 y 102.

²⁰ VÁZQUEZ ROJAS, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, op. cit., pp. 187 y 188.

²¹ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 429.

²² TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 434.

²³ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 428.

²⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 88.

En ese sentido, señala BUJOSA VADELL²⁵, uno de los elementos de un proceso justo en el sentido del artículo 6.1 CEDH es el carácter contradictorio del mismo, de modo que cada una de las partes debe, en principio, tener la facultad no solo de hacer conocer los elementos que son necesarios para la presentación de la defensa y el éxito de su pretensión, sino también de conocer y discutir cualquier documento o alegación presentada ante el juez con el fin de influir sobre la decisión del tribunal.

5.3. Los poderes del juez y necesidad de la pericia

El juez necesita la racionalidad de las partes para tomar decisión con base 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, racional²⁶.

Si bien es importante la presencia del perito en el juicio y la actividad de las partes por las importantes funciones que cumplen para que el juez se acerque a la realidad de los hechos, ocurre que en muchos casos esto no basta, la información técnica y científica puede ser tan especializada que, a pesar de los esfuerzos de las partes, la información aun no sea clara para el juez.

El juez no es un especialista en todos los campos del saber, es un profesional del Derecho, de ahí la importancia de pruebas como la pericial para ilustrarlo, pero, como he señalado, podría ocurrir que las partes orienten su interrogatorio hacia aspectos que el juez no considere totalmente relevantes para resolver el caso, lo que ocasionaría que se deje un vacío de información.

En un sistema donde el juez solo fuera un árbitro no se podría exigir más, tendría que resignarse a este vacío y resolver sobre la base de la regla de juicio de la carga de la prueba. Pero nuestro sistema procesal no funciona de este modo, por el contrario, el juez tiene un compromiso con la verdad y, por ende, cuenta con facultades para proveerse de datos e información para el esclarecimiento de los hechos.

La contradicción debe buscar una igualdad sustancial a través de la actividad oficiosa del juez, en ese sentido, se debe propiciar la participación de los o las juezas a través de la aclaración de algún o algunos aspectos expuestos por los medios de prueba que se están actuando. El principio de contradicción es la vía necesaria para que el rol del juez no se identifique al de un órgano pasivo y espectador del proceso.

Por ello, como bien lo sostiene Carmen VÁZQUEZ, sería adecuado e instructivo que se prevea la posibilidad de la presencia de los órganos jurisdiccionales en determinadas operaciones periciales. Así como disponer una audiencia adecuada para el ejercicio del principio de contradicción, sin limitar las preguntas a cuestionarios cerrados y menos aún, a preguntas concretas, ni impedir la participación en el interrogatorio de los peritos de las partes ni del juez. En congruencia con lo anterior, debe establecerse la práctica conjunta, al menos de las pruebas periciales y adicionalmente, mecanismos para

²⁵ BUJOSA VADELL, Lorenzo, "La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.), *Peritaje y prueba pericial*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 59.

²⁶ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 435.

gestionar los posibles desacuerdos entre peritos²⁷. El juez debe asumir un rol dinámico, sobre todo cuando se trata de una prueba pericial de parte, ahí se enfatiza la necesidad de que el juez tenga la posibilidad de preguntar todo aquello que resulte conducente a la mejor comprensión de lo afirmado, en cambio, cuando el experto sea de confianza del juez, se enfatiza el contradictorio como garantía del control de las partes en la conformación y confección de las pruebas.

En otro trabajo, la citada profesora mexicana indicó que²⁸ *“Si asumimos que los jueces deben comprender las pruebas presentadas para tomar una decisión racional, entonces, lo mejor que puede pasar a las partes es que los jueces resuelvan sus dudas durante la práctica de las pruebas y no que, habiéndose quedado con ellas, las satisfagan preguntando a una persona experta de su confianza o incluso consultando otras fuentes que, evidentemente, las partes desconocerán y no tendrán ninguna posibilidad de contradecir. Los jueces deberían entonces tener la posibilidad de plantear preguntas aclaratorias sobre el contenido del informe pericial y sobre lo dicho en la deposición de las personas expertas”*.

Como se advertirá, esta visión epistemológica del principio de contradicción aplicada a la actuación de la prueba pericial rompe con los moldes en los cuales está circunscrita la normativa del CPC e incluso el nuevo proyecto del citado texto legal, pues enfoca mayor relevancia en la calidad de la información que se pueda obtener a través de la práctica de la prueba que en el ritual mismo de dicha fase procesal.

En ese sentido, la normativa resultaría insuficiente, además de que los fines que subyacen a ella no se hallan en consonancia con los actuales avances en este campo de conocimiento.

6. EL DEBATE PERICIAL

El debate pericial o confrontación de peritos se encuentra regulado tanto en la normativa procesal civil como en la penal, su desenvolvimiento concierne al momento procesal de la práctica de la prueba y es que es muy frecuente el contraste de opiniones. Así, normalmente, cuando hay más de un perito –de cada parte procesal– estos no llegan a las mismas conclusiones, por lo que se discute a cuál de los peritos habría que otorgarle mayor fiabilidad, cuál de todos tiene la información idónea para resolver de mejor forma el caso que se presenta.

En algunas regulaciones se recurre al perito tercero en discordia, que consiste en llamar a un tercer experto que se pronuncie sobre lo que han dicho y hecho las personas expertas que desacuerdan, incluso puede emitir un tercer dictamen que no considere lo anterior. Como este tercero es normalmente nombrado por el juez, genera una deferencia en este tercero simplemente por el hecho de ser oficial²⁹. Sin embargo, el darle valor a un perito no puede depender únicamente del factor numérico o cuantitativo, es decir, el

²⁷ VÁZQUEZ ROJAS, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, op. cit., p. 282.

²⁸ VÁZQUEZ ROJAS, Carmen (Coord.), *Manual de prueba pericial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022, p. 133.

²⁹ VÁZQUEZ ROJAS, Carmen (Coord.), *Manual de prueba pericial*, op. cit., p. 135.

valor de la pericia no puede estar en función de si un tercero experto se suma a la conclusión de alguno de los peritos.

En España los profesores PICÓ I JUNOY y ABEL LLUCH³⁰ han propuesto modificar su Ley de Enjuiciamiento Civil del siguiente modo: *“Todo perito debe comparecer en el acto del juicio o la vista para ratificar el dictamen pericial cuando así lo acuerde el Tribunal o a instancia de parte, si el Tribunal lo considera conveniente.*

En dicho acto, las partes y el Tribunal podrán interesar del perito, las explicaciones y aclaraciones oportunas, así como la ampliación del dictamen a puntos conexos.

De haberse interesado en la comparecencia de varios peritos, se podrá practicar un careo entre todos ellos bajo la supervisión del tribunal que dirigirá el acto y cuidará por el debido orden y contradicción”.

En nuestra regulación procesal civil no hay referencia esta posibilidad, pero en el procesal penal en el artículo 181 del CPP se señala: *“1. El examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostiene. Tratándose de dictámenes periciales emitidos por una entidad especializada, el interrogatorio podrá entenderse con el perito designado por la entidad.*

2. En el caso de informes periciales oficiales discrepantes se promoverá, de oficio inclusive, en el curso del acto oral un debate pericial.

3. En el caso del artículo 180.2, es obligatorio abrir el debate entre el perito oficial y el de parte”.

Es decir, la metodología que el ordenamiento procesal penal peruano prefiere es la del debate entre peritos, se requieren precisiones adicionales a efectos de que el debate se centre en lo que es verdaderamente materia de duda o que requiera una mayor explicación.

Esta es la parte esencial del debate pericial sobre lo cual puede haber desacuerdo. Estos aspectos tienen relación directa con los criterios de fiabilidad de la prueba pericial, así GASCÓN ABELLÁN³¹ señala que esta depende de: *“a. La calidad técnica de la prueba; o sea, de que se haya realizado bien.*

b. Asegurar que los exámenes y análisis se han realizado correctamente: por personal cualificado, siguiendo los protocolos apropiados y rigurosos controles de calidad.

c. Que los vestigios analizados hayan sido obtenidos y conservados adecuadamente.

d. Los errores que puedan cometer las personas.

e. Controlar que los conocimientos expertos admitidos al proceso tengan un sólido fundamento es una garantía de racionalidad”.

³⁰ PICÓ I JUNOY, Joan; ABEL LLUCH, Xavier, “Reformas necesarias de la prueba pericial civil. La prueba pericial a examen”, en PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.), *Propuestas de lege ferenda*, Bosch, Barcelona, 2021, p. 317.

³¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Ciencia forense en los tribunales. Los problemas de la deferencia y el reto de la educación”, en VÁZQUEZ ROJAS, Carmen (Coord.), *Ciencia y Justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2016, pp. 358 y 359.

Entonces, se puede decir que la presencia del perito en audiencia es solo el inicio, hace falta contar con herramientas para aprovechar al máximo su comparecencia para lo cual habría que contar con tres posibilidades. En caso de desacuerdos se debe de analizar los hechos materia del dictamen, las generalizaciones teóricas, las generalizaciones metodológicas y la correcta adopción de conclusiones, caso por caso, siguiendo los avances de cada campo del conocimiento en el contexto actual, ello por cuanto permitirá analizar cómo se elaboró la inferencia y se determinará si es confiable o no este medio de prueba³².

7. CONCLUSIONES

La prueba pericial es un medio probatorio que emplea necesariamente conocimientos o saberes de índole técnica, práctica o científica que normalmente no son conocidos por los tribunales pero que son necesarios para el esclarecimiento del objeto de prueba en el caso concreto.

El principio de contradicción ya no puede ser entendido solo como la posibilidad de un conflicto o combate dialéctico entre las partes del proceso, pues ahora involucra garantías mínimas que debe ofrecer toda actividad probatoria. Desde una concepción epistémica del proceso el contradictorio ha de ser entendido como un método de formación de la prueba que aspira a asegurar, mediante la confrontación de las posiciones, informaciones y argumentaciones diversas proporcionadas por las partes, la plenitud y fiabilidad del procedimiento probatorio y de los criterios de decisión sobre los hechos.

Desde esta perspectiva es importante para poder actuar la prueba pericial que en el juicio o la audiencia de pruebas esté presente el perito, para poder extraer la mejor información, así como que las partes deben de actuar conforme a sus intereses haciendo las preguntas necesarias para darle información de calidad al juez; por último, se debe otorgar amplias facultades al juez para que la información que reciba sea aprovechada, si luego de la exposición del experto tuviera dudas debería poder preguntar al experto en la misma audiencia y esclarecer o ahondar dichos puntos, de tal forma que las otras partes puedan luego hacer preguntas en ese sentido.

En el caso de que existan pericias con contenidos contradictorios nuestro sistema procesal prevé el debate pericial, pero este no debe ser tratado de forma prolija, puesto que solo sería una especie de espectáculo sin que sirva para el fin de esta actuación: proporcionar información de calidad al juez. Por ello, el debate debe estar sobre todo centrado en los desacuerdos entre los peritos, sobre todo. Entonces, en caso de desacuerdos corresponde analizar los hechos materia del dictamen, las generalizaciones teóricas, las generalizaciones metodológicas y la correcta adopción de las conclusiones. Ello por cuanto esto incidirá en la fiabilidad de la prueba pericial.

³² SÁNCHEZ CÓRDOBA, Juan Humberto, “La valoración de la prueba pericial”, en PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.), *Propuestas de lege ferenda*, Bosch, Barcelona, 2021, p. 675; Acuerdo Plenario N.º 4-2015/CJ-116.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYTELMAN, Andrés, “El juicio oral”, en VV. AA., *Nuevo proceso penal*, Lexis Nexis, 2000.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo, “La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.), *Peritaje y prueba pericial*, Bosch, Barcelona, 2017.
- DUCE, Mauricio, *La prueba pericial. Aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios*, ediciones Dido, 2013.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Editorial Trotta, Madrid, 1998.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Ciencia forense en los tribunales. Los problemas de la deferencia y el reto de la educación”, en VÁZQUEZ ROJAS, Carmen (Coord.), *Ciencia y Justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2016.
- GIABARDO, Carlo V., “El modelo oral en el proceso civil: entre historia y actualidad”, en ALFARO VALVERDE, Luis (Coord.), *Fundamentos de la oralidad en el proceso civil*, Jurista Editores, Lima, 2021.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Palestra, Lima, 2009.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista Editores, Lima, 2012.
- NEYRA FLORES, José Antonio, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Idemsa, Lima 2015.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- PICÓ I JUNOY, Joan y ABEL LLUCH, Xavier, “Reformas necesarias de la prueba pericial civil. La prueba pericial a examen”, en PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.), *La prueba pericial a examen: propuestas de lege ferenda*, Bosch, Barcelona, 2021.
- PROTO PISANI, Andrea, *Lecciones de derecho procesal civil*. Palestra, Lima, 2018.
- SÁNCHEZ CÓRDOBA, Juan Humberto, “La valoración de la prueba pericial”, en PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.), *La prueba pericial a examen: propuestas de lege ferenda*, Bosch, Barcelona, 2021.
- SANJURJO RÍOS, Eva, *La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración*, editorial Reus, Madrid, 2013.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2011.
- VÁZQUEZ ROJAS, Carmen (Coord.), *Manual de prueba pericial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022.

VÁZQUEZ ROJAS, Carmen, “¿Cómo mejorar la regulación sobre la(s) prueba(s) pericial(es)? Un marco para incentivar la comprensión judicial de las afirmaciones periciales”, en PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.), *Peritaje y prueba pericial*, Bosch, Barcelona, 2017.

VÁZQUEZ ROJAS, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

PSEUDOMUTAÇÃO EPISTÊMICA: A ESTRANHA (E INJUSTIFICÁVEL) VARIAÇÃO DAS FORÇAS E FUNÇÕES LÓGICAS DOS TESTEMUNHOS DEPENDENTES DA MEMÓRIA EM UM PROCESSO

Gabriel Rigueti
Professor Ajudante de Direito Processual
Universidade de São Paulo

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como escopo principal avaliar a estranha mutação, segundo a sistemática processual, das funções e valores lógico-epistêmicos que uma mesma proposição objeto de um testemunho dependente da memória sofre (ou, para os processualistas clássicos, sofreria) ao longo do arco procedimental apenas e tão somente porque os códigos assim dispõem que seja.

A intenção, como se verá, será a de demonstrar que, a despeito da manutenção do conteúdo informacional de T – e, conseqüentemente, de P por ele veiculada –, as narrações, apenas por imposição legal, passam de hipóteses a elementos de (auto)corroboração; de “provas fortes” a elementos de menor “força probatória”, tudo a depender de sua qualificação dada pelo legislador processual; de um indiferente epistêmico a um elemento importante de suporte lógico-proposicional condicionado a quem o formula, fenômenos esses que vêm sendo e serão tratados sob a expressão “pseudomutação epistêmica”. A ideia, portanto, será a de demonstrar a irracionalidade sistêmica, despercebida e aceita sem criticidade pela visão clássica do direito probatório, que, se encarada por uma óptica racional e epistemológica da prova, não apresenta justificativas.

Far-se-á, para a empreitada, uma divisão entre processo penal e processo civil. Embora o raciocínio seja o mesmo, crê-se que, em termos didáticos, a separação proporcionará ganhos em termos de clareza das ideias.

2. O FENÔMENO DA PSEUDOMUTAÇÃO EPISTÊMICA NO PROCESSO PENAL

O Processo Penal – mas não só ele – é muitas vezes precedido de uma fase administrativa investigatória que tem como escopo, ainda que de maneira limitada, conhecer elementos de uma dada circunstância fática que poderiam configurar um delito. Não se busca aqui

formular maiores críticas quanto à dispensabilidade ou não do procedimento investigatório para a propositura da ação penal. Ao que tudo indica, “a doutrina, tradicionalmente, atribui dispensabilidade ao procedimento investigatório, considerando que tanto o Ministério Público, nas ações penais públicas, quanto o particular, nas ações privadas, podem oferecer denúncia ou queixa com base em outros elementos de convicção”¹. O que chama atenção, porém, é justamente a expressão “elementos de convicção”.

Embora seja comum atribuir aos procedimentos investigatórios o objetivo de apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das supostas infrações penais, o que aponta claramente para a natureza cognitiva de tal atividade, alguns doutrinadores alegam que os elementos de informação ali colhidos seriam “destinados à formação da *opinio delicti*” (p. 65), misturando, também aqui, conhecimento de proposições com estados psíquicos dos agentes cognoscentes no âmbito investigativo.

Ora, se o procedimento de investigação tem caráter epistêmico e é destinado à formação (abdução) e corroboração (indução) de proposições acusatórias, então o que se impõe é a necessidade de fixação de um umbral de suficiência corroborativa que deve ser observado pelo autor da demanda penal, seja ele o Ministério Público ou o particular, para dar seguimento à demanda. Se tal standard não for superado, qualquer formulação de acusação ou de queixa crime carecerá de condições mínimas para prosseguir. A opinião do titular da ação quanto às circunstâncias, à autoria e à materialidade, portanto, são irrelevantes e o debate, portanto, sobre a prescindibilidade de tal procedimento investigatório é muito mais casual, isto é, se antes de seu início já há elementos de juízo suficientes a favor de P, do que propriamente legislativo processual. O tema dos standards probatórios não é o objeto principal deste trabalho. Todavia, para as presentes linhas, o caráter epistêmico dos procedimentos investigatórios é fundamental e não pode ser ignorado.

Feitas tais observações iniciais a título de premissas, pode-se agora enfrentar o tema das proposições ao longo do arco procedimental do inquérito. Sabe-se que uma das modalidades pelas quais um inquérito é iniciado é aquela que a doutrina classifica como “de cognição mediata”, situação na qual a autoridade policial é informada sobre uma possível conduta delituosa por meio de uma comunicação formal por escrito. A chamada *notitia criminis* pode ser uma requisição do juiz ou membro do Ministério Público (art. 5º, inciso II, CPP), a requerimento da vítima ou do ofendido (art. 5º, §§ 4º e 5º, CPP) ou ainda por qualquer pessoa do povo (art. 5º, § 3º, CPP). Seja quem for que noticie a conduta potencialmente delituosa, fato é que a mencionada comunicação escrita se consubstancia em um conjunto de atos ilocucionários descritivos, em que o autor busca conformar suas palavras ao mundo com a intenção de representar um evento do plano fenomênico. A *notitia criminis*, pois, é um grupamento de proposições, isto é, uma agregação de portadores de verdade articulados entre si para representar um estado de coisas.

Toma-se um caso hipotético como exemplo. Imagina-se a circunstância fática em que “Pedro roubou o celular de João com uma faca”. João (a pretensa vítima), Rafael (um qualquer do povo que tenha presenciado o suposto evento), ou mesmo um juiz ou um

¹ MARINHO JÚNIOR, Inezil P., *Processo penal nos crimes federais*, Juspodivm, Salvador, 2022, p. 55.

promotor, que tenha tido contato com tal informação de outra maneira, formulam uma notícia de crime em que se descreve que “Pedro roubou o celular de João com uma faca” (P). No caso de Rafael: “Pedro roubou o celular de João com uma faca” (P1). No caso de João: “Pedro roubou meu celular com uma faca” (P2). No caso do juiz/promotor: “Pedro roubou o celular de João com uma faca” (P3). Sabe-se que $P1=P2=P3$, a despeito das variantes enunciativas. O mesmo pode ocorrer em situações como “Um homem de blusa azul roubou meu celular” (P4), executada por João, em que “um homem de blusa azul” referencia Pedro, ainda que não identificado como tal pela vítima, e o pronome possessivo “meu” referencia João. Ou, ainda, “Um homem de camisa azul roubou o celular do rapaz de camisa verde com uma faca” (P5), executada por Rafael, sendo que “um homem de camisa azul” referencia Pedro e um homem de camisa verde referencia João. Logo, $P1=P2=P3=P4=P5$, ainda que os atos enunciativos se distingam entre si².

Pois bem. Qualquer que seja o formato enunciativo da proposição P, o delegado irá aceitá-la como uma proposição hipotética e, portanto, com grau cognitivo zero sobre ela. Em outros termos, a autoridade policial irá encará-la, em termos processuais, como um objeto de prova, como uma linha de investigação que deverá ser corroborada e tomada como base para uma possível denúncia/queixa ou, em caso de elementos de juízo contrários a P (ou seja, a favor de $\neg P$), descartada.

Passo subsequente, em regra, as autoridades policiais convocam testemunhas e vítimas para prestarem depoimento. Terceiros e/ou envolvidos vão até a autoridade policial e, se coerentes, declaram novamente P (P1 ou P2 ou P4 ou P5 ou, ainda, P6, P7, P8, todas iguais a P). Qualquer que seja o formato enunciativo da proposição P formulada no depoimento, o delegado, agora, diferentemente do comportamento cognitivo anterior, irá aceitá-la como um indício de P. A única explicação para tal (pseudo)mutação epistêmica é o fato de que os operadores do direito, nesse caso hipotético a autoridade policial, baseiam-se unicamente na literalidade do código e das normas reguladoras do inquérito e do processo, que, ao tratar da *notitia criminis*, afirma ser ela uma mera hipótese, ao passo que coloca depoimentos e testemunhas no capítulo sobre as provas, independentemente do conteúdo informacional de T.

De maneira bastante surpreendente, mas na linha do equívoco positivista acima narrado, vítima e terceiros podem ser – e geralmente são –, durante a fase instrutória da ação penal, chamados novamente para formular testemunhos, agora perante o juiz. Não obstante o tempo e as diversas variáveis de contaminação das memórias apontadas pela psicologia do testemunho, fatores que afetam demasiadamente a qualidade epistêmica das narrações, agora, reproduzida na fase processual, os agentes de fala veiculam uma vez mais P. Contudo, qualquer que seja o formato enunciativo da proposição P formulada, o juiz, diferentemente do comportamento cognitivo do delegado, irá aceitá-la como uma prova de P.

O processo, ao que parece, é o único cenário cognitivo em que se aceita, sem questionamentos, a corroboração da hipótese por mera repetição no tempo, isto é, concebe como “possível” uma autocorroboração de P pelo simples desenvolver do procedimento. Para os Tribunais brasileiros, por exemplo, nenhum alerta epistêmico é

² SEARLE, John R., *Os atos de fala*, Almedina, Coimbra, 1981, pp. 37-72.

aceso em circunstância como: *“palavras das vítimas, dando conta de que os acusados desparafusaram o vidro do muro da residência e na sequência, destruíram a fechadura da porta de trás da casa para nela adentrar, fato este corroborado com as palavras dos policiais que estiveram no local”*³. Vítimas declaram P. Policiais declaram P. Testemunhas declaram que P. Logo, por repetição, “está provado” que P.

Difícil imaginar, apenas como exercício filosófico, que laboratórios farmacêuticos e universidades, na busca por uma vacina eficaz, corroborem a proposição “a vacina X é eficaz contra a doença Y” somente com a repetição proposicional. Que um físico, diante de uma nova teoria, repita-a incansavelmente em momentos distintos para que ela esteja provada. Que químicos, ao propor uma nova tradição de pesquisa, se satisfaçam com a mera reprodução por seus pares de que TP. Contudo, no processo, nenhum problema parece haver nesse sentido. Apenas e tão somente porque o legislador regulou P em vários capítulos do código, P pode ser hipótese, elemento de informação frágil (indício) e elemento de informação forte (prova), sem que haja, contudo, qualquer alteração informacional de seu conteúdo, bastando que o momento procedimental seja distinto, independentemente, pois, da existência ou não dos elementos necessários para uma justificação indutiva.

Além da pseudomutação sofrida no interior de um mesmo processo, a jurisprudência, em clara confusão conceitual e permeada pela ideia de livre convencimento, acaba por, em abstrato, dar valores distintos a um mesmo meio de prova a depender do tipo de delito que se está buscando conhecer. Em franca rota de colisão com o equivocado mantra da inexistência de hierarquia entre meios de prova assumido por muitos processualistas, os tribunais, nos últimos anos, têm afirmado com alguma frequência que *“nos delitos de natureza sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado”*⁴. A afirmação dá a entender que um mesmo testemunho veiculando uma mesma proposição, se feito no bojo de uma ação penal que tenha como objeto um delito sexual, teria mais “valor probante” do que se formulado em demandas com outros delitos como objeto.

É de se notar que tal visão somente é possível se adotada uma concepção retórica da prova. Em demandas mais sensíveis, um mesmo elemento de informação poderá sensibilizar mais o julgador, convencendo-o mais facilmente. Se adotada a visão racionalista, então a posição acima transcrita padece de uma grande confusão. Ela mistura a ideia de um rebaixamento de um standard probatório com a força indutiva dos testemunhos. Em ações penais que envolvam crimes sexuais, talvez a jurisprudência, de maneira intuitiva, esteja tentando defender que o standard deveria ser mais baixo que em ações com crimes de outra natureza. Pela dificuldade de se corroborar as proposições acusatórias devido à ausência de outros elementos de informação, então o umbral de suficiência corroborativo deveria ser menor.

Não cabe aqui entrar em debates sobre a conveniência ou não em se rebaixar o standard para facilitar a condenação em tais delitos (inclusive com o consequente aumento de falsos positivos). O que importa destacar para o objeto é que, segundo se depreende do

³ STJ, EDcl no AgRg no HC 697873 / SC, Relator Ministro Jesuíno Rissato – Desembargador Convocado do TJDFT, Quinta Turma Julgadora, j. 08.02.2022.

⁴ STJ, AgRg nos EDcl no Ag em RESP N. 1.935.727 – PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16.11.2021.

entendimento jurisprudencial, um mesmo testemunho teria valores distintos, independentemente se seu conteúdo informacional, a depender da demanda penal em que inserido, o que é epistemicamente absurdo⁵.

Destaca-se, outrossim, que a visão de mutação interprocessual, em regra, conta como apoio da ideia de mutações internas:

“3. É cediço por este Tribunal Superior que a palavra da vítima, como espécie probatória positivada no art. 201 do CPP, nos crimes praticados - à clandestinidade - no âmbito das relações domésticas ou nos crimes contra a dignidade sexual, goza de destacado valor probatório, sobretudo quando evidencia, com riqueza de detalhes, de forma coerente e em confronto com os demais elementos probatórios colhidos na instrução processual, as circunstâncias em que realizada a empreitada criminosa.

4. In casu, tais circunstâncias foram aquilatadas pelas instâncias ordinárias mediante cotejo entre as declarações prestadas pelas duas vítimas, nas fases policial e processual, pelos depoimentos das testemunhas, da mesma forma e, ainda, a teor do laudo psicossocial, elementos de convicção aptos e declinados à manutenção do édito condenatório”⁶.

Além das equivocadas regras inferenciais da coerência e detalhamento do relato, ambas já refutadas em termos lógico-epistêmicos pela doutrina que se dedicou ao tema⁷, o dito “confronto com os demais elementos probatórios colhidos na instrução processual” se dá entre relatos dependentes da memória e relatos dependentes da memória, isto é, pelo fenômeno da autocorroboação por repetição proposicional. Em casos penais, a *notitia criminis* possui, como já dito, proposições com *status* de hipóteses a serem provadas (objeto de prova), com grau cognitivo zero. Após depoimento para a polícia, as mesmas proposições se tornam indícios que darão sustento às proposições ministeriais acusatórias. Sequencialmente, agora em juízo, a repetição, somada às proposições iguais ou similares de terceiros, em um conjunto coerente, corroborarão a si próprias, já que, essas últimas, segundo o código, são “elementos de convicção aptos e declinados à manutenção do édito condenatório”, e não mais meras hipóteses.

O testemunho dependente da memória, por ausência de regras inferenciais que autorize a crer em P por meio de T, será, independentemente do momento de sua formulação, apenas e tão somente um ato ilocucionário assertivo e ser provado, não se podendo extrair dele, por si só, qualquer conclusão racional a favor de P.

⁵ Com o intuito de evitar potenciais confusões, antecipa-se que o contexto epistêmico, poderá rebaixar ou aumentar o nível de exigência para se aceitar justificadamente P como verdadeira. Em outros termos, o que varia é o standard, jamais a força corroborativa de um mesmo elemento de informação. Para aprofundamentos, ver: DEROSE, Keith, “Contextualism and knowledge attributions”, *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 52, n. 4, dec. 1992, pp. 913-929.

⁶ STJ, AgRg no AREsp 1275084 / TO, Sexta Turma, Rel Min. Laurita Vaz, j. 28.05.2019.

⁷ TARUFFO, Michele, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari, 2009, p. 88.

3. O FENÔMENO DA “PSEUDOMUTAÇÃO” EPISTÊMICA NO PROCESSO CIVIL

O mesmo fenômeno de mutação do caráter epistêmico dos testemunhos no Processo Penal estudado brevemente no tópico precedente pode, outrossim, ser observado no Processo Civil. O primeiro deles é aquele referente ao depoimento de partes.

Conforme aponta a doutrina processual clássica, o depoimento pessoal das partes seria um “*meio de prova, através do qual qualquer uma das partes pode pedir o depoimento da outra, com o objetivo de produzir prova que lhe seja útil no processo, inclusive a confissão*”⁸. A despeito da definição circular e aplicável a qualquer outro elemento de juízo, vez que toda informação trazida aos autos, como princípio, visa a produzir provas que sejam úteis a quem a aporta, fato é que o trecho transcrito aponta para pelo menos duas preocupações dos regramentos legais relativos a esse suposto meio de corroboração, quais sejam: a) quem deve requerer a sua produção, tendo um caráter de procedência, de origem; e b) buscar a confissão, apresentando, pois, um cunho de objetivo do testemunho de parte.

No que tange à primeira, a doutrina afirma que somente a parte contrária é que poderia requerer o depoimento da outra. Ele, o depoimento, seria “*dirigido contra o interrogando, no sentido de tender a extrair-lhe declarações contrárias a seu próprio interesse*”⁹. Tal característica distinguiria o depoimento da declaração de partes¹⁰, que não foi regulada pelo CPC/2015 e seria requerida pelo próprio interessado, bem como o tornaria distinto do interrogatório livre, determinado de ofício pelo juiz e que “*não tem o objetivo de constituir prova no processo (confissão), mas sim o de esclarecer o juiz sobre os fatos da lide*”¹¹.

A separação que adota o sujeito que requer o testemunho como critério é artificial e completamente ilógica em termos epistêmicos. Basta imaginar a seguinte circunstância: João, ao propor uma demanda reparatória contra José, alega em sua inicial que “o réu dirigia em alta velocidade e que não parou no semáforo vermelho, o que gerou o atropelamento do autor e, com isso, causou-lhe danos” (P). Já em sua manifestação introdutória, presumindo ser aceita a declaração de partes pelo sistema, requer que seja ele ouvido na condição de declarante. Na contestação, José nega P e requer, com o intuito de obter a confissão, que seja João ouvido como depoente. O juiz, antes de sanear o processo, convoca João e José para interrogatório livre a fim de esclarecer alguns pontos fáticos. João, então, declara a cor do automóvel, especifica sua marca, detalha o horário e então afirma que “José, em um carro vermelho, da marca W, por volta do horário do almoço, vinha pela rua em velocidade acima da permitida, que não parou no semáforo e que o atropelou, causando danos físicos a ele pelo forte impacto” (P2). José, por seu turno, volta a negar P e, diante dos questionamentos, nega P2. Em depoimento pessoal e declaração de partes, realizada na mesma audiência, João volta a declarar P2 por meio de T1, sem que confesse, pois, $\neg P$ e $\neg P2$.

Ora, embora P2 contenha maior detalhamento que P1, as proposições veiculadas por ambos os atos ilocutórios descritivos são muito parecidas. Mais do que isso. Ainda que P2 apresente mais informações que P1, por qual razão deveriam elas ser consideradas

⁸ BONIZZI, Marcelo, *Fundamentos da prova civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 111.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio C., *Prova e convicção*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 479.

¹⁰ OSTERNACK AMARAL, Paulo. *Prova por declarações de partes*, Juspodivm, Salvador, 2022, p. 45

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio C., *Prova e convicção*, op. cit., p. 479.

hipóteses (objetos de prova) e, repetidas em fase instrutórias, terem caráter de elementos de corroboração? Em termos epistêmicos, $P1 \cong P2 = T1$. A mera requisição por partes distintas e formulações em momentos sucessivos em nada altera a força epistêmica das proposições. Pelas limitações temáticas imposta pelos mais variados Códigos¹², segundo as quais a parte “*responde sobre fatos, e somente sobre fatos*”, não devendo emitir “*juízos de valor sobre tais fatos*”¹³, fatos esses que já estavam descritos nos atos ilocutórios executados na inicial e na contestação, P1 terá contornos proposicionais similares a P2, que será igual a T1.

Todavia, alguém poderia objetar alegando que o critério subjetivo deveria ser interpretado em conjunto com o objetivo específico do depoimento. Isso pelo fato de que “*se a intenção é apenas obter provas, foge à lógica que alguém queira produzir provas, em depoimento, contra suas próprias afirmações. Mesmo se forem a favor, óbvio que não serão levadas em consideração pelo juiz*”¹⁴. Destaca-se que a visão meramente processual dos testemunhos acaba por gerar reflexões, mais uma vez, circulares e apenas vinculada à lei. Fixou-se por definição (legal, doutrinária, jurisprudencial) que o depoimento serve para buscar “declarações desfavoráveis” à parte que as formulou. Se assim é, então não cabe à própria parte requerer seu depoimento, pois estaria agindo contrariamente aos seus próprios interesses. Por meio de um *insight* epistêmico ou por observação prática, a própria doutrina põe em xeque a premissa aceita, reconhecendo que, em depoimento, alguém poderá não executar nenhum ato ilocucional com conteúdo que lhe prejudique. Todavia, caso isso ocorra, os testemunhos, “*óbvio*”, não serão levados “*em consideração pelo juiz*”. Tal conclusão é completamente insustentável em termos lógico-epistêmicos e aponta exatamente para o fenômeno da pseudomutação epistêmica pelo procedimento.

Em que medida, em termos epistemológicos, estaria o juiz justificado a crer em T, sendo T contrário aos interesses de seu executor, e não crer em $\neg T$, favorável à sua tese? Apenas pelo fato da lei, por definição (que poderia ser outra), dizer que o depoimento serve apenas para obter a confissão? O início das respostas a tais perguntas pode ser encontrado na filosofia da linguagem. Os atos ilocucionários do legislador não possuem força constitutiva epistêmica. Em outros termos, pouco importa o que diz a lei sobre a capacidade de algo corroborar ou não hipóteses. Quem irá definir se um elemento de informação corrobora ou não P será a fiabilidade do seu conteúdo, a validade e consistência das regras inferenciais indutivas, a adequação da conclusão e a superação do standard fixado para aquela circunstância. Logo, ainda que o legislador regule a leitura da borra de café, por exemplo, nada alterará no campo epistêmico para o conhecimento proposicional valendo-se dela. Assim, se há razões para se crer justificadamente em T, haverá, independentemente da lei, razões para crer em $\neg T$. Ausente tais razões, nem T e nem $\neg T$ serão fontes autônomas do conhecimento.

Alguém, todavia, poderia suscitar como regra inferencial o próprio objetivo do dito meio de prova: a confissão. Sujeitos parciais narram fatos que lhes sejam favoráveis; caso

¹² Mencionadas restrições podem ser encontradas, por exemplo, nos artigos 495 do CPC e 212 do CPP, ambos brasileiros. Assim também limitam o conteúdo narratológico testemunhal os artigos 244 e 253 do *Codice di Procedura Civile* italiano, por exemplo.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio C., *Prova e convicção*, op. cit., p. 511.

¹⁴ BONIZZI, Marcelo, *Fundamentos da prova civil*, op. cit., p. 111, nota 73.

narrem algo que lhe seja prejudicial, estaria, por inferência, adotando uma posição epistêmica de narrador destacado, o que aumentaria a probabilidade de seu testemunho ser verdadeiro¹⁵. Ainda que se aceite que tal premissa por definição seja válida, ou seja, que o objetivo do depoimento seja mesmo a confissão, ainda assim o raciocínio peca por várias perspectivas.

A primeira delas é que a confissão nada diz sobre a verdade ou falsidade de uma proposição. Confessar é assumir subjetivamente um valor de verdade ou falsidade contrário àquele anteriormente atribuído a uma mesma proposição; é desalinhar a posição psíquica do sujeito narrador com aquilo que fora manifestado quanto ao seu estado de crença anterior. Isso nada diz sobre a correspondência da proposição veiculada pelo ato ilocutório descritivo e sua referência. Tais afirmações não são estranhas ao sistema jurídico. Basta olhar os casos, por exemplo, da delação premiada e da insuficiência da confissão para a condenação penal (arts. 158, 197, 198, 199 e 200, todos do CPP brasileiro). Não importa que o sujeito assera algo contrário à sua tese jurídica: a predicação justificada de verdade deverá ser buscada.

Disso surge o segundo equívoco: a simples alteração da predicação de verdade feita por um determinado executor de ato de fala não tem, repisa-se, força constitutiva epistêmica. O sujeito interessado pode dispor de direitos materiais. Atos de fala que assumam um direito ou deles disponha têm efeitos constitutivos diretos no plano jurídico. Todavia, assumir, transigir, abnegar ou qualquer outra intencionalidade ilocucional não afetará a relação entre atos de fala descritivos e o mundo¹⁶. A confissão de um direito poderá municiar o juiz a, quanto à premissa jurídica, proferir uma sentença desfavorável ao agente confesso, mas as (ausências de) razões para crer justificadamente em T ou $\neg T$ serão sempre as mesmas. Ninguém tem capacidade de dispor do valor de verdade proposicional.

Ademais, importante destacar que a mera contradição entre proposições nada diz sobre seu valor de verdade ou de falsidade. Embora a regra lógica da não contradição (LNC) aponte em termos dedutivos para a falsidade ou verdade de proposições compostas, nada dirá sobre tais valores proposicionais de suas partes individualmente. Afirmar que “Pedro matou e não matou João” (P1), por exemplo, tendo Pedro e João as mesmas referências e o verbo “matar” o mesmo sentido, por dedução disjuntiva é possível predicar falsidade à proposição completa (P1). O mesmo ocorre com “Pedro matou ou não matou João” (P2), que é dedutivamente verdadeira. Contudo, embora se possa predicar com força máxima os valores de falsidade e de verdade a P1 e P2, respectivamente, nada se pode afirmar quanto às proposições parciais de que “Pedro matou João” ou “Pedro não matou João”. Logo, se um sujeito formulou um ato descritivo favorável à sua tese por meio de um testemunho T, ao executar um outro ato de fala com sentido contrário, isto é, ao asserir $\neg T$, nenhum grau de conhecimento proposicional se terá quanto a T ou quanto $\neg T$.

Como se nota, somente baseado em uma visão subjetivista da prova e por uma análise estritamente legal é que se pode aceitar que uma proposição P formulada no bojo de uma

¹⁵ ELIAS, Norbert, *Coinvolgimento e distacco. Saggi di sociologia della conoscenza*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 89-143.

¹⁶ AUSTIN, John L., *How to do things with words*, Oxford University Press, Oxford, 1962.

inicial, com grau cognitivo zero e, portanto, tida como algo a ser provado, passe ao status de mero esclarecimento quando requisitado pelo juiz como interrogatório livre, seja lá o que signifique “mero esclarecimento” em termos epistêmicos, ganhando posteriormente caráter de elemento de juízo destinado a se autocorroborar se pedido como meio de prova pela parte contrária como depoimento pessoal e, se aceito pelo sistema, como declaração de partes se requisitado pelo próprio declarante, sendo que, para alguns, P como depoimento e P como declaração teriam valores probatórios distintos.

Entretanto, não só a proposição veiculada por um ato ilocucional descritivo executado pelas partes, segundo o sistema, mutam. A mesma coisa ocorre, por exemplo, com testemunhos dados por terceiros. Pensa-se, por exemplo, em um caso hipotético. Suponha que uma determinada empresa de energia eólica construa um parque energético em certa região do país. Pelas diversas explosões exigidas pelas construções, pelos movimentos de máquinas pesadas, bem como pelo próprio funcionamento das turbinas e dos geradores, casas populares e humildes ao entorno da construção do parque tiveram danos físicos, tais como rachaduras e destelhamentos. A empresa, ciente dos impactos de seu empreendimento, busca os moradores da região para lhes propor um acordo. Em tal proposta, consta a reforma do imóvel, a vedação acústica e cursos de micro empreendimento e educação financeira. Para dar conhecimento das ofertas aos moradores, funcionários promoveram encontros para que eles pudessem dar sugestões. Findas as reuniões, agendaram uma assembleia na qual os interessados poderiam firmar os acordos.

Contudo, um pequeno grupo de dez pessoas não aceitou os termos propostos, demandando cada um, de maneira individual, os valores ressarcitórios que entendiam devidos. Além das narrações quanto aos impactos danosos da obra, os moradores alegaram que não foram procurados pela empresa para a resolução amigável da crise (P1) e que, durante as ditas audiências, suas reivindicações não foram ouvidas, tendo sido, portanto, reuniões apenas formais para legitimar acordos desvantajosos aos moradores (P2). Embora haja um conjunto amplo de proposições e inúmeras provas a serem produzidas, o que interessa para o presente trabalho é que dois funcionários da empresa foram arrolados como testemunhas para narrar como tinha se dado o procedimento de negociação.

Em audiência na primeira demanda, o autor contradita as testemunhas arguindo a suspeição de ambas, tendo como fundamento o vínculo trabalhista existente entre elas e a empresa ré. Acolhida a contradita pelo juízo, a parte interessada requereu a oitiva de suas testemunhas como informantes, o que foi prontamente aceito pelo magistrado, que destacou que os relatos ali produzidos seriam valorados como meras informações e não como prova testemunhal.

O informante 1 asseriu as seguintes proposições: a) “Por perícia de engenharia, a empresa fixou um raio de 400 metros da área dos geradores como sendo aquela abrangida por possíveis danos” (T1); b) “Eu e a testemunha 2, como funcionários da empresa X, fomos pessoalmente em cada uma das 200 casas da região delimitada para entregar aos moradores uma minuta de acordo, convocá-los para as reuniões e entregá-lhes, ademais, o calendário de atividades” (T2); “quando não encontrávamos um morador ou responsável pela casa, voltávamos até que fosse exitosa a visita” (T3); d)

“consequimos, ao final de um lapso temporal de Y meses, falar com todos eles” (T4); e e) “durante as reuniões, todos os moradores que se alistavam tinham direito de fala, havendo a inclusão de todas as reivindicações em pauta com posterior votação de prioridades” (T5). O informante 2, com pequenas variações enunciativas, formulou suas asserções com proposições iguais às daquelas de seu companheiro de trabalho.

Nas posteriores demandas, a empresa ré arrolou as mesmas duas pessoas como testemunhas, vez que as afirmações de que não teria havido contato por parte empresa para a resolução amigável da crise (P1) e que suas reivindicações não foram levadas em consideração nas reuniões (P2) eram bases de todas elas. Contudo, entre a audiência de instrução do primeiro caso e a propositura/audiência dos demais, os dois funcionários foram desligados dos quadros de empregados da ré. A empresa, com fundamento nos princípios da efetividade e da celeridade processuais, requereu fossem trasladados os testemunhos de ambos como prova emprestada. Contudo, o juiz alegou que as partes eram distintas e, portanto, a oitiva não tinha sido feita em contraditório, motivo pelo qual manteve as diversas audiências. Como não mais tinham relações trabalhistas com a ré, tendo uma delas, inclusive, proposto uma demanda trabalhista contra a empresa, o que, segundo o magistrado, afastou por completo os motivos de suspeição anteriormente existentes, ambas foram ouvidas como testemunha, não mais como informante.

A testemunha 1, outrora informante 1, asseriu exatamente T1, T2, T3, T4 e T5. A testemunha 2, outrora informante 2, com pequenas variações enunciativas, formulou as asserções com proposições iguais. Diante de tal cenário, ignorando as dificuldades de se diferenciar os pesos retóricos que o juiz cria ser possível atribuir aos testemunhos na situação um (informantes) e nas sucessivas (testemunhas), as questões que ficam são: independentemente da posição de testemunha ou de informante, há alguma justificação epistêmica para que T1, T2, T3, T4 e T5, com mesmo conteúdo proposicional, sejam valoradas de maneira distinta? Por qual razão T1, T2, T3, T4 e T5 teriam menos força de corroboração no primeiro caso sendo que P1 e P2 (objeto de prova) são as mesmas em todas as demandas? Poderia o juiz, não tendo julgado o mérito do caso 1, valorar retoricamente T1, T2, T3, T4 e T5 como nas demais, já que os potenciais fatores de suspeição não se mostraram relevantes para a construção narratológica por partes dos declarantes?

De uma perspectiva subjetivista da prova, as explicações para a variação de “peso probatório” dos testemunhos só podem ser legais. Somente se apoiando na previsão de regulamentos legislativos distintos é que alguém poderia afirmar que se convenceu menos com testemunhos tomados como meras informações do que com os mesmos testemunhos considerados como prova testemunhal. Nem mesmo a retórica de corroboração periférica pode, nesse caso, ser minimamente consistente. Tendo uma menor “força probante” no caso de informantes, necessitar-se-ia de uma maior quantidade de elementos de informação periféricos para que se alcançasse o mesmo nível de convencimento do que no caso das ditas provas testemunhais. Sendo o cenário probatório muito similar entre as ações, o juiz não se convenceria no primeiro e estaria perfeitamente convicto nos demais? Do ponto de vista racional, tal pseudomutação epistêmica não encontra qualquer razão de ser.

Ainda quanto às testemunhas, outro caso, dentre tantos possíveis, chama a atenção. mencionando uma diferenciação entre testemunhas diretas e indiretas, BONIZZI afirma que “*esse autor trata, ainda, da testemunha de relato ex parte, ou seja, da testemunha que soube dos fatos por meio de uma das partes, cujo depoimento não tem, obviamente, qualquer valor probatório*”¹⁷. De início, importa destacar que o mencionado autor, não nega valor ao testemunho de alguém que não teve contato com os fatos (testemunha direta), tendo apenas “*tomado conhecimento desses fatos de outra forma (testemunha indireta), como por meio de conversas com outras pessoas*”. Logo, ainda que inconsciente, para essa visão da doutrina clássica, tanto o terceiro que obteve conhecimento de coisas (*knowledge of things*) por familiaridade (*by acquaintance*), quanto aqueles que possuem conhecimento de verdades (*knowledge of truths*) por descrição (*by description*)¹⁸, poderiam figurar nos autos como fonte de prova testemunhal.

Sem se questionar se de fato os terceiros sabem, isto é, se predicam valor de verdade justificadamente a uma proposição, bem como sem adentrar no tema da justificativa desse suposto conhecimento, fato é que a aceitação da dita testemunha indireta é medida de coerência que se impõe àqueles que veem no testemunho uma fonte de conhecimento autônoma. E isso por uma razão evidente. Se um terceiro não puder aprender por meio do testemunho de alguém que presenciou o fato em si, ou seja, se o sujeito que viu, ouviu, sentiu os estímulos informacionais do evento não puder “passar” o seu conhecimento para um terceiro, então não haveria razões para que ele fosse em juízo testemunhar, já que o juiz supostamente “conhece” dos fatos dessa mesma forma por descrição. Se o sujeito 1, que presenciou os fenômenos, pode “transmitir” conhecimento a um juiz por relatos, não há razões para negar que um sujeito 2 “aprenda” pelo testemunho do indivíduo 1 e, posteriormente, não possa “transmitir” esse mesmo conhecimento a um juiz. Sem tecer maiores críticas sobre a falsa ideia de “passar conhecimento por testemunho”¹⁹, o que importa aqui é que os mesmos fundamentos epistêmicos estariam em um juiz crer em P por meio de T1, seja T1 formulado por quem viu, seja por quem o reproduziu.

Voltando à dita testemunha de relato *ex parte*, algo interessante vem à luz. A negativa de “valor probatório” ao testemunho daquele que “conheceu” dos fatos por meio do relato de um dos sujeitos envolvidos na demanda estaria calcada no fato de que, havendo interesse por parte de quem narra, ao assumir a posição epistêmica de interessado, o sujeito envolvido no conflito irá lhe contar apenas parte favorável do que aconteceu, deixando de lado aquilo que lhe pode prejudicar. Formula-se um uma situação hipotética em que a futura testemunha tenha tido contato com relatos dos sujeitos envolvidos antes da formação do conflito.

Suponha que Pedro, que futuramente figurará como parte de uma demanda condenatória contra João, afirme a um terceiro, seu conhecido, que “João me deve cinco mil reais devido a um empréstimo” (P). O terceiro, desse modo, “conhece” o contrato

¹⁷ BONIZZI, Marcelo, *Fundamentos da prova civil*, op. cit., p. 162, nota 160.

¹⁸ RUSSELL, Bertrand, *Os problemas da filosofia*, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005, p. 39.

¹⁹ DE PAULA RAMOS, Vitor, *Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, p. 63.

antes que exista a lide. Todavia, instaurado e judicializado o conflito, ele é chamado para testemunhar sobre o que sabe em relação ao dito contrato. Em juízo, então, afirma que “sabe que João deve a Pedro cinco mil reais devido a um empréstimo, pois Pedro lhe contou” (T), isto é, asseverar que “sabe que P, pois Pedro lhe contou” (T). Segundo o posicionamento de BONIZZI, a proposição P formulada por Pedro não possui absolutamente nenhum valor epistêmico enquanto “causa de pedir” (que talvez venha a ser posteriormente repetida na condição de depoente). Já T, somente terá valor se o “conhecimento” se der antes da crise. Se isso ocorrer, então a afirmação de que P porque o próprio Pedro lhe disse que P valeria como prova testemunhal. T, que tem como objeto P, seria uma prova de P apenas e tão somente porque o código assim diz que é. Todavia, se a testemunha conhecer P após instaurado o processo, então, nas palavras do mencionado autor, T não teria “qualquer valor probatório”.

Pergunta-se: teriam as proposições normativas formuladas pelo legislador força constitutiva de valor epistêmico de informações? Caso o legislador afirme e regule uma fonte de informação, independentemente de qual seja, ela passaria a ser uma “prova processual”? Se a resposta for positiva, como parece sugerir a doutrina clássica, então bastaria que se enunciasse legislativamente que jogar dados, interpretar folhas de coca ou ainda ler a borra de café são meios de prova para que tais atividades passassem a sustentar as proposições fáticas de um processo. Assim, casos difíceis poderiam ser solucionados com muito mais celeridade e economia de recursos públicos. Contudo, caso a resposta seja negativa, atrelando-se o valor probatório a regras de epistemologia, notadamente quanto à validade e consistência dos argumentos inferenciais indutivos, então a aceitação da pseudomutação epistêmica pelo procedimento acima narrado não passa de um absurdo lógico.

Como se nota dos poucos exemplos acima descritos, uma mesma proposição P, no âmbito processual, passa de hipótese a elemento de sua corroboração sem qualquer justificativa epistêmica válida. Tem sua força corroborativa modificada apenas e tão somente porque o código, baseado em intuições e resquícios históricos, assim diz que deve ser. Os testemunhos, portanto, não possuem um tratamento minimamente coerente em termos lógicos indutivos. O legislador, pois, transforma o processo em um ambiente único, com uma capacidade mágica de autocorroboração proposicional que nenhuma outra área do conhecimento cogita existir. A pseudomutação epistêmica pelo procedimento, desse modo, é um fenômeno exclusivo do mundo processual, aproximando-o, não raras vezes, dos tão combatidos sistemas divinos baseados na fé de épocas remotas.

BIBLIOGRAFIA

AUSTIN, John L., *How to do things with words*, Oxford University Press, Oxford, 1962.

BONIZZI, Marcelo, *Fundamentos da prova civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

DE PAULA RAMOS, Vitor, *Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018.

- DEROSE, Keith, "Contextualism and knowledge attributions", *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 52, n. 4, dec. 1992, pp. 913-929.
- ELIAS, Norbert, *Coinvolgimento e distacco. Saggi di sociologia della conoscenza*, Il Mulino, Bologna, 1988.
- MARINHO JÚNIOR, Inezil P., *Processo penal nos crimes federais*, Juspodivm, Salvador, 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio C., *Prova e convicção*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.
- OSTERNACK AMARAL, Paulo. *Prova por declarações de partes*, Juspodivm, Salvador, 2022.
- RUSSELL, Bertrand, *The problems of philosophy*, Home University Library, New York, 1912, citado na versão em português de Jaimir CONTE (trad.), *Os problemas da filosofia*, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.
- SEARLE, John R., *Speech acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969, citado na versão em português de Carlos VOGT (trad.), *Os actos de fala*, Almedina, Coimbra, 1981.
- TARUFFO, Michele, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari, 2009.

ANÁLISIS EPISTÉMICO DEL TESTIMONIO. APROXIMACIÓN MEXICANA DESDE LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

Alfredo René Uribe Manríquez¹

1. INTRODUCCIÓN

El proceso es método, por tanto, entendido de esta forma, se visualiza como el espacio adecuado para desarrollar una línea de trabajo que nos permita llegar al establecimiento de la verdad.

Dicha verdad, valga decir, es una por correspondencia (una entre las afirmaciones de las partes y los hechos), enmarcada en la toma de una decisión justa en los términos fijados por TARUFFO.

Comprendiendo esto debemos entonces identificar, entender y desarrollar el instrumental necesario y adecuado para llegar al deseado fin del proceso.

Lo anterior evidentemente tendrá que verse reflejado en la aplicación de una norma que establece a cierto tipo de hechos una consecuencia jurídica, ya que como nos dice GONZÁLEZ LAGIER²: *“Las normas jurídicas pueden verse como instrumentos de los que dispone la o el juez para resolver los conflictos jurídicos que se le plantean. Tales normas tienen una estructura condicional que correlaciona un supuesto de hecho –que se refiere genéricamente a una clase o tipo de hechos– con una consecuencia jurídica. Las normas le dicen al juez qué decisión debe tomar si se produce un caso de un determinado tipo de hechos. Por ello, el juez debe establecer si estos hechos han tenido lugar, como paso previo para la resolución del conflicto. El Derecho, por tanto, tiene la pretensión de reaccionar con determinadas soluciones jurídicas – sanciones u otro tipo de efectos jurídicos– ante distintas situaciones que puedan darse en la realidad. Esta pretensión es fundamental para su función como guía de la conducta, resolución de conflictos y ordenación de la sociedad”*.

¹ Postdoctor en Nuevos Retos de Gobernanza Pública por la Universidad de Salamanca y Tirant Formación, España, Doctor en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Procesal Penal, Diplomado en Estudios Avanzados en Problemas Actuales del Derecho Penal y la Criminología por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España, Maestro en Razonamiento Probatorio por las Universidades de Girona, España y Génova, Italia, Maestro en Argumentación Jurídica por la Universidad de León, España, miembro del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Maestro en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Hidalgo, México.

² GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Prueba, hechos y verdad”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, SCJN, México, 2022.

En los últimos años ha tomado una creciente importancia la denominada Valoración Racional de la Prueba (VRP), cuyos esfuerzos han sido dirigidos de manera intensa y comprometida por la denominada “escuela gironí”, surgida en el seno de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona en España.

La intención de dicha escuela, y en eso estriba su gran utilidad, es, a mi entender, establecer reglas de valoración de la prueba que encaminen los esfuerzos en la materia a lograr la objetividad en la toma de decisiones de los órganos especialmente facultados para ello en el ámbito jurídico, sobre todo en la motivación que sobre los hechos tienen que realizar dichos órganos³.

Este trabajo pretende desarrollar algunas líneas de trabajo desde la gran influencia que tiene dicha escuela en el pensamiento de quien esto escribe, pero no solamente como un discurso de tipo academicista o dogmático, sino como el ofrecimiento de una posibilidad de desarrollo de temas que inciden en la práctica profesional de aquellos que nos encontramos en el “lado práctico” del Derecho, haciendo un énfasis particular en este trabajo en el Derecho Penal.

El objetivo último, será desvelar la cuestión de: ¿cuáles son las razones que nos permiten decir que una hipótesis se tiene por probada?⁴, y ¿cómo la psicología del testimonio coadyuva para ello?

Por supuesto que lo anterior refiriendo a la valoración racional del testimonio, apoyándonos en la doctrina y los posicionamientos que en México se han llevado a cabo desde el Poder Judicial de la Federación, por medio de sus tesis y jurisprudencias, sin mayor pretensión que este trabajo sirva como un esbozo a manera de estudio introductorio sobre el tema.

2. SOBRE LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

Tomando en consideración que el objetivo epistemológico de la prueba es, desde un punto de vista material, minimizar el número de errores en la determinación de hechos probados, es que partimos en este trabajo de la noción ferreriana⁵ incardinada en el modelo racional de la epistemología jurídica, que en el marco de la libre valoración de la prueba asume tres consecuencias importantes:

³ En ese sentido GARCÍA AMADO dice: “deseamos que la decisión judicial sea lo más objetiva posible, aunque no podemos negar sus componentes subjetivos, queremos que la existencia inevitable de alternativas decisorias, tanto respecto a la norma y su interpretación –entre otras cosas– como en cuanto a los hechos y la valoración –entre otras cosas– de sus pruebas, no sea la vía por la que en el fallo campen por sus respectivos las inclinaciones personales del juez o sus intereses menos presentables”, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Argumentación Jurídica, fundamentos teóricos y prácticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 49.

⁴ A ese paso que va de los medios de prueba a tener, por conducto de ellos, un hecho por probado, se le llama, precisamente, razonamiento probatorio, en el sentido de que existen suficientes razones a favor de la hipótesis de una de las partes.

⁵ Explicada de manera magistral en FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007; respecto al objetivo epistemológico planteado por ALLEN, en esa misma obra p. 100.

a.- La adscripción a la teoría racionalista de la prueba que implica:

1) La averiguación de la verdad como objetivo institucional del proceso⁶.

2) La verdad como correspondencia.

3) La utilización del instrumental de la epistemología general⁷ para valorar la prueba y con ello lograr que la decisión tomada corresponda con lo sucedido (verdad).

b.- Aceptar como verdadero un enunciado si y solo si tiene suficientes elementos de juicio a su favor, en una visión epistémica y objetiva de la prueba, y con ello maximizar la correspondencia, y

c.- La adscripción a la racionalidad teleológica, que conlleva la crítica para la adecuación de medios a fines respecto al proceso y sus reglas sobre la prueba.

Cuando hablamos de valoración racional de la prueba nos referimos a la respuesta a las preguntas: ¿cuál es la forma de valorar racionalmente la prueba?, y ¿cómo deben decidir los jueces si pretenden racionalidad en sus decisiones?

Partimos de la idea de que, a diferencia de otras ciencias, en el Derecho el grado de confirmación de los enunciados, a los que se les atribuye valor de verdad, es probabilístico dadas las limitaciones temporales y normativas de la adquisición, ofrecimiento y valoración de la prueba (de ahí la distinción taruffiana entre concepción abierta o epistemológica y cerrada o normativa de la prueba).

Debemos tomar en cuenta entonces que institucionalmente la prueba jurídica tiene varias características entre las que se encuentran:

- La averiguación de la verdad es objetivo fundamental de la actividad probatoria, lo que llevaría a establecer que su éxito dependerá de que “*las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas sean verdaderas*”⁸, mismas que, debemos acotar, se encuentran con limitaciones al análisis epistémico general como son: la celeridad y continuidad del proceso, los límites a la admisibilidad probatoria establecidos en los códigos procesales, en nuestro caso y para efectos de este trabajo referiremos al Código Nacional de Procedimientos Penales Mexicano (CNPP), que implica la secrecía de comunicaciones, la libertad personal, etc.
- Otro más es que normalmente se buscan determinar hechos individuales irrepetibles, y que a partir de ello, aunque nos llevaría a discusiones más profundas, se puedan determinar como “hechos pasados”, y referimos que “normalmente” ya que en materias como la civil se llega a determinar judicialmente la concurrencia de hechos presentes que permitan adelantar también en una alta probabilidad la concurrencia de hechos futuros o de

⁶ Al respecto, como un panorama general al tema, *vid.* MAZZONI, Giuliana, *Psicología del testimonio*, Trotta, España, 2019, pp. 23-35.

⁷ Que a decir de STEIN, citado por FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, *op. cit.*, p. 80: “solo nos sirve para determinar el grado de probabilidad de que una hipótesis sobre los hechos sea verdadera”, de ahí que la decisión sobre los estándares de prueba entre en los terrenos de lo político y moral con la finalidad de distribuir el riesgo de error en las decisiones judiciales.

⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

consecuencias futuras⁹, ante ello podría resultar una respuesta fácil que en el caso de los asuntos de relevancia penal y dado el principio de hecho (hecho que la ley señala como delito como base de la imputación, vinculación y juicio según el CNPP), sin embargo no resulta tan sencillo de afirmar dado que la naturaleza de la reparación del daño en materia penal puede incluir el lucro cesante y el daño moral, lo que incluiría efectivamente la determinación de hechos presentes y futuros.

Partiendo de un sistema que otorga confianza en la toma de decisiones a los jueces, la valoración racional de la prueba incardinado en un modelo de libre¹⁰ valoración de la prueba, resulta desde nuestra perspectiva, ser el más adecuado para el logro de la Justicia y los objetivos institucionales del proceso.

De lo anterior que autores como TARUFFO establezcan que la prueba es un medio que nos permite establecer la verdad de los hechos, afirmando que la decisión judicial debe basarse en una reconstrucción verdadera de los hechos de la causa; siendo entonces la prueba, un conjunto de elementos, procedimientos y razonamientos por los cuales la reconstrucción de los hechos es elaborada, corroborada y confirmada probabilísticamente como verdadera¹¹.

La libre valoración de la prueba ha tenido, principalmente, dos vertientes, una denominada “persuasiva”, cuyas notas características según FERRER¹² son:

- La íntima convicción (creencia) del juez como uno parámetro de decisión;
- Una versión “fuerte” del principio de inmediación que deja al juez de conocimiento la valoración de la prueba absolutamente;
- Una motivación superflua sobre los hechos; y
- Un sistema de recursos que limita la revisión de los hechos en instancias superiores.

Y a la que nosotros, como adelantamos al inicio de este artículo nos hemos afiliado, y denominada “racionalista”¹³, y en la que podemos identificar como algunas de sus principales características las siguientes:

⁹ Esto también lo podemos encontrar durante el procedimiento de ejecución penal, cuando el artículo 137 de la Ley Nacional de Ejecución Penal mexicana, contiene como uno de los elementos a probar para la concesión de un beneficio preliberacional el que no exista un riesgo objetivo y razonable con la concesión de la libertad condicionada.

¹⁰ Entendida dicha libertad no en términos absolutos sino en el sentido de que la “valoración libre” debe ser apegada a las reglas generales de la epistemología (racionalidad y lógica), al respecto *vid.* FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 66, en ese sentido también los trabajos de DEI VECCHI.

¹¹ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, España, 2022, p. 84.

¹² FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., pp. 62 y ss.

¹³ “La concepción racionalista basa la justificación de la decisión sobre los hechos probados en el método de la corroboración de hipótesis, no en la creencia de sujeto alguno, sino en si está suficientemente corroborada la hipótesis sobre lo ocurrido que se declara probada” en FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 65.

- La valoración de la prueba se lleva a cabo corroborando y refutando las hipótesis;
- Una versión “débil” de la inmediación;
- Una alta exigencia de motivación (no explicación, sino justificación) de la decisión sobre los hechos; y
- Un sistema de recursos que permite el control sobre la decisión.

FERRER establece el análisis sobre los tres momentos sobre la prueba para facilitar su estudio en:

a) Formación del conjunto de los elementos de juicio

En el sentido de un modelo de proceso que permita fácilmente la incorporación a este del mayor número de pruebas relevantes, en el entendido de que “*un elemento de juicio es relevante para la decisión sobre la prueba de un enunciado fáctico si, y solo si, permite fundar en él [...] una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar [...]*”¹⁴, es decir un criterio esencial en esto es la relevancia¹⁵ ya que con esto se garantiza la mayor probabilidad de que los enunciados probatorios que se tengan por corroborados correspondan con la verdad.

Tomando en consideración que si bien la verdad es un objetivo esencial del proceso, como ya antes hemos dicho, no resulta ser el único objetivo, por lo que hay otros fines que también se pretenden tutelar en el proceso y que limitan la incorporación de prueba en el mismo¹⁶.

Por ello es que se establecen reglas de carácter jurídico que realizan una función de filtro para la admisibilidad de las pruebas una vez que se haya realizado el estudio respecto a la relevancia de las mismas.

Este es el caso de la prueba ilícita en el que si bien podríamos tener una prueba totalmente relevante y de alta trascendencia para el descubrimiento de la verdad, esto no sea, ya que en su obtención o producción se violó algún derecho fundamental, logrando que se dé una disputa entre la relevancia epistemológica de dicha prueba y la protección de otro interés considerado fundamental para el legislador que hace inadmisibile la misma a pesar de su relevancia, es decir no admisible o inadmisibile,

¹⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 71.

¹⁵ Esto ha justificado desde la tradición racionalista un movimiento abolicionista de las reglas probatorias, por ser un minus de la relevancia y con ello limitar el conocimiento de la verdad. Aunque consideramos que hay factores que permiten limitar la admisión de toda prueba relevante como puede ser la exclusión derivada de reglas de admisión (caso de periodistas y la revelación de su fuente por ejemplo y la exclusión por sobreabundancia de pruebas, etc.). La relevancia puede ser directa, como es referida en este caso o indirecta cuando una prueba nos permite fundar inferencias sobre la fiabilidad de otra prueba, que a su vez nos lleve a realizar inferencias sobre los hechos a probar (casos de prueba sobre prueba), al respecto FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 90.

¹⁶ Refiero el término incorporación de manera coloquial.

llevándonos a realizar un sacrificio epistémico derivado de la ponderación entre uno y otro¹⁷.

De lo anteriormente dicho entonces obtenemos que se realizan ciertos “sacrificios epistemológicos” en aras de incentivar el respeto a los derechos humanos, fundamentales, la dignidad de las personas y las reglas esenciales del procedimiento, cumpliendo, pues, una función de motivación.

Aunque debemos referir que la incompatibilidad con otros valores asumidos por el derecho no es la única regla de inadmisibilidad, también esta se puede dar en el caso de reglas de exclusión que pretenden fundamentación epistemológica, basadas en la poca o nula confianza que se le puede otorgar a una prueba en su valoración y evitar su sobrevaloración.

A este respecto FERRER¹⁸ nos dice: *“desde un punto de vista epistemológico, imperaría el principio de inclusión de manera que, o bien la prueba es irrelevante y debe ser excluida por ello, o bien, es relevante y procede su admisión. Por otro lado, siendo reglas intrínsecas al razonamiento probatorio, no estarían fundadas en otros valores que puedan contraponerse al de la averiguación de la verdad. Las reglas probatorias de este tipo constituyen los casos más claros que BENTHAM y sus seguidores pretenden abolir”*.

De ahí que la relevancia de la prueba venga determinada, desde un punto de vista gradual, en el siguiente sentido: *“un elemento de juicio E es relevante para la prueba de un enunciado sobre un hecho H si y sólo si la $P(H) \uparrow P(H/E)$ ”*¹⁹.

Lo que nos permite en la praxis realizar el ejercicio de estos controles a los que hemos hecho referencia es el principio de contradicción en el proceso²⁰.

A decir de GASCÓN ABELLÁN: *“Si el juez está constreñido a tomar su decisión teniendo en cuenta que después ha de poder justificarla, y dado que el procedimiento probatorio es prevalentemente inductivo, entonces el modelo racional de la prueba debe estar guiado por reglas de justificación de la inducción”*²¹.

b) Valoración de la prueba

Este es el segundo momento al que nos hace referencia FERRER, en el que, una vez conformado el conjunto de elementos de juicio, estos tendrán que ser valorados individualmente y en su conjunto²² para determinar lo sucedido.

¹⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 77, nos dice: *“resulta claro que la racionalidad instrumental de estas reglas jurídicas no puede ser evaluada teniendo en mente la finalidad de la averiguación de la verdad, sino la finalidad a la que en cada caso responden”*.

¹⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 85.

¹⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 85.

²⁰ Que sobre todo tiene una gran repercusión en la prueba testimonial como veremos más adelante en este trabajo; al respecto vid. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 88.

²¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La prueba judicial: Valoración racional y motivación”, p. 8. Disponible en: <https://cmappublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf> (consultado el 22 de enero de 2024).

²² Volveremos sobre ello más adelante en este trabajo.

Nos dice FERRER²³: “el objetivo –de este momento– es determinar el grado de corroboración que éste –el conjunto de elementos de juicio– aporte a cada una de las hipótesis fácticas en conflicto”.

Se debe generar una preferencia racional de una hipótesis sobre otra u otras propuestas, lo que nos sitúa en los terrenos de la probabilidad, sin por ello admitir que tienen valor de verdad, ya que como HUME había advertido, no hay argumentos que preserven el valor de verdad.

Respecto a la metodología de la valoración de la prueba, la distinción que se considera útil, dada la multiplicidad de ideas sobre el razonamiento probabilístico, es entre:

- a) Probabilidad de eventos o sucesos, la cual se encarga de medir la frecuencia en la que un evento se produce en un infinito de acontecimientos, que nos lleva a generalizaciones y;
- b) Probabilidad de proposiciones, la cual mide el grado de probabilidad de que una proposición sea verdadera de acuerdo a nuestro grado de conocimiento del mundo (noción epistemología de probabilidad) en tanto, o sobre hechos individuales.

La segunda de estas se ha dividido a su vez en dos grandes corrientes:

- 1. La concepción lógica de la probabilidad que sostiene que la relación de confirmación inductiva es una relación lógica²⁴, y
- 2. Las concepciones subjetivistas o bayesianas, en las que la probabilidad que un sujeto le asigna a una proposición es en tanto su creencia racional de la verdad de la proposición dado cierto elemento de juicio²⁵.

Apoyados en ello es que nos debemos preguntar ¿cómo se debe valorar la prueba para tener por cierta una u otra hipótesis sobre los hechos?

Lo anterior nos llevaría a identificar un método de razonamiento probatorio que se pueda proponer a los jueces, y que en este trabajo llevaremos al terreno de la valoración del testimonio²⁶.

²³ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 91.

²⁴ Minimización de errores, valor esperado de la decisión y generalizaciones, respecto a esto FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 121, sigue a COHEN en un modelo que pretende alejarse de la probabilidad matemática por las razones que se pueden encontrar en la nota al pie siguiente.

²⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 96.

Esta resultaría adecuada para explicar las tesis persuasivas, ya que explican las conclusiones dadas por los jueces partiendo de que las mismas premisas iniciales son decididas por ellos “arbitrariamente”. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 115, nos habla de las seis dificultades básicas planteadas por COHEN respecto a la utilización de la tesis bayesiana para dar cuenta de las inferencias probatorias jurídicas, la principal excusa para oponernos a esta es que se opone a la presunción de inocencia ya que siempre se le debe de asignar un valor a la hipótesis de la culpabilidad, ya que nunca podría ser 0 ya que al multiplicar para lograr la complementariedad cualquier resultado sería igual a 0.

²⁶ En el sentido de: “una metodología de valoración de la prueba que sea la más adecuada para conseguir el objetivo declarado de la averiguación de la verdad a partir de los elementos de juicio disponibles en el proceso. Esa metodología o esquema de razonamiento nos permitirá después, por otro lado, ejercer el control sobre las decisiones adoptadas en materia de prueba por los tribunales”. En FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 97.

La propuesta que realiza FERRER desde la concepción lógica de la probabilidad, alejándose del cálculo matemático, y que nosotros seguimos, está basado en una metodología de corroboración de hipótesis que nos lleva de hacer un análisis individual de fiabilidad de hipótesis a uno en conjunto, llevada a cabo por momentos, que nos lleve a tener por probada el planteamiento de una de las partes²⁷.

De lo anterior se desprende entonces que hay dos formas o tipos de valoración, una de carácter individual y otra en conjunto, las cuales complementariamente nos auxilian en determinar una hipótesis como probada.

La valoración individual de las pruebas nos dice FERRER²⁸: “*tiene por objeto determinar el grado de fiabilidad que tenga cada una de las pruebas aportadas al proceso*”, lo que implica un análisis de cada una vista desde el punto de vista particular, es decir, la pericial, la testimonial, etc.; llevándonos a verificar si de acuerdo a las características de cada una de estas pruebas nos proporcionan información relevante y fiable para servirnos de apoyo en la determinación de los hechos probados.

La valoración individual de la prueba se tiene que distinguir de la valoración en conjunto, la toma de decisión sobre el estándar previsto y la motivación de la decisión sobre los hechos²⁹.

Estas valoraciones, para incardinarse en la racionalidad, deberán apoyarse en las herramientas epistémicas que son: las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados³⁰.

En México vía tesis se ha establecido siguiendo esta misma línea argumentativa lo siguiente:

Suprema Corte de Justicia de la Nación Registro digital: 2024432

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Undécima Época

Materias(s): Penal

Tesis: (II Región)1o.9 P (11a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 12, Abril de 2022, Tomo IV, página 2699

Tipo: Aislada

²⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., pp. 120-138.

²⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi, “La decisión probatoria”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, SCJN, México, 2022, p. 399.

²⁹ Al respecto vid. VÁZQUEZ, Carmen; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, “La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, SCJN, México, 2022, pp. 291 y ss.

³⁰ Al respecto, vid. CUSI ALANOCA, José L; *Sistema de Sana Crítica Racional, debido proceso y seguridad jurídica*, CEJI, México, 2023, pp. 41 y ss.

DATOS DE PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. AL DICTAR EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EL JUEZ DE CONTROL DEBE VALORARLOS DE MANERA RACIONAL.

Hechos: El quejoso promovió juicio de amparo indirecto contra el auto de vinculación a proceso, en el que el Juez de Control consideró que existían datos de prueba que establecían el hecho que los artículos 353, 359 y 361 del Código Penal para el Estado de Nayarit tipifican como el delito de homicidio calificado, así como la probabilidad de que aquél lo cometió o participó en su comisión. En la sentencia denegatoria del amparo el Juez de Distrito, entre otras cuestiones, consideró inoperantes los conceptos de violación relacionados con la dilucidación de la cuestión fáctica. Inconforme con esa decisión, el quejoso interpuso recurso de revisión, cuya decisión correspondió a este tribunal en la cual, luego de considerar incorrecta la apreciación del Juez de amparo, determinó reasumir jurisdicción con el objetivo de examinar si la vinculación a proceso fue ajustada a derecho.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que la valoración de los datos de prueba, para efectos del dictado del auto de vinculación a proceso, debe ser racional, lo que implica que el Juez de Control, al asignarles un determinado grado de corroboración en relación con las hipótesis fácticas que sustenten las partes, no puede apoyarse en criterios que apelen a su íntima convicción, sino en las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, así como los conocimientos científicos afianzados; lo anterior, no obstante que la información que proveen aquellos datos constituye, por regla general, la simple referencia que hacen las partes de constancias escritas que obran en la carpeta de investigación.

Justificación: De los artículos 19 y 20, apartado A, fracciones I y II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 259, 265, 316 y 317 del Código Nacional de Procedimientos Penales, así como de la tesis aislada 1a. LXXIV/2019 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deriva que el modelo de valoración que debe regir durante todo el proceso penal es uno libre; empero, ello no significa que el juzgador tenga una absoluta libertad que se traduzca en arbitrariedad o que pueda resolver conforme a su íntima convicción, sino que debe sustentarse, en todo momento, en los postulados de la lógica, las máximas de la experiencia, así como en los conocimientos científicos; contexto que, a su vez, conlleva que al transitar de un sistema de prueba tasada legal plagado de dogmas y reglas que excluían generalmente al razonamiento probatorio, a un esquema de enjuiciamiento penal en el que la concepción racional de la prueba juega un papel fundamental, el juzgador destierre cualquier referencia al sistema mixto. Asimismo, de los artículos 261, 314 y 315 del mencionado código se visualiza que el tratamiento de la prueba a lo largo del proceso tiene un diverso matiz en función del momento procesal que impere y la manera en cómo se introduzca ante el órgano jurisdiccional, por ejemplo, para efectos de la vinculación a proceso, el Juez sólo cuenta, por regla general, con la información que pueda extraer de los denominados datos de prueba, entendidos éstos como la mera referencia que hacen las partes de los elementos que existen en la carpeta de investigación; de lo que se sigue que la calidad epistémica de dichos datos probatorios siempre será menor a la que pueda proveer, en sentido estricto, un elemento de juicio, esto es, una prueba desahogada ante el Tribunal de Enjuiciamiento. Sin embargo, la circunstancia de que el Juez de Control,

en la referida audiencia inicial, esté imposibilitado para valorar de manera directa la información que las partes le verbalizan, no quiere decir, a su vez, que ello le impida hacer dicha valoración conforme a las enunciadas reglas de la sana crítica, o bien, que tenga que hacer esa labor a partir de su íntima convicción; ni mucho menos que en función de aquella limitación, esté autorizado para negar valor probatorio a los señalados datos, a partir de estimar que para dicha vinculación a proceso rige un estándar de prueba "atenuado"; esto último porque, al margen de que esa expresión propiamente no constituye un estándar de prueba, la valoración de los datos de prueba y la relativa al umbral de suficiencia que debe prevalecer en esa decisión, son momentos de la actividad probatoria lógicamente distintos y sucesivos entre sí, como lo fijó este tribunal en la tesis aislada (II Región)1o.4 P (11a.).

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA SEGUNDA REGIÓN, CON RESIDENCIA EN SAN ANDRÉS CHOLULA, PUEBLA.

Amparo en revisión 556/2021 (cuaderno auxiliar 98/2022) del índice del Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Cuarto Circuito, con apoyo del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla. 14 de marzo de 2022. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Obando Pérez. Secretario: Alan Malcolm Bravo de Rosas.

Nota: Las tesis aisladas 1a. LXXIV/2019 (10a.) y (II Región) 1o.4 P (11a.), de rubros: "PRUEBAS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. SU VALORACIÓN LIBRE Y LÓGICA POR EL JUZGADOR EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS" y "ESTÁNDAR DE PRUEBA EN MATERIA PENAL DENOMINADO 'MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE'. NO PUEDE CONSIDERARSE JUSTIFICADO A PARTIR DE LA PROPIA VALORACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE JUICIO, AL SER MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA LÓGICAMENTE DISTINTOS Y SUCESIVOS ENTRE SÍ." citadas, aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de los viernes 23 de agosto de 2019 a las 10:31 horas y 4 de febrero de 2022 a las 10:06 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 69, Tomo II, agosto de 2019, página 1320 y Undécima Época, Libro 10, Tomo III, febrero de 2022, página 2563, con números de registro digital: 2020480 y 2024130, respectivamente.

Esta tesis se publicó el viernes 08 de abril de 2022 a las 10:12 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Por su parte la valoración en conjunto de la prueba pretende *"establecer el grado de confirmación que las pruebas incorporadas al proceso, en su conjunto, aportan a cada una de las hipótesis fácticas"*³¹.

³¹ FERRER BELTRÁN, Jordi, "La decisión probatoria", *op. cit.*, p. 399.

c) Decisión sobre los hechos probados

Para dejar claro el marco conceptual del que partimos debemos esclarecer que entendemos, de manera sintetizada, siguiendo a UBERTIS³², que podemos afirmar que lo que se prueba en un proceso es la falsedad o verdad de los enunciados o afirmaciones probatorias que las partes elaboran respecto a un hecho concreto que constituyen el *thema probandum*³³.

Lo anterior se apoya en el grado de suficiencia que vía estándar de prueba sea fijado para cada situación procedimental concreta.

Como bien apunta FERRER, en la toma de decisión sobre los hechos probados: “*lo que está en juego es si la hipótesis en cuestión tiene o no suficiente apoyo empírico en los elementos de juicio aportados*”³⁴.

Hay tres reglas de apoyo subsidiario (respecto a la asignación y distribución del riesgo de error) al ejercicio de decisión sobre los hechos probados de acuerdo a FERRER³⁵, la primera constituida por la reglas sobre la carga de la prueba en sus dos dimensiones (siguiendo para esta afirmación la concepción tradicional, misma que actualmente muchos autores ya ponen en duda, algunos incluso proponiendo la total abolición de sus dos dimensiones³⁶), la segunda por las presunciones y la última que se llevaría a cabo por medio de los estándares de prueba.

3. EL TESTIMONIO

Resulta común *opinio* en la práctica forense decir que el testimonio es la prueba más confiable, la “reina de las pruebas” se le ha llamado, e incluso se ha sostenido que hay casos que resultan irresolubles si no se cuenta con testimonios³⁷.

En este apartado procurare hacerme cargo de la noción de testimonio en el CNPP y en la jurisprudencia, para después hacernos cargo de responder a la pregunta de ¿cómo

³² UBERTIS, Giulio, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, Trotta, España, 2017, p. 51.

³³ Crítico respecto a esta postura, GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Prueba, hechos y verdad”, *op. cit.*, p. 12, aunque matiza su postura diciendo que en un sentido estricto puede considerarse que: “*el objeto inmediato de la prueba son las afirmaciones sobre los hechos y no los hechos mismos*”.

³⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi, “La decisión probatoria”, *op. cit.*, p. 403.

³⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi, “La decisión probatoria”, *op. cit.*, pp. 404 y ss.

³⁶ Al respecto *vid.* FERRER BELTRÁN, Jordi, “La decisión probatoria”, *op. cit.*, pp. 408 y 409, cuando nos dice: “*El problema, para decirlo de modo contundente, es que nada de esta reconstrucción en dos facetas de la carga de la prueba se sostiene en la actualidad. En primer lugar, las dos supuestas dimensiones o facetas de la carga de la prueba son, en realidad, reglas totalmente distintas, que se dirigen a sujetos diversos, tienen una fuerza normativa distinta y regulan actividades probatorias diferentes –i. e., la carga subjetiva regularía la aportación de pruebas y la carga objetiva, la decisión judicial sobre los hechos–. Siendo así, ¿cómo se puede sostener que una de ellas, la subjetiva, es consecuencia de la otra, la objetiva? No hay forma de sustentar una implicación de ese tipo. Puede sostenerse que la regla dirigida al juez produce indirectamente ciertos incentivos para las partes, del mismo modo que sucede con otras muchas normas procesales y sustantivas, pero ello no justifica duplicar el concepto de carga de la prueba*”.

³⁷ Un texto imprescindible al respecto resulta ser el de DE PAULA RAMOS, Vitor, *Prova testemunhal, do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*, edit. Revista dos Tribunais, Brasil, 2018, pp. 31 y ss.

determinamos la verdad o fiabilidad de un testimonio?, o ¿cómo podemos establecer que el dicho de un testigo es cierto?

Podemos decir que el testimonio en el proceso es: *“El acto³⁸ mediante el cual una persona hace de conocimiento de una autoridad por medio de una declaración que tiene por objeto la reconstrucción histórica o una representación narrada de hechos que resultan relevantes para un proceso, del que no forma parte, ocurridos anteriormente y que son de su conocimiento por habersele hecho de saber por el dicho de alguien más o por haber sido percibidos por sus propios sentidos”³⁹.*

Del análisis integral del CNPP obtenemos las siguientes referencias al testimonio⁴⁰, mismas de las cuales obtendremos nuestras conclusiones:

“Artículo 360. Deber de testificar

SECCIÓN I Prueba testimonial

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al proceso cuando sea citado y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado; asimismo, no deberá ocultar hechos, circunstancias o cualquier otra información que sea relevante para la solución de la controversia, salvo disposición en contrario.

El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos por los que se le pueda fincar responsabilidad penal”.

“Artículo 371. Declarantes en la audiencia de juicio

Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en la audiencia, por lo que permanecerán en una sala distinta a aquella en donde se desarrolle, advertidos de lo anterior por el juzgador que preside la audiencia. Serán llamados en el orden establecido. Esta disposición no aplica al acusado ni a la víctima, salvo cuando ésta deba declarar en juicio como testigo.

El juzgador que presida la audiencia de juicio identificará al perito o testigo, le tomará protesta de conducirse con verdad y le advertirá de las penas que se imponen si se incurre en falsedad de declaraciones.

Durante la audiencia, los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que consten anteriores declaraciones, o de otros documentos que las contengan, y sólo deberá referirse a ésta y a las preguntas realizadas por las partes”.

³⁸ Por tanto no un objeto, de ahí a distinción entre *vox mortua* y *vox viva* hecha por CARNELUTTI.

³⁹ Para esta noción nos hemos basado en la cita que de COMOGLIO hace DE PAULA RAMOS, Vitor, *Prova testemunhal, do subjetivismo ao objetivismo...*, op. cit., p. 32.

⁴⁰ El CNPP hace referencia a testigo del delito, testigo del hecho, testigo ocular y testigo presencial del hecho indistintamente.

De lo antes transcrito se destaca que el testimonio de una persona es, de acuerdo al CNPP, respecto a los hechos, circunstancias o información motivo de la controversia, sin que en dicho Código se haga referencia respecto a la fuente de conocimiento de los mismos como fundamento del carácter de testigo que adquiriría en el proceso, de ahí que podamos distinguir entre aquellos testigos que declaran en referencia a los hechos, circunstancias o información por:

- a) constarles directamente,⁴¹
- b) haberle sido referidos por un tercero o de manera indirecta por alguna otra fuente, o
- c) que aún sin constarles directamente o haberles sido referidos por un tercero en su calidad de expertos, se les permite de forma excepcional hacer inferencias respecto a los mismos⁴².

Nos dice SOBA en relación al testimonio: *“La declaración emana de una persona física que no es parte en el proceso (lo que se vincula a notas como la supuesta imparcialidad, extraneidad y la veracidad del testigo), formulada ante un juez, con fines procesales, y que versa sobre hechos. Con relación a la extraneidad, se ha entendido que sería posible diligenciar como prueba testimonial (y no como declaración de parte) la declaración de un litisconsorte, con relación a hechos propios de otro litisconsorte”*⁴³.

Visto lo anterior podríamos establecer que mientras el testigo es continente (refiere hechos) y por tanto descriptivo, el perito aporta contenido (emite opiniones), es conclusivo.

4. ANÁLISIS EPISTEMOLÓGICO DEL TESTIMONIO

El testimonio es la plasmación de una idea por parte de una persona respecto a un hecho que le fue referido o le consta, de ahí que DE PAULA afirme que para analizar la prueba testimonial haya que analizar al propio hombre⁴⁴.

Debemos partir para entender la utilidad del testimonio en la epistemología judicial, de que, como lo refiere GONZÁLEZ LAGIER⁴⁵: *“resulta útil recurrir a la distinción entre hechos brutos, la percepción de un hecho y la interpretación de un hecho que ya hemos mencionado. Pues bien: entre el hecho bruto y el hecho percibido pueden surgir problemas de percepción, y entre el hecho percibido y el hecho interpretado, problemas de interpretación”*.

⁴¹ Que puede ser la víctima u ofendido o un tercero ajeno al proceso. *Vid.*, por ejemplo, art. 57 CNPP.

⁴² Que en este caso son los denominados peritos, discusión aparte llevaría el tema del denominado al denominado testigo experto, que no es motivo de este trabajo, pero remitimos a la opinión de DUCE J., Mauricio, *La prueba pericial*, Didot y Ubijus, México, 2013, pp. 29-33, desde nuestra perspectiva, si bien pareciera que el CNPP mexicano no prevé la figura del testigo experto del contenido de la fracción XIV del artículo 132, podríamos apreciar dicha figura. Respecto a mi postura, *vid.* URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, “La prueba pericial desde el sistema acusatorio: su interpretación bajo la óptica de la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial Federal Mexicano”, en URIBE MANRÍQUEZ, René; MENDOZA LÓPEZ, Baldomero, *Cuatro problemas en torno a la prueba y al proceso penal. Una propuesta epistémica*, CEJI, México, 2019, pp. 101 y ss.

⁴³ SOBA BRACESCO, Ignacio M., *La prueba testimonial y pericial. Su protagonismo en el proceso jurisdiccional, lecciones y desafíos*, CEJI, México, 2023, p. 57.

⁴⁴ DE PAULA RAMOS, Vitor, *Prova testemunhal, do subjetivismo ao objetivismo...*, *op. cit.*, p. 33

⁴⁵ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Prueba, hechos y verdad”, *op. cit.*, p. 17.

En este caso nos encontramos ante un problema de percepción ya que un testimonio es la captación que una persona tiene sobre un hecho, misma que se ve influida de distintas circunstancias que pueden ser tanto físicas, psíquicas, emocionales, etc., lo que identificaremos en la valoración individual de la prueba testimonial, verificando la credibilidad y pertinencia de dicho medio de prueba.

El problema de percepción es pues, poner en duda la apreciación de los hechos, lo que va ligado con la fiabilidad de nuestras apreciaciones, entendida esta como exactitud en la declaración⁴⁶.

5. LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO

Como refiere MAZZONI⁴⁷ las cuestiones sobre el testimonio resultan tan antiguas como el mismo ser humano, poniendo una fe casi ciega en la apreciación ocular de un hecho y su transmisión en vía oral por quien la realizara presencialmente (la apreciación ocular).

Como un útil instrumento para valorar la credibilidad y fiabilidad de un testimonio, en los últimos años se ha considerado a la psicología del testimonio⁴⁸ para lograr dichos objetivos.

⁴⁶ Respecto a estos problemas (de percepción), GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Prueba, hechos y verdad", *op. cit.*, pp. 17 y 18, nos dice: "Surge un problema de percepción cuando tenemos dudas acerca de si la percepción que tenemos de un hecho refleja fielmente las propiedades –o algunas propiedades– de dicho hecho; esto es, cuando nos preguntamos si nuestras percepciones son fiables. Podemos distinguir cuatro fuentes de duda acerca de la fiabilidad de nuestras percepciones:

i. Su relatividad general respecto de los órganos sensoriales –y las circunstancias de la percepción–. La primera fuente de duda tiene que ver con el hecho de que las características de nuestros órganos sensoriales condicionan la manera de percibir el mundo, por lo que no todos los animales tienen la misma imagen del mismo. El mundo percibido por un murciélago es probablemente muy diferente del percibido por nosotros.

ii. La posibilidad de ilusiones. Nuestra percepción de un hecho no es un todo unitario, sino que está constituida por un conjunto de experiencias sensoriales de diversa naturaleza: visuales, táctiles, auditivas, etcétera. En algunas ocasiones, el conjunto de experiencias que esperamos que se refiera a un mismo hecho externo no es coherente en un determinado lapso de tiempo. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando vemos como doblado un lápiz con un extremo dentro de un vaso de agua. Si lo tocamos, podemos comprobar que el lápiz en realidad no está roto o doblado. En aquellos casos en los que las experiencias sensoriales que componen una percepción no son coherentes, se dice que sufrimos una ilusión.

iii. La posibilidad de alucinaciones. En otras ocasiones, el problema de la percepción consiste en que el hecho percibido no parece corresponderse con ninguna propiedad del hecho externo. Hay algo que causa nuestra percepción, pero no es el hecho externo que creemos estar percibiendo. Esto es lo que ocurre en los casos de alucinaciones, como cuando estoy sediento por el desierto y creo ver un oasis.

iv. La interrelación percepción-interpretación: La percepción y la interpretación de un hecho no son procesos totalmente independientes, sino que se condicionan mutuamente. Por un lado, las interpretaciones se basan en los datos sensoriales que recibimos de los hechos pero, por otro lado, nuestra red de conceptos, categorías, teorías, máximas de experiencia, recuerdos, etcétera dirigen de alguna manera nuestras percepciones y actúan como criterio de selección de los datos sensoriales que recibimos. Esta dependencia de la percepción respecto a factores socioculturales ha sido señalada frecuentemente por los psicólogos, que han demostrado que la percepción no depende solo de la naturaleza de los estímulos, sino que sobre ella influyen los estados y disposiciones del organismo. Al igual que todo proceso, la percepción resulta afectada por el aprendizaje, la motivación, la emoción y todo el resto de características permanentes o momentáneas de los sujetos. Así, por ejemplo, el tamaño con el que vemos un objeto y la velocidad con la que lo reconocemos viene influido por el valor que le atribuimos".

⁴⁷ MAZZONI, Giuliana, *Psicología del testimonio*, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁸ Sobre su origen y evolución, *vid.* DE LA FUENTE, JAVIER, *La memoria de los testigos*, UOC, España, 2015, pp. 27 y ss.

De esto depende evidentemente la determinación de la verdad en el proceso en los términos que hemos referido en el presente trabajo.

La pregunta fundamental en la psicología del testimonio es: ¿bajo qué condiciones la declaración de un testigo puede considerarse creíble?⁴⁹

MAZZONI⁵⁰ nos explica la aplicación de la psicología al campo del análisis del testimonio diciendo: *“Esta disciplina representa la aplicación de la investigación psicológica al ámbito del testimonio, respecto a la investigación psicológica más general, examina en particular los siguientes puntos:*

- *Los procesos perceptivos, atencionales y de memoria que forman parte de la codificación de un suceso también cargado de emoción;*
- *Los procesos perceptivos y de memoria que intervienen en la identificación del culpable, y de la idoneidad de los procedimientos adoptados para este fin;*
- *La mentira intencional: las capacidades de la persona que miente y la identificación de la mentira;*
- *Los procesos de toma de decisiones implicados a la hora de establecer la credibilidad de un testimonio y la culpabilidad de un individuo;*
- *El efecto de los interrogatorios (entrevistas de «investigación») sobre el recuerdo y sobre la declaración;*
- *La sugestionabilidad y otras características individuales y su papel en el recuerdo y en el testimonio;*
- *El examen de la veracidad del testimonio;*
- *Las cuestiones relativas a la valoración de la capacidad para testificar y de la credibilidad de la declaración del testigo”.*

La credibilidad de un testimonio ha pasado con estas “nuevas” herramientas de tener como punto esencial la evaluación de la persona como factor determinante, a dar un mayor énfasis a la evaluación del contenido de la información y las variables que pueden incidir en los errores de percepción o recuerdo del propio testigo como pueden ser la repetición de preguntas, la información engañosa post-suceso, el propio paso del tiempo y las condiciones mismas del suceso⁵¹.

Podríamos decir entonces que hablar del testimonio es hablar de la memoria y sus procesos, lo cual nos ubica en la “novel” ciencia, es decir la psicología, que a comparación de otros campos que pudieran resultar similares para nuestro tema, es relativamente nueva y aún en proceso de desarrollo y verificación-corroboración de sus contenidos.

⁴⁹ Al respecto, MAZZONI, Giuliana, *Psicología del testimonio*, op. cit., p. 20.

⁵⁰ MAZZONI, Giuliana, *Psicología del testimonio*, op. cit., p. 18.

Al respecto, DE LA FUENTE, JAVIER, *La memoria de los testigos*, op. cit., pp. 63-181.

⁵¹ Al respecto vid. VÁZQUEZ, Carmen; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, “La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba”, op. cit., p. 306.

Al respecto MAZZONI dice: *“la investigación en psicología del testimonio se ha interesado también por los procesos de decisión a partir de los cuales el tribunal de justicia o el jurado establece si y qué testimonio es creíble, y emite una sentencia final. En otras palabras, las preguntas a las que esta investigación responde son: ¿cuáles son las variables que intervienen en la decisión de creer un testimonio?, ¿y cuáles, cuando se necesita decidir entre dos testimonios contradictorios?, ¿en función de qué informaciones un juez decide que un individuo es culpable?”*⁵².

En México, el siguiente criterio constituyó un hito, se comparten o no sus análisis y conclusiones, al incorporar la psicología del testimonio como herramienta esencial del análisis de la declaración de un testigo para la toma de decisión de un órgano facultado para ello en los marcos procedimentales.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Registro digital: 2014791

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Décima Época

Materias(s): Penal Tesis: I.7o.P.82 P (10a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 44, Julio de 2017, Tomo II, página 1056

Tipo: Aislada

PROCESO DE MEMORIA. HERRAMIENTAS PARA ANALIZARLO AL VALORAR EL TESTIMONIO DE UNA PERSONA RENDIDO EN UN JUICIO PENAL.

La doctrina indica que el testigo es un sujeto fuente de información de relevancia para el proceso, mientras que el testimonio es un relato de memoria que realiza una persona sobre los hechos que previamente ha presenciado; de ahí que el testimonio se basa, fundamentalmente, en la capacidad de retención con que cada sujeto cuente. Ahora, la memoria no es una reproducción literal del pasado, sino un proceso dinámico en constante reelaboración, que puede ser susceptible de distorsiones e imprecisiones, en virtud del complejo proceso en que interviene, es decir, el modo como: I. se ha percibido el hecho; II. se ha conservado en la memoria; III. es capaz de evocarlo; IV. quiere expresarlo; y, V. puede expresarlo. Durante este proceso, existen distintas variables que afectan la exactitud del testimonio, entre las que destacan: 1. Periféricas al suceso: aquellas que afectan al proceso de la percepción (por ejemplo, tipo de suceso, nivel de violencia y tiempo de exposición al hecho); en virtud de la actualización de esta variable, se interrumpe el proceso normal que la memoria sigue para almacenar la información, esto es, se produce una codificación selectiva de la información, al recordar el tema principal del suceso, pero afectando los detalles periféricos. 2. Factores del testigo: ansiedad, edad y expectativas (por ejemplo, algunas personas perciben con más exactitud los detalles que otras, el primer y último elemento de la serie se percibe mejor

⁵² MAZZONI, Giuliana, *Psicología del testimonio*, op. cit., p. 22.

que los intermedios, los testimonios cualitativos son más precisos que los cuantitativos).

3. Relacionadas con la evaluación: rol del testigo, presión de grupo, influencia del método de entrevista y preparación de declaraciones (sobre el último punto, tenemos que es el momento en el que el testigo realiza una introspección en su memoria para lograr recuperar la información adquirida y, con ello, reconstruir el suceso). Con base en lo anterior y debido al funcionamiento de la memoria, las inexactitudes e imprecisiones que puedan detectarse en las declaraciones de testigos en un juicio penal, no siempre se deben a que estén faltando a la verdad, sino a las circunstancias que antecedieron y rodearon la emisión del testimonio. Para identificar el supuesto en el que nos encontremos, el juzgador podrá hacer uso de la psicología del testimonio; disciplina inmersa en la psicología experimental y cognitiva, que se centra en delimitar dos puntos: i. La credibilidad de la declaración analizada, entendida como la correspondencia entre lo sucedido y lo relatado por el testigo; y, ii. La precisión de lo declarado, esto es, la exactitud entre lo ocurrido y lo que el testigo recuerda. Véase que esta herramienta facilita al juzgador determinar la calidad de un testimonio, con base en las premisas objetivas señaladas, para restar o conceder la credibilidad que, de acuerdo con el examen indicado, estime pertinente.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 94/2017. 11 de mayo de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Paredes Calderón. Secretario: Ramón Eduardo López Saldaña.

Esta tesis se publicó el viernes 14 de julio de 2017 a las 10:21 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

De este criterio se desprende que:

- El testigo es un sujeto fuente de información de relevancia para el proceso;
- El testimonio es un relato de memoria⁵³ que realiza una persona sobre los hechos que previamente ha presenciado⁵⁴, que se basa, fundamentalmente, en la capacidad de retención con que cada sujeto cuente;
- Que existen distintas variables que afectan la exactitud del testimonio, entre las que se destacan:
 - o 1. Periféricas al suceso: aquellas que afectan al proceso de la percepción (por ejemplo, tipo de suceso, nivel de violencia y tiempo de exposición al hecho); en virtud de la actualización de esta variable, se interrumpe el proceso normal que la memoria sigue para almacenar la información, esto

⁵³ Pues como refiere MAZZONI, Giuliana, *Psicología del testimonio*, op. cit., p. 65: “La memoria es una de las funciones centrales de nuestro cerebro y seguramente ha desempeñado un papel clave a lo largo de la evolución, ya que nos ha permitido aprender de la experiencia, sobrevivir y tener una historia y una identidad personal”. Sobre esto, DE LA FUENTE, JAVIER, *La memoria de los testigos*, op. cit., pp. 30-59.

⁵⁴ Aunque, como hemos advertido antes en este trabajo, no solo la apreciación directa de los hechos da esa calidad de la interpretación abierta que hace quien esto escribe.

es, se produce una codificación selectiva de la información, al recordar el tema principal del suceso, pero afectando los detalles periféricos.

- 2. Factores del testigo: ansiedad, edad y expectativas (por ejemplo, algunas personas perciben con más exactitud los detalles que otras, el primer y último elemento de la serie se percibe mejor que los intermedios, los testimonios cualitativos son más precisos que los cuantitativos).
 - 3. Relacionadas con la evaluación: rol del testigo, presión de grupo, influencia del método de entrevista y preparación de declaraciones (sobre el último punto, tenemos que es el momento en el que el testigo realiza una introspección en su memoria para lograr recuperar la información adquirida y, con ello, reconstruir el suceso).
- Que las inexactitudes e imprecisiones que puedan detectarse en las declaraciones de testigos en un juicio penal, no siempre se deben a que estén faltando a la verdad, sino a las circunstancias que antecedieron y rodearon la emisión del testimonio;
 - Que para identificar el supuesto en el que nos encontremos, el juzgador podrá hacer uso de la psicología del testimonio; disciplina inmersa en la psicología experimental y cognitiva, que se centra en delimitar dos puntos: i. La credibilidad de la declaración analizada, entendida como la correspondencia entre lo sucedido y lo relatado por el testigo; y, ii. La precisión de lo declarado, esto es, la exactitud entre lo ocurrido y lo que el testigo recuerda, y,
 - Que esta herramienta facilita al juzgador determinar la calidad de un testimonio, con base en las premisas objetivas señaladas, para restar o conceder la credibilidad que, de acuerdo con el examen indicado, estime pertinente.

Respecto a los dos últimos puntos referidos de la anterior resolución, en los que se asigna al juez la carga-posibilidad de hacer uso de la psicología del testimonio para restar o conceder credibilidad a un testimonio, me llama poderosamente la atención que este criterio no fija un límite de incorporación de dicho conocimiento e información por parte del órgano de toma de decisión.

De la simple lectura del criterio aislado, pareciera ser que la psicología del testimonio, sus elementos y criterios, se refiere como un instrumento que de *motu proprio* puede el juzgador incorporar en su razonamiento probatorio, lo cual nos parece de inicio inadecuado, ya que, por tratarse de información de carácter científico que será utilizada en el razonamiento por el órgano de toma de decisión, esta depende de ser recabada, ofertada e incorporada en los términos previstos por el CNPP por las partes para que con ello pueda ser valorada individualmente por el juzgador llegado el momento⁵⁵.

⁵⁵ El CNPP en su artículo 357, establece la prohibición de valoración de una prueba no incorporada en los términos previstos por el código, de la siguiente manera: “Artículo 357. Legalidad de la prueba. La prueba no tendrá valor si ha sido obtenida por medio de actos violatorios de derechos fundamentales, o si no fue incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código”.

De no ser así bastaría con que un resolutor se autoadscriba como experto en psicología del testimonio, por haber leído “suficiente” sobre ello, haber tomado uno o varios cursos, o haber visto todos los videos existentes en YouTube sobre el tema, para tener la creencia infundada de haber adquirido el carácter de experto en el tema, para que, sin ofertamiento o al menos argumento de parte alguno al momento de valorar la prueba testimonial, el juez incorpore la misma.

Ello ya que la incorporación de estos “conocimientos” *motu proprio* no nos permiten ejercer un control intersubjetivo sobre la fuente de información con que cuenta el sujeto (sustento y validez científica, aceptación metodológica por las comunidades expertas, etc.), sobre qué es lo que nos dice que cuenta con los conocimientos necesarios y adecuados sobre la materia que le permita alegarla solvente y técnicamente, aunado a la imposibilidad en que se encontraran las partes de controvertir o refutar dicha información al no haber sido obtenida mediante el ejercicio de contradictorio en el proceso, y haber sido alegada sin más por el decisor en la resolución, violando de manera general con ello la seguridad y certeza jurídicas en perjuicio de alguna de las partes en el proceso.

Encuentran sustento las afirmaciones que realizo en el párrafo precedente en lo dicho por VÁZQUEZ y FERNÁNDEZ⁵⁶: “Una vez desarrolladas las cuestiones relativas a la conformación, admisión y práctica de la prueba pericial, su valoración individual resultará en una suerte de repaso de todo lo que se ha realizado. Así pues, para identificar la calidad de las afirmaciones periciales, los jueces deben prestar atención a tres grandes rubros: quién es el sujeto que informa, qué es lo que informa ese sujeto y cómo ha sido la presentación de tal información”.

BIBLIOGRAFÍA

- CUSI ALANOCA, José L., *Sistema de Sana Crítica Racional, debido proceso y seguridad jurídica*, CEJI, México, 2023.
- DE LA FUENTE, JAVIER, *La memoria de los testigos*, UOC, España, 2015.
- DE PAULA RAMOS, Vitor, *Prova testemunhal, do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*, edit. Revista dos Tribunais, Brasil, 2018.
- DUCE J., Mauricio, *La prueba pericial*, Didot y Ubijus, México, 2013.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, “La decisión probatoria”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, SCJN, México, 2022.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “La prueba judicial: Valoración racional y motivación”. Disponible en: <https://cmapspublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>

⁵⁶ VÁZQUEZ, Carmen; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, “La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba”, *op. cit.*, pp. 292 y ss.

- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Prueba, hechos y verdad”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, SCJN, México, 2022.
- MAZZONI, Giuliana, *Psicología del testimonio*, Trotta, España, 2019.
- SOBA BRACESCO, Ignacio M., *La prueba testimonial y pericial. Su protagonismo en el proceso jurisdiccional, lecciones y desafíos*, CEJI, México, 2023.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, España, 2022.
- UBERTIS, Giulio, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, Trotta, España, 2017.
- URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, “La prueba pericial desde el sistema acusatorio: su interpretación bajo la óptica de la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial Federal Mexicano”, en URIBE MANRÍQUEZ, René; MENDOZA LÓPEZ, Baldomero, *Cuatro problemas en torno a la prueba y al proceso penal. Una propuesta epistémica*, CEJI, México, 2019.
- VÁZQUEZ, Carmen; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, “La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, SCJN, México, 2022.

DIFICULTADES DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL ÁMBITO LABORAL

María de los Ángeles González Coulon
Profesora asociada de Derecho Procesal
Universidad de Chile

1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día la prueba testimonial ha sido objeto de variados estudios interdisciplinarios, principalmente aquellos que la han examinado, en principio, desde lo jurídico, pero que, para su total entendimiento han debido recurrir a otras áreas como es el caso de la psicología¹ y la epistemología². La razón de lo anterior, a mi juicio, deriva de dos aristas, referidas a cómo se ha estudiado este medio de prueba y, como la forma de estudiarlo ha impactado en la valoración de la prueba testimonial.

Así, la primera arista es aquella referida a la desconfianza que gira en torno a este medio de prueba³ y, la segunda, consecuencia de dicha desconfianza, es que se ha tratado de dilucidar cuándo creer en los testigos, lo que ha generado ciertas explicaciones desde la epistemología del testimonio vinculadas al reduccionismo y antireduccionismo⁴, como también explicaciones respecto a las razones de por qué los testimonios son falibles. Esta última arista, en materia judicial, permite entonces la revisión de cómo y qué valorar de este medio de prueba.

La necesidad de un examen interdisciplinario de la prueba testimonial se ha generado en materia judicial porque si bien, como se señaló, hay una desconfianza importante en este medio de prueba, su utilización para resolver toda clase de conflictos es

*Este trabajo es parte de un proyecto de investigación Fondecyt de iniciación n°11220191.

¹ A modo de ejemplo revisar: MANZANERO, Antonio, *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*, Editorial Pirámide, Madrid, 2021; MANZANERO, Antonio, *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*, Editorial Pirámide, Madrid, 2017; DIGES, Margarita, *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, Editorial Trotta, Madrid, 2018.

² ADLER, Jonathan, "Epistemological Problems of testimony", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter Edition, 2017. Fecha de consulta: 5 de enero de 2024.

³ RAMOS, Vitor de Paula, *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 85. PINO ABAD, Miguel, *Testigos bajo sospecha. Estudio histórico-jurídico de la tacha*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 18; WALTON, Douglas, *Witness testimony evidence. Argumentation, artificial intelligence and law*, Cambridge University Press, New York, 2007, p. 12.

⁴ PÁEZ PEÑUELA, Andrés, "La prueba testimonial y la epistemología del testimonio", *Isonomía*, n° 40, 2014, pp. 97-100.

fundamental⁵. Así, hay situaciones que se pueden resolver solamente mediante la aportación de antecedentes derivados de declaraciones de testigos, por lo que resulta imperioso el determinar cómo este medio de prueba debe valorarse y transparentar tanto los criterios a considerar como las limitaciones que su valoración presenta⁶.

Dentro de las materias en que la prueba testimonial es fundamental para poder resolver ciertos conflictos es en el proceso laboral. Dentro de este ámbito, si tomamos como ejemplo, el Derecho Laboral chileno, hay materias como la determinación de la aplicación del principio de la realidad, el acoso sexual, la acreditación del vínculo laboral o la acción de tutela de derechos fundamentales que principalmente se acreditan mediante prueba de testigos. Estos tópicos, son posibles de revisar también en el ámbito comparado, con denominaciones similares, compartiendo aspectos comunes que explican el porqué este medio de prueba se torna fundamental⁷.

De esta manera, en el presente trabajo, revisaremos de manera general los conceptos tradicionales de prueba testimonial que han derivado en la desconfianza de dicho medio de prueba. Luego, los resquemores que se presentan han tenido como consecuencia que su valoración se vea dificultada y que incluso podamos preguntarnos el porqué de seguir utilizando la prueba de testigos. No obstante, ello, es un medio de prueba trascendental en materia laboral por lo que la única solución para poder utilizarlo adecuadamente es auxiliarse de otras disciplinas, así como sincerar sus ventajas, pero también sus problemas y límites.

2. PRUEBA TESTIMONIAL: CONCEPTO Y PREJUICIOS

Si revisamos los testimonios a lo largo de la historia, estos deben considerarse fuente primaria de conocimientos⁸, lo que denota lo fundamental que son para la toma de todo tipo de decisiones, desde las más cotidianas hasta aquellas que nuestros jueces/as deben efectuar. Es más, cuando nos referimos a los testimonios en general, estamos apuntando a cualquier transmisión de información que permite en el oyente generar nuestras creencias o conocimientos, por lo que no se circunscriben necesariamente a declaraciones de terceros ajenos al juicio sino también a expertos o incluso partes⁹. Tampoco se limita, si lo revisamos de manera extensiva desde la epistemología del testimonio, a declaraciones necesariamente orales, ya que incluso los documentos cumplirían con los criterios para ser considerados testimonios¹⁰.

⁵ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, *El testimonio como prueba. Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*, Bosch, Barcelona, 2021, p. 167.

⁶ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “¿Es posible valorar la prueba testimonial? Algunas estrategias para lograrlo” en BORGIA, Gianluca; PEREIRA PUIGVERT, Sílvia (Dirs.), *Retos de la prueba en el proceso actual*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) (en prensa).

⁷ Podemos encontrar instituciones y normas similares en España, por ejemplo, en el Estatuto de los Trabajadores.

⁸ “Testimony is as basic, fundamental, and important as anything in modern legal systems. Whether in written or oral form, it is the primary source for acquiring knowledge about the virtually infinite variety of events that give rise to litigation”. PARDO, Michael, “Testimony”, *Tulane Law Review*, vol. 82, 2007, p. 2. Traducción propia.

⁹ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, *El testimonio como prueba...*, op. cit., p. 203.

¹⁰ *Ibid.*

No obstante lo anterior, en el ámbito jurídico, la forma tradicional de referirse, estudiar y singularizar a los testimonios, se relaciona con personas ajenas a las partes o materia del conflicto ventilado ante tribunales. Se ha definido la prueba testimonial como un medio de prueba que consiste en la declaración de una persona sobre ciertos hechos que percibió con alguno de sus sentidos¹¹. A reglón seguido, la doctrina entrega las características que dicha persona debe tener, cuales son, ser un tercero totalmente imparcial y sin relación con el juicio, quien no puede emitir opiniones y que los hechos que relata hayan sido percibidos por alguno de sus sentidos –en algunos casos por cualquiera de ellos, pero se mira con recelo si estos se obtuvieron por el dicho de otros–¹².

La mirada restringida que se presenta de la prueba testimonial a nivel doctrinal, que no es más que un eco de la legislación procesal en diversos ámbitos, de la cual también se hace parte la jurisprudencia, no hace más que revelar que el examen de este medio de prueba ha presentado un gran problema que ha impedido transparentar sus ventajas y también sus dificultades. La dificultad que se presenta al momento de estudiar la prueba testimonial es que todo gira en torno a la persona del testigo, quién es, qué relaciones tiene con las partes, y cuáles son sus eventuales intereses o posibles beneficios que puede obtener, lo que ha influido de manera sustancial en su valoración¹³.

La valoración de la prueba implica conectar cada antecedente, en este caso, cada declaración testimonial –más bien la información que dicha declaración entrega–, con la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos. Así, para realizar este ejercicio se haría necesario en el medio de prueba en análisis determinar si creemos o no en la información que se nos está proporcionando. Luego, dicha determinación no puede estar guiada por factores subjetivos, sino que debe basarse en elementos racionales, es decir, que en la respectiva resolución se justifique la decisión tomada y sea entonces posible de controlar de manera intersubjetiva¹⁴.

Si revisamos el examen que se ha realizado respecto a la prueba testimonial, la forma propuesta por la doctrina tradicional para su valoración, así como el planteamiento legislativo, se alejan de una valoración racional como la planteada producto del centralismo en el testigo ya enunciado¹⁵. Dicho centralismo no hace más que basar la valoración de este medio de prueba y, por tanto, muchas veces la decisión del asunto, en quién es el testigo, descartando o ignorando la información entregada en su declaración¹⁶.

Así, el efectuar una valoración de la prueba testimonial cuyo pilar sea el declarante, impide una valoración racional porque devela la existencia de prejuicios respecto a ciertas persona producto de ciertas relaciones o situaciones de la misma. Esto demuestra que al parecer no es relevante para la toma de decisiones la información que se nos entrega sino quién la entrega, y en ese sentido el prejuicio. Si un determinado testigo

¹¹ *Ibid.*

¹² MATURANA, Cristián; MONTERO, Raúl, *Derecho procesal penal*, Legal Publishing Chile, 2010, p. 985.

¹³ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, n° 3, 2019, p. 795.

¹⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2007.

¹⁵ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “Repensando el testimonio...”, *op. cit.*, pp. 791-819.

¹⁶ *Ibid.*

tiene algún tipo de relación que podemos calificar de cierta cercanía con alguna de las partes, la información que proporciona se invalida, es más, la estimamos falsa o a lo menos dudamos de ella porque podría estar mintiendo¹⁷.

Estos prejuicios que pueden revisarse en materia jurisprudencial a veces de manera más o menos explícita, se encuentran claramente establecidos en los listados de tachas. Las tachas son una enumeración de personas a las que hay que mirar con especial recelo. En algunas legislaciones, como el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000 (en adelante, LEC 2000), es un criterio a considerar en materia de valoración de este medio de prueba¹⁸. En Chile, el único listado de tachas que tenemos se remonta al procedimiento civil¹⁹, en cuyo caso la regulación, aunque no lo menciona de manera explícita, tiene como consecuencia lisa y llanamente la exclusión de los testigos de acogerse la tacha impetrada. A mi juicio, en ambos casos, aunque de una manera más soterrada en el de la LEC 2000, el mensaje detrás de esta institución es que lo importante es el declarante y no la información que entrega.

En el caso chileno, los procedimientos calificados como reformados, es decir, aquellos en que en lo principal han pasado de un procedimiento escrito, de lato conocimiento y sin intermediación, a uno oral, estableciendo dos audiencias principales, concentrado y con intermediación, no hacen referencia a las tachas, más aún, se menciona explícitamente que no existirán testigos inhábiles. Luego, no hay testigos excluidos, pero la figura del mismo sigue influyendo en materia de valoración aún sin orden explícita del legislador, es decir, el centralismo en el testigo sigue primando²⁰.

El centralismo en el testigo al que se ha aludido tiene como consecuencia omitir la información que el declarante está entregando, en otras palabras, el testigo lo que hace es contaminar la declaración porque al valorarla se le resta credibilidad por ser quién es²¹. Si bien toda información es valiosa en el proceso porque podrá tender los puentes respectivos para la construcción de inferencias y de esa manera tomar la decisión más justa posible y de manera motivada, hay casos en que esto es aún más necesario, es decir, aquellos casos en que lo único disponible, por las características del asunto, es la prueba testimonial y que, por tanto, independiente de que tengamos o no un listado de tachas, los prejuicios aparejados a ciertas personas que prestan declaración deben, en principio, dejarse de lado. Así, veremos cómo en materia laboral, utilizando algunos ejemplos circunscritos a la legislación chilena, esta manera de tradicional de revisar la prueba testimonial es imperiosa que sea revisitada.

¹⁷ SILVA, Eva; MANZANERO, Antonio; CONTRERAS, María José, *CAPALIST. Valoración de las capacidades para testificar*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 16.

¹⁸ Artículo 376 LEC 2000.

¹⁹ Artículo 358 Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC).

²⁰ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, "Repensando el testimonio...", *op. cit.*, p. 803. También en GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, *El testimonio como prueba...*, *op. cit.*

²¹ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, "Repensando el testimonio...", *op. cit.*, p. 811.

3. NECESIDAD VERSUS DIFICULTAD DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL ÁMBITO LABORAL

El proceso laboral chileno fue reformado el año 2008 donde se estableció, de manera general, la existencia de dos audiencias en el procedimiento ordinario, una preparatoria –principalmente de ofrecimiento de prueba– y otra de juicio oral²². Luego, en materia de prueba testimonial, el artículo 454 n°5 del Código del Trabajo (en adelante, CT) señala expresamente que “*no se podrá formular tachas a los testigos*”, lo que implica que no existen testigos inhábiles ya que esta norma se refiere a la audiencia de juicio, pudiendo solamente, al final de la audiencia y en forma oral “[...] *hacer las observaciones que estimen oportunas respecto de sus circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones*”.

Así las cosas, se podría señalar que, revisando la regulación del procedimiento ordinario laboral chileno, no habría en ella problemas relativos al centralismo en el testigo que esbozamos porque no hay testigos inhábiles. Si bien aquello es cierto porque no existiría una exclusión de personas derivada de quienes son y que les impediría por tanto declarar, de todas formas, al momento de la valoración de la prueba, el centralismo vuelve a surgir porque las declaraciones de ciertas personas se examinan con suspicacia²³.

En algunas materias, puede que la cantidad de información disponible sea suficiente y por tanto la prueba testimonial no sea tan relevante para la resolución de un asunto –aunque en este texto se postula que, de todas formas, mayor información, produce una mejor decisión–, sin embargo, hay casos en materia laboral, en que la única prueba disponible o, aunque existen otros antecedentes, la única que permitiría dilucidar el conflicto proviene de la declaración de una persona ajena al juicio.

A lo señalado en precedencia, se añade que en los conflictos que enunciaremos, la mayoría de las declaraciones provienen de personas que en un sistema como el civil serían “tachables”, es decir, de ciertos sujetos cercanos a las partes o al objeto del proceso²⁴. Personas de las que tradicionalmente se desconfía, pero que presentan la paradoja de que esta mayor cercanía con el conflicto hace, al mismo tiempo, que tengan mejor información sobre el asunto. En otras palabras, mayor cercanía, más desconfianza en general, pero también mejor información²⁵.

Como se mencionó, revisaremos algunos casos particulares en que lo mencionado se hace latente en conflictos laborales. Si bien se ha señalado que en el proceso laboral en general “[...] *la experiencia confirma la singular importancia que juega en el mismo la intervención de los testigos*”²⁶ porque en variadas ocasiones las pruebas escritas no existen

²² Ley N° 20.260 “Modifica el Libro V del Código del Trabajo y la Ley N° 20.087, que establece un nuevo procedimiento laboral”

²³ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “Repensando el testimonio...”, *op. cit.*, p. 803.

²⁴ Revisar artículo 358 CPC.

²⁵ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “¿Es posible valorar la prueba testimonial? Algunas estrategias para lograrlo”, *op. cit.*

²⁶ SANZ TOMÉ, Federico, “La prueba de testigos en el proceso laboral”, *Revista de Política Social*, n° 114, 1977, pp. 67-75.

o son insuficientes y que incluso, por lo mismo, también se ha considerado el no limitar la cantidad de testigos a presentar²⁷, hay ciertos casos en que esto es evidente.

El primero de los casos, dice relación con la acreditación del principio de la primacía de la realidad, que se vincula, en ciertas ocasiones, con la acreditación de la relación laboral. El principio mencionado se refiere “[...] a que la existencia de una relación de trabajo no depende de los pactos realizados por las partes, ni de la apariencia contractual, ni de las relaciones jurídicas subjetivas, sino, por el contrario, de la situación real en que se halla el trabajador respecto del patrono, de la realidad de los hechos a que aquel se encuentra vinculado y de las situaciones objetivas que surgen indistintamente de la nomenclatura utilizada para definir la relación”²⁸. Así, para la acreditación de esta situación “real”, claramente el soporte en el que consten dichos antecedentes es muy difícil que sea escrito, y deberá revelarse a través de la declaración de testigos que confirmen la existencia de, por ejemplo, ciertos beneficios laborales constantes en un período de tiempo. Es probable, además, que estos testigos serán trabajadores o ex trabajadores de la empresa demandada.

Vinculado con el principio anterior, se encuentra la acreditación de la existencia de una relación laboral. Cabe recordar que, si bien en muchas ocasiones la relación laboral consta en un documento escrito, para que se presuma dicha relación basta con que exista, por parte del trabajador, la prestación de servicios personales bajo dependencia y subordinación del empleador (artículo 8 CT) ya que el contrato de trabajo es consensual (artículo 9 CT).

La importancia de la prueba de testigos en estas materias podemos verla en alguna jurisprudencia chilena al respecto. Así, en la presente cita podemos revisar cómo se descarta la existencia de un contrato de trabajo por no ser suficiente la prueba testimonial presentada en juicio, reflejando la importancia de este medio de prueba para probar aquello: “Considerando lo establecido en el artículo 1698 del Código Civil, correspondía a la actora acreditar cada uno de los presupuestos que determinan la existencia de un contrato de trabajo, sin embargo esta premisa no fue superada. Si bien esta juez reconoce lo determinado a través del principio de primacía de la realidad en tanto se puede otorgar mayor valor a aquello que ocurre en la práctica de los hechos, por sobre lo que se encuentra regulado y reflejado en los documentos, analizadas las declaraciones de los testigos ofrecidos por la demandante las mismas no resultan precisas y concordantes, para concluir que en la especie existió este vínculo de subordinación reclamado por la actora; incluso se aprecia en la declaración de doña XX, que ella no logra dar razón de sus dichos respecto de la subordinación y dependencia que vinculaba supuestamente a la actora para con la demandada, y por el contrario su testimonio pierde toda credibilidad en atención a la periodicidad o habitualidad con la que utilizaba este medio de transporte en donde supuestamente laboraba la demandante”²⁹.

En una materia similar, descartándose también la relación laboral, se pone de manifiesto como la prueba testimonial es la única posible de utilizar: “En relación a la supuesta colisión del principio de primacía de la realidad que se alega, con el contrato de trabajador portuario eventual que une a las partes, la demandante basa su alegación en supuestos que no ha podido

²⁷ Ibid.

²⁸ BARAHONA BETANCOURT, Ricardo, “Principio de Primacía de la Realidad en el ejercicio de la medicina”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2, n° 4, 2011, pp. 51-76.

²⁹ 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol O-946-2020, 20 de septiembre de 2020.

acreditar y que consisten en la realización de faenas o la prestación de funciones distintas a las que se indica en el contrato. La declaración de un solo testigo en la causa para este efecto se considera insuficiente, más aún cuando él tiene interés en esta materia, por tener las mismas características que los demandantes. Además declara cosas contradictorias, reconociendo abiertamente ser un trabajador portuario eventual, después dice que es permanente y después que no entiende mucho. Lo anterior le resta credibilidad a su relato. Además, el hecho de reconocer en fotografías a personas cuyo rostro está cubierto, también le resta credibilidad a su relato”³⁰.

Un segundo asunto, en que la necesidad de prueba testimonial es clara, se genera en casos de acoso sexual y también laboral. Ambos tipos de acoso están definidos en el artículo 2 CT chileno, el primero, como aquello “[...] que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”. El segundo, se entiende como “toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

Aquí un interesante caso jurisprudencial donde es posible revisar lo determinante de este medio de prueba en un caso de acoso sexual donde además el tribunal efectúa las respectivas inferencias para la acreditación de la figura que se denuncia: “Afirma que entonces, a las gravísimas imputaciones de las dos denuncias se suman los hechos que se tuvieron por acreditados por los testigos. En este sentido, resulta evidente que no existen medios de pruebas adicionales para probar el acoso verbal que efectuada el demandante en contra de ambas víctimas, lo que es un problema bastante común en este tipo de situaciones. En este caso, el hecho de que sean dos denunciante y que sus testimonios sean muy similares –tanto en los hechos como en las palabras–, llevan a concluir su veracidad. A mayor abundamiento, las pruebas deben ser analizadas de manera armónica y coherente y los hechos relatados en las denuncias calzan con lo relatado por los testigos desde distintos puntos de vista. En efecto, por ejemplo, los testigos no pueden declarar exactamente qué les dijo el demandante a las víctimas al oído, pero sí afirman que solía hablarles al oído, lo que hace verosímiles las acusaciones de las denunciante”³¹.

En igual sentido la siguiente sentencia: “Lo primero que ha de señalarse es que la ocurrencia del acoso sexual o a lo menos de conductas inapropiadas en contra de la actora, como se señaló, está acreditado pues su madre, señora X, y su compañera de labores, señora X, a lo menos presenciaron la situación en que don XX habría intentado tocar de una manera inadecuada a la actora. En sus deposiciones ambas describen este hecho de manera similar, lo que es ratificado incluso por la trabajadora en su confesional, prueba incorporada por la propia demandada. Y el testigo señor XX no pareció creíble al negar esta acusación”³².

Por último, podemos señalar el caso de la acción de tutela de derechos fundamentales. En el Derecho chileno esta se refiere, en términos amplios, a aquella “cuya finalidad central es la protección de los derechos fundamentales del trabajador de naturaleza no laboral, tales como

³⁰ 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol O-5883-2017, 24 de agosto de 2016.

³¹ 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol O-4383-2020, 7 de septiembre de 2021.

³² 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol T-1885-2018, 29 de noviembre de 2019.

la intimidad, la libertad de expresión o la honra”³³. En este sentido, la prueba testimonial puede ser efectivamente determinante. Luego, podemos revisar como la misma se sigue valorando centrada en quién es el testigo, es más, en el caso que a continuación se cita es posible revisar también el tratamiento que se le da a los testimonios de oídas: *“los testigos presentados por la parte demandante tienen el carácter de referenciales, indirectos o como coloquialmente se conoce «de oídas», toda vez que ambos declararon haber tomado conocimiento de los hechos relatados atendida su relación de parentesco y convivencia (marido y hermana) respecto de la demandante. Esto, a prima facie, no implica cuestionar su credibilidad o la veracidad en sus declaraciones, el problema epistémico se produce en que la percepción que ambos tienen respecto a la materialidad de la relación laboral se encuentra mediada, influenciada y/o distorsionada por la percepción de una de las partes, y los sesgos que naturalmente pueden existir. Esto que incide en que los errores o falsas apreciaciones que una de las partes tiene de la realidad material, es trasladada a la información con que cuenta el testigo. Dicho de otra forma, el núcleo de su disvalor probatorio reposa en la calidad de la información transmitida, lo que se ve reforzado (secundariamente) por el parentesco estrecho entre los testigos y la demandante (marido y hermana)”*³⁴.

Ahora, en la misma sentencia también es posible apreciar la posibilidad de valorar testimonios de oídas: *“si bien esa información también habría sido percibida de forma indirecta por el testigo (de «oídas»), ya que no estaba en el local cuando ocurrió y luego escucho comentarios de otros colegas, se estima que su declaración reúne al menos, mínimos elementos de objetividad, pues escuchó la versión de otros colegas, de manera que no cabe presumir razonablemente que su información este distorsionada intersubjetivamente o mediada por la percepción sesgada de una de las partes del conflicto”*³⁵.

Por último, este caso revela la importancia de la testimonial ya que si bien hay prueba documental expresamente se menciona que *“Que, refrenda lo anterior, la circunstancia que la documental permite únicamente establecer distintas patologías o condiciones que durante los últimos 5 años han afectado a la demandante, pero no su relación de causalidad con alguna acción u omisión atribuible a la empleadora”*³⁶.

En los casos mencionados se devela la necesidad de la prueba testimonial en materia laboral demostrando que esta es fundamental para acreditar ciertos enunciados sobre los hechos en que no hay constancia de prueba en soporte escrito y en que resulta irrelevante una posible pericial. Las materias expuestas no hacen más que apreciar, ya sea para acoger o rechazar una demanda, cómo el factor fundamental se encuentra en la prueba de testigos, lo que implica que ésta no es posible de ser eliminada de la ecuación de un proceso como el laboral sino que, por el contrario, en virtud de la naturaleza de la relación laboral, la cercanía entre las posibles partes del conflicto y las materias que se ventilan –en casos como el acoso laboral o sexual materias que son totalmente íntimas–, el único medio de prueba posible es la testimonial proveniente de la declaración de

³³ UGARTE CATALDO, José Luis, “Tutela Laboral de Derechos Fundamentales y carga de la prueba”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 33, 2019, p. 215.

³⁴ 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol T-975-2021, 4 de mayo de 2022.

³⁵ 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol T-975-2021, 4 de mayo de 2022.

³⁶ 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol T-975-2021, 4 de mayo de 2022.

personas que, desde la doctrina tradicional, no cumplirían con los requisitos de un testigo canónico, es decir, totalmente ajeno e independiente.

4. ES POSIBLE LA VALORACIÓN DE TESTIMONIOS, PERO CON LÍMITES

El apartado anterior permitió exponer la necesidad en materia laboral de la prueba testimonial, tomando como muestra ciertos casos que de mejor manera demostrarían la misma. De esta necesidad urge hacerse cargo porque la posibilidad de descartar este medio de prueba no es posible, tampoco es centrar la valoración en el testigo porque aquello implicaría una valoración subjetiva, pero además descartaría todas las declaraciones que se presenten ya que las que se necesitarán con mayor ímpetu son de aquellas personas que nos puedan entregar mejor y mayor información y claramente un tercero con total ajenidad no presenta dichas características.

Entendido lo anterior, habría entonces que plantearse cómo es posible la valoración de este medio de prueba, incluso entendiendo los testimonios en sentido amplio – incluyendo a las partes–, tomando en consideración en la medida justa al declarante y evitando la contaminación que éste puede producir en la información que se entrega.

En un texto reciente planteo considerar cinco estrategias a tener en cuenta para poder valorar testimonios³⁷. Es así como: (i) prescindir del centralismo en el sujeto; (ii) distinguir los elementos de los testimonios; (iii) analizar la credibilidad del sujeto como uno de los elementos; (iv) analizar la fiabilidad de la información entregada por el testigo; y (v) sincerar la necesidad de una valoración conjunta de los elementos de juicio.

Grosso modo, creo que del texto resulta claro el porqué de la necesidad de prescindir del sujeto. Su utilización como elemento determinante al momento de valorar la prueba testimonial no hace más que caer en una valoración irracional que no es posible de controlar y que impide analizar la información que se introduce al proceso para luego utilizarla como elemento o antecedente para la debida decisión³⁸.

El segundo criterio implica distinguir los elementos de los testimonios en general que podemos extraer de los conceptos que la epistemología nos entrega. Así, si bien el sujeto/testigo/declarante es uno de ellos, debe revisarse en igual medida el producto de la declaración que dicho sujeto efectúa, es decir, el testimonio. Así, los elementos distintivos, sin relación jerárquica, son el sujeto y el producto de la declaración³⁹.

El tercer criterio, mira al primero de los elementos citados, el sujeto/testigo/declarante, en ese sentido el examen debe revisar su credibilidad como propiedad de los testimonios y así, como no hay normas de tacha en materia laboral como un criterio excluyente y atendido que la valoración se realiza de acuerdo con las normas de la sana crítica, deben

³⁷ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “¿Es posible valorar la prueba testimonial?...”, *op. cit.*

³⁸ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “¿Es posible valorar la prueba testimonial?...”, *op. cit.* También en GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “Repensando el testimonio...”, *op. cit.*, p. 803 y GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, *El testimonio como prueba...*, *op. cit.*

³⁹ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, *El testimonio como prueba...*, *op. cit.*, pp. 204 y ss.

mirarse ciertas cualidades personales vinculado a capacidades intelectuales y cognitivas⁴⁰.

El penúltimo criterio examina el segundo elemento, es decir, el producto de la declaración y si esta información que se entrega es fiable. Debemos entender la fiabilidad como otra propiedad de los testimonios. Luego, solamente es posible evaluarlo respecto a su plausibilidad, coherencia, consistencia y dar razón de los dichos, pero de cumplirse esto lo que permite es obtener un buen relato, pero no un relato verdadero. En otras palabras, una mala narración, podría ser también y perfectamente una narración verdadera⁴¹.

Es por lo mencionado que debemos mirar y nuevamente transparentar que con un solo testimonio es difícil tomar decisiones –mayor información, mejor decisión– y por ello el último criterio es realizar una valoración conjunta que implique que cada testimonio u otro antecedente apoye al otro testimonio y permita la realización de inferencias⁴². Sólo a modo de ejemplo, volver sobre la sentencia referida a la acción de tutela de derechos fundamentales que señala: “[...] *el valor probatorio de la testimonial de la demandante, si cuenta con elementos de corroboración como lo es la declaración en estrados de los testigos de la parte demandada*”⁴³.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo hemos podido apreciar que la forma tradicional de examinar la prueba testimonial ha traído como consecuencia que se desconfíe de la misma por el énfasis que se tiene en el sujeto en la revisión de la misma. Lo anterior ha generado lo que denominamos en este trabajo como centralismo en el sujeto y que trae aparejado que la valoración de dicho medio de prueba y la credibilidad de su testimonio se base en quién está declarando.

El centralismo mencionado es complejo en materia laboral ya que, por una parte, la desconfianza en este medio de prueba debe dejarse de lado porque hay materias – principio de la realidad, relación laboral, acoso sexual, acoso laboral o tutela de derechos fundamentales– en que éste es el único medio de prueba disponible. Por otra parte, quienes ejercen de testigos en esta área no se ciñen a los parámetros tradicionales de testigos porque quienes mejor información tienen son las personas más cercanas o que cumplen con los criterios de “personas sospechosas”. He ahí la paradoja.

De esta manera, pudimos revisar la necesidad, especialmente en los casos mencionados, de la prueba testimonial en el ámbito laboral. Esta necesidad y la paradoja presentada no impide que su valoración tenga ciertas dificultades las que de forma general son

⁴⁰ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “Una increíble, aunque verosímil historia de las palabras: fiabilidad, credibilidad y testimonios”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 36, n° 2, 2023, pp. 187-204.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio Facti: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra Editores, Lima, 2005, p. 54. GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, “¿Es posible valorar la prueba testimonial?...”, *op. cit.*

⁴³ 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol T-975-2021, 4 de mayo de 2022.

posibles de solucionar, con ciertos límites que se sinceraron, en los cinco criterios o estrategias de valoración esbozadas en el último apartado.

BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, Jonathan, "Epistemological Problems of Testimony", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter Edition, 2017. Fecha de consulta: 5 de enero de 2024.
- BARAHONA BETANCOURT, Ricardo, "Principio de Primacía de la Realidad en el ejercicio de la medicina", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2, nº 4, 2011.
- DIGES, Margarita, *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, Editorial Trotta, Madrid, 2018.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, "¿Es posible valorar la prueba testimonial? Algunas estrategias para lograrlo" en BORGIA, Gianluca; PEREIRA PUIGVERT, Sílvia (Dirs.) *Retos de la prueba en el proceso actual*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) (en prensa).
- GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, "Una increíble, aunque verosímil historia de las palabras: fiabilidad, credibilidad y testimonios", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 36, nº 2, 2023.
- GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, *El testimonio como prueba. Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*, Bosch, Barcelona, 2021.
- GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, "Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, nº 3, 2019.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio Facti: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra Editores, Lima, 2005.
- MANZANERO, Antonio, *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*, Editorial Pirámide, Madrid, 2021.
- MANZANERO, Antonio, *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*, Editorial Pirámide, Madrid, 2017.
- MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl, *Derecho procesal penal*, Legal Publishing Chile, 2010.
- PÁEZ PEÑUELA, Andrés, "La prueba testimonial y la epistemología del testimonio", *Isonomía*, nº 40, 2014.
- PARDO, Michael, "Testimony", *Tulane Law Review*, vol. 82, 2007.
- PINO ABAD, Miguel, *Testigos bajo sospecha. Estudio histórico-jurídico de la tacha*, Dykinson, Madrid, 2014.

- RAMOS, Vitor de Paula, *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- SANZ TOMÉ, Federico, "La prueba de testigos en el proceso laboral", *Revista de Política Social*, nº 114, 1977.
- SILVA, Eva; MANZANERO, Antonio y CONTRERAS, María José, *CAPALIST. Valoración de las capacidades para testificar*, Dykinson, Madrid, 2018.
- UGARTE CATALDO, José Luis, "Tutela Laboral de Derechos Fundamentales y carga de la prueba", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº 33, 2019.
- WALTON, Douglas, *Witness testimony evidence. Argumentation, artificial intelligence and law*, Cambridge University Press, New York, 2007.

LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DECOMISO AMPLIADO

Tamara Funes Beltrán
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas el decomiso se ha convertido en una pieza clave de la cooperación penal por su alto grado de eficacia en la prevención y lucha contra las formas de delincuencia más graves y en la recuperación de activos. Esta circunstancia ha generado un gran desarrollo normativo de la figura en el plano internacional y europeo que, irremediablemente, ha repercutido de forma directa en el legislador español. Especialmente, es a partir del año 2015 con la trasposición de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, cuando se producía una importante transformación en la regulación de la figura en nuestro ordenamiento jurídico que afectaba a su plano sustantivo, procesal y orgánico. En este periodo de transformación de la figura, ocupa un lugar destacado la regulación del decomiso ampliado, no exenta de críticas, principalmente, por la previsión de una serie de indicios y presunciones para su aplicación.

2. GENERALIDADES DEL SISTEMA PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Ahora bien, para comprender el trasfondo de las críticas recibidas en la regulación de esta modalidad de decomiso, debemos detenernos en un primer momento en los aspectos generales que rigen en nuestro sistema probatorio.

Dentro del proceso penal español, la prueba se alza como la actividad esencial en el proceso judicial, puesto que, será el instrumento a través del cual el juzgador justifique la resolución que ponga fin al litigio. Otorgando una importancia transcendental al desarrollo y estudio del sistema probatorio.

En nuestro proceso, al igual que los hechos, la prueba es aportada al proceso por las partes, quienes tienen la carga de llevar al proceso el material de comprobación de los mismos, para así obtener una sentencia favorable a su posición. Dicho de otra forma, las alegaciones que plantean las partes en el proceso son meras afirmaciones de hechos, pero

se exige su verificación a través de la prueba, ya que por sí solas no serían suficientes para dictar una sentencia motivada¹.

Por su parte, el órgano jurisdiccional será quien valore la prueba aportada y practicada y, en aplicación de la ley, dictará una sentencia fundada que resuelva el litigio. Esto no significa que el juzgador sea un convidado de piedra durante el juicio oral, sino que, durante el mismo, en especial en la práctica de la prueba, el juez adquiere un papel más pasivo que el órgano instructor. Aun así, durante el juicio oral, dirigirá los debates y podrá pedir las aclaraciones o explicaciones que considere oportunas, y, además, podrá ordenar la práctica de oficio de aquellas que autoriza el artículo 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim)².

En ese sentido, es importante distinguir la actividad probatoria, que se desarrolla durante el juicio oral, de los actos de investigación o “instructorios”, que se desarrollan necesariamente de forma previa a tal actividad durante la fase de instrucción, permitiendo articular la prueba en el juicio oral.

En esta dicotomía conceptual, que se ve reflejada en las dos fases procesales en las que se divide el proceso penal, debemos traer a colación la distinción entre lo que se conoce como fuentes de prueba y medios de prueba. Mientras que, la fuente de prueba es un concepto extrajurídico referido a los objetos o personas que existen en la realidad material, es decir, fuera del proceso, y que aportan información útil para el esclarecimiento de los hechos (por ejemplo, un documento, un testigo, una grabación...); el medio de prueba, en cambio, es un concepto jurídico que se refiere a aquellas actividades que son necesarias para incorporar la fuente de prueba al proceso, es por ello, que su existencia se da en el proceso, es decir, su carácter es procesal (por ejemplo, la prueba testifical, documental, la pericial...)³. Dicho de otro modo, durante la fase de instrucción, la investigación estará dirigida a la obtención de las fuentes de prueba que permitan esclarecer el hecho delictivo y su autoría. Posteriormente, estas fuentes serán incorporadas al proceso judicial a través de las normas que regulan los medios de prueba.

Conforme a lo anterior, solo será prueba aquella que se incorpora al proceso y se practica en el juicio ante el órgano judicial con todas las garantías, y con base en los principios esenciales que rigen en la actividad probatoria, esto es, inmediación judicial, contradicción, publicidad, oralidad y concentración.

Dicho de otro modo, la prueba en el proceso se identificaría con la actividad de verificación de unos hechos que se han afirmado, pero no de su averiguación, que estaría identificada con la actividad de investigación, dirigida a obtener las fuentes de prueba

¹ MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 424.

² ASECIO MELLADO, José María, “Proceso y procedimiento. Principios”, en VV. AA., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 185.

³ BARONA VILAR, Silvia, “Medios de prueba”, en VV. AA., *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 436.

para la averiguación del delito y de su autoría, y que deberán ser incorporadas al proceso mediante los medios de prueba correspondientes⁴.

En definitiva, las partes deberán acreditar en el juicio oral, los hechos que alegan, a través de la prueba para lograr la convicción del juez. Ello delimita irremediabilmente dos aspectos. En primer lugar, el objeto de la prueba en el proceso, puesto que, este quedará limitado a probar las afirmaciones que las partes sostienen en sus escritos de acusación y defensa. Y, en segundo lugar, afectaría a los medios de prueba que podrán proponer las partes, ya que para su admisión y práctica, estos medios deberán ser considerados pertinentes, útiles y lícitos.

3. MANIFESTACIONES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

3.1. La presunción de inocencia como regla probatoria

La transcendencia que tiene la presunción de inocencia en nuestro sistema penal es innegable. Se trata de uno de los derechos fundamentales de mayor relevancia que integran el conjunto de garantías del proceso penal. Se encuentra reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española (en adelante, CE), sin embargo, carece de un adecuado desarrollo legal, siendo la jurisprudencia la encargada de establecer su contenido esencial.

La aplicación de este principio en el proceso garantiza la inocencia del sujeto pasivo hasta que se dicte contra él una sentencia condenatoria⁵. Para desvirtuar esta presunción, se exige a la parte acusadora una mínima actividad de cargo que acredite dicha culpabilidad.

A pesar de su denominación con el término de “presunción”, realmente, la presunción de inocencia es una “presunción aparente”, puesto que el investigado tiene la condición de inocente sin necesidad de probar ningún hecho, exigiendo una prueba de cargo para poder condenar. Por el contrario, la aplicación de una presunción requiere la prueba del hecho base o antecedente, relacionado con el hecho presumido mediante una máxima de experiencia, de forma que, probado el antecedente, se entiende probado el hecho presumido⁶.

En nuestro sistema penal, la presunción de inocencia tiene varias manifestaciones, a pesar de desplegar sus mayores efectos en el ámbito probatorio, como veremos a continuación, constituyendo una de las garantías más importantes. Este derecho constituye todo un principio informador del proceso penal, y condiciona su estructura y desarrollo. Y no solo eso, sino que también, se establece como regla de tratamiento que debe estar presente en todas las actuaciones del proceso y, por ende, el investigado será tratado como inocente durante su tramitación hasta que recaiga una sentencia

⁴ MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 426.

⁵ En el mismo sentido se dispone en el artículo 3 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, “El derecho a la presunción de inocencia”, en VV. AA., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 438.

condenatoria. Desde este plano, adquiere importancia en dos aspectos, el primero de ellos, en la adopción de medidas cautelares personales, especialmente, en aquellas más graves como la prisión provisional, que solo se podrá adoptar para los fines que tiene previstos y está sujeta a una motivación estricta. Y, en segundo lugar, evita que se planteen sospechas de culpabilidad sobre quien ha sido absuelto por insuficiencia de pruebas.

3.2. La carga de la prueba

No obstante, como ya se ha puesto en evidencia, la presunción de inocencia produce sus mayores efectos en materia probatoria. En este sentido, se exige en particular:

Primero, que sea la acusación quien acredite los hechos constitutivos de la pretensión punitiva, es decir, aporte prueba de cargo. Esto implica que, para obtener una sentencia condenatoria, la acusación deberá probar los hechos constitutivos de la responsabilidad penal y civil del acusado, es decir, la existencia de todos los elementos del tipo delictivo y de la participación en los hechos de los acusados. De lo contrario, la acusación será quien se vea perjudicada ante la falta de prueba con una sentencia desfavorable, puesto que, estos casos la aplicación de la presunción de inocencia evitaría que se dictaminase un pronunciamiento de condena.

Frente a esta premisa sobre la carga de la prueba, no cabría establecer presunciones legales que invirtiesen esta regla, y tuviera que ser el acusado quien probase la inocencia⁷. Esto no debe confundirse con el hecho de que el acusado debe mantener siempre una posición pasiva, puede hacerlo, pero lógicamente si existe prueba de cargo de la que se desprende su culpabilidad, su inactividad no impide por sí sola que recaiga una sentencia condenatoria. Ante la obligación que tiene la parte acusadora de aportar la prueba de cargo sobre los hechos constitutivos de delito, la defensa podrá introducir afirmaciones sobre los hechos impositivos, extintivos o excluyentes, pudiendo proponer y practicar prueba sobre ellos, y finalmente, negar los hechos constitutivos, es decir, podrá plantear lo que se conoce como prueba de descargo.

Segundo, para que la sentencia sea condenatoria, tendrá que basarse en suficientes pruebas de cargo, las cuales deberán haber sido obtenidas lícitamente y practicadas con todas las garantías. Con arreglo a ello, el órgano decisor tendrá que motivar la valoración de la prueba que justifica la decisión alcanzada.

Tercero, la presunción de inocencia como regla de juicio, implica que la sentencia condenatoria solo recaerá cuando se haya obtenido por el juez la certeza de la culpabilidad del acusado, mediante las pruebas de cargo válidamente celebradas en juicio. Si, por el contrario, la prueba practicada fuera insuficiente, y no se hubiera obtenido una certeza, más allá de una duda razonable, en aplicación del principio *in dubio pro reo* (principio que se integra dentro de este derecho fundamental) se deberá dictar una sentencia absolutoria. Se trata de un derecho que asiste únicamente al acusado.

⁷ *Ibid.*, p. 438.

3.3. La prueba de indicios

Para acreditar la veracidad de los hechos, se ha hablado de la necesidad de aportar prueba de cargo. No obstante, cuando hablamos de prueba, esta a su vez puede ser clasificada como prueba directa o indirecta. La prueba directa se refiere aquella que ofrece el conocimiento o relación existente entre el objeto de prueba y el juez de forma directa, es decir, sin intermediarios. Frente a ella, tendríamos la prueba indirecta, es decir, aquella en la que el juez entra en contacto con el objeto de prueba a través de otras, por ejemplo, la prueba testifical o pericial⁸. Ahora bien, desde otra perspectiva doctrinal, la prueba indirecta se identificaría con aquella que acredita el hecho principal a través de la prueba de otros hechos, y la prueba directa, cuando el hecho principal se acredita de forma directa.

Centrándonos en la prueba indirecta, nos referiremos los indicios. Estos se presentan como un mecanismo para valorar determinados hechos que sí han quedado acreditados (indicios) para deducir la existencia de otros (hechos consecuencia o presumidos). Este mecanismo debe utilizarse con mucha cautela para evitar la vulneración de la presunción de inocencia. Para reducir este riesgo se establecen una serie de requisitos, que se exigen para dotar de valor probatorio a este medio de prueba indirecto: primero, deben concurrir varios indicios; segundo, el hecho antecedente debe estar acreditado; tercero, debe existir un nexo entre ambos hechos; y, por último, la convicción judicial deberá estar motivada mediante un juicio racional y lógico.

4. REGLAS PROBATORIAS EN EL DECOMISO AMPLIADO

4.1. Generalidades del decomiso ampliado

Como ya se ha mencionado, la regulación del decomiso en el ordenamiento español sufre una transformación importante durante los últimos años auspiciada por el legislador europeo. En un primer momento, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio⁹, se produjo la transposición de la potestad de decomiso ampliado, cuya finalidad iba dirigida a privar a la delincuencia organizada tanto de los bienes asociados con el delito como de todos los demás, incluidos en su patrimonio, susceptibles de generar una ventaja económica y cuyo origen se presumía ilícito, pero estos últimos carecían de una relación directa con el objeto enjuiciado. Lo que generó numerosas críticas, puesto que su aplicación podría desembocar en un acto de confiscación general de bienes que, sin tener relación directa con los hechos enjuiciados, el sujeto no pudiera justificar el origen legal al carecer de una fuente de ingreso lícita¹⁰.

⁸ LÓPEZ YAGÜES, Verónica, "Actos de prueba", en VV. AA., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 242.

⁹ Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010, que transponía el contenido de la Decisión Marco 2005/212/JAI.

¹⁰ ANANÍAS ZAROR, Ignacio, "El comiso de ganancias", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 21, 2014, pp. 162 y 163; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "Decomiso y embargo de bienes. Decisión Marco 2005/212 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DO L68 de 15 de marzo de 2005)", *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 60, núm. extra 2015, 2006, p. 16.

No obstante, con la transposición de la Directiva 2014/42/UE mediante la Ley Orgánica 1/2015 y la Ley 41/2015, que modificaban el Código penal y la Ley de enjuiciamiento criminal respectivamente, quedaba configurado el régimen del decomiso.

Dicho esto, junto al decomiso directo o por sentencia condenatoria, la regulación del resto de modalidades de decomiso –principalmente, en lo que se refiere al decomiso ampliado– han sido objeto de numerosos debates doctrinales como consecuencia de las posibles trasgresiones, que en su aplicación pueden sufrir los derechos fundamentales¹¹, y no solo de aquellos que ostenta el sospechoso o sujeto pasivo del proceso penal, sino también de terceros afectados. Y es que, estas modalidades de decomiso han sido previstas con carácter excepcional –por ello, su ámbito de aplicación se limita, por ejemplo, a determinados delitos–, puesto que, en su aplicación se modulan e incluso se prescinden en ocasiones de algunos principios del proceso penal.

En cuando al régimen del decomiso ampliado establecido en nuestro Derecho interno, el legislador español ha previsto un tipo básico llamado “decomiso ampliado ordinario” en el artículo 127 bis del Código Penal, aplicable a otros bienes que pertenezcan al condenado, y que se presume que proceden de su actividad delictiva, aplicándose tanto a delitos dolosos como imprudentes. Y un tipo reforzado o cualificado –que trae como causa el desempeño de actividad delictiva previa continuada– en los artículos 127 quinquies y sexies, en cuyo caso podría no ser aplicado este decomiso si a criterio del juzgador lo considera desproporcionado.

4.2. El sistema de presunciones y prueba indiciaria en el decomiso ampliado

La configuración legal que realiza el legislador español sobre la figura del decomiso ampliado se caracteriza por su complejidad, ya que se prescinde del nexo causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, basándose en una serie de indicios objetivos fundados de que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, salvo que se hubiera acreditado su origen legal. Como veremos, el establecimiento de estas *presunciones iuris tantum*, aparentemente próximas a la inversión de la carga de la prueba, ha generado discusiones doctrinales sobre su adecuación a las garantías del proceso penal.

Efectivamente, los tres preceptos enunciados, se sirven de un sistema de indicios objetivos fundados y de presunciones *iuris tantum* sobre el origen ilícito del patrimonio del condenado y de actividad delictiva previa continuada, que justificaría la extensión del decomiso a esos bienes con los que no existe un nexo causal con el hecho delictivo, es decir, no se exige prueba plena sobre la conexión.

De tal forma que, ante la dificultad probatoria que presenta este problema, el legislador admite una prueba indiciaria para acordar el decomiso, en lo que parece invertir la carga de la prueba sobre el origen lícito del objeto decomisible, trasladando a la defensa el

¹¹ GONZÁLEZ CANO, Isabel, “El decomiso ampliado como instrumento de la política criminal de la Unión Europea”, en GALÁN MUÑOZ, Alfonso; MENDOZA CALDERÓN, Silvia (Coords.), *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 318. Es por ello, que la Directiva 2014/42/UE recogía un sistema de garantías mínimas de protección que debían ser previstas por los Estados miembros (artículo 8).

deber de acreditar el origen legal del bien cuestionado para así evitar su decomiso. Sin embargo, se trata de un amplio debate el que surge acerca de esta cuestión. Debemos tener presente que la finalidad de esta clase de decomiso es privar al delincuente del posible beneficio o enriquecimiento ilícito obtenido en su actividad delictiva y que el delito no resulte provechoso, pero su configuración debe respetar los principios fundamentales de nuestro sistema jurídico.

De acuerdo con el tipo ordinario, se exige en primer lugar un requisito básico o de procedibilidad¹², esto es, que el sujeto afectado haya sido condenado por un delito de los enumerados en el catálogo recogido en el artículo. En segundo lugar, deben constatarse indicios fundados del origen ilícito del bien –y que no se acredite su licitud– incremento patrimonial injustificado. A continuación, el legislador incluye un catálogo abierto de indicios y prevé tres situaciones como indicios relevantes que el juez tendrá que valorar su resolución: la primera de ellas se refiere a la existencia de una desproporción entre su patrimonio y los ingresos legales de la persona condenada. En segundo lugar, que se produzca el uso de testaferros, personas jurídicas o entes sin personalidad como medio para ocultar la titularidad real sobre esos bienes u otros derechos sobre ellos. Y, por último, que se realicen transferencias u otros negocios para dificultar su localización y no exista una justificación legal o económica.

En cambio, con el tipo reforzado se permite acordar el decomiso ampliado cuando se presume que el origen ilícito de los bienes afectos proviene de una actividad delictiva previa y continuada del sujeto, que es distinta de la que se condena. En este caso se exigen unos requisitos cumulativos (haber sido condenado por un delito del artículo 127 bis 1 y que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada), que concurren unos indicios relevantes del origen ilícito del patrimonio (los mismos que en el tipo ordinario), y se establece una presunción sobre qué se entiende por actividad previa continuada, más unas presunciones complementarias en el artículo 127 sexies. Todas estas presunciones son *iuris tantum* y cabe prueba en contrario.

Este sistema ha sido muy criticado por la posición del condenado y la afectación de sus derechos. Para evitar la posible confrontación con los principios del proceso penal, el legislador ha previsto, en primer lugar, la imposibilidad de acordarlo cuando el delito del que se presume que tiene su origen ha prescrito o han sido objeto de un proceso en el que ha recaído sentencia absolutoria, o se ha acordado su sobreseimiento con efecto de cosa juzgada (artículo 127 bis 5). De tal forma que, quedaría a salvo el principio de *ne bis in idem* y el efecto de cosa juzgada, aunque el problema se plantea con que un hecho sea al mismo tiempo un indicio y un hecho constitutivo de delito, por ejemplo, un delito de blanqueo, al que el legislador opta por eludir su perseguibilidad y aceptar una prueba indiciaria para acordar el decomiso.

En segundo lugar, ha generado dudas acerca de la vulneración de la presunción de inocencia y su derecho a declarar contra sí mismo, al recaer tales presunciones en hechos no enjuiciados ni a la imputación de personas concretas. Sin embargo, quedaba descartada y se entiende compatible, puesto que recae sobre una persona ya condenada

¹² GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 7.

en un proceso en el que ha podido ejercer sus derechos plenamente, y por otro lado, se trata de un principio no predicable en la esfera civil, que es el ámbito afectado por las presunciones¹³, y no es un reproche penal.

Por otro lado, se planteaba si este sistema constituía una inversión en la carga de la prueba, que sería contraria a la presunción de inocencia, o no. Algunos autores se han postulado a favor de no considerar que se produce esta inversión, sino que el condenado debe desvirtuar un indicio para evitar su aplicación, es decir, la carga probatoria de la defensa recae sobre el origen legal del bien¹⁴ o romper el nexo causal entre el indicio y hecho presunto¹⁵. Por tanto, el condenado es quien debe acreditar su licitud, bien atacando las pruebas de cargo o presentado pruebas sobre elementos de descargo, no constituyendo una inversión de la carga sino una consecuencia del ejercicio del derecho de defensa¹⁶. La parte acusadora tiene que demostrar y aportar el indicio de procedencia ilícita¹⁷.

BIBLIOGRAFÍA

ANANÍAS ZAROR, Ignacio, “El comiso de ganancias”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 21, 2014, pp. 153-196.

ASENCIO GALLEGO, José María, “Presunción de inocencia y presunciones *iuris tantum* en el proceso penal”, *Revista General del Derecho procesal*, núm. 36, pp. 1-51.

BARONA VILAR, Silvia, “Medios de prueba”, en VV. AA., *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 435-455.

ASENCIO MELLADO, José María, “Proceso y procedimiento. Principios”, en VV. AA., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 171-193.

CARRILLO DEL TESO, Ana Elena, *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CASTILLO MONTERREY, Marcelo A., “El comiso como instrumento para la recuperación de activos producto de la corrupción: su desaprovechada reforma mediante Ley Orgánica 5/2010”, en FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio; GORJÓN BARRANCO, María Concepción; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Coords.), *La reforma penal de 2010*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2011, pp. 93-119.

¹³ GRANADOS MUÑOZ, Carolina, “El decomiso de los bienes, efectos o ganancias procedentes del delito”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 48, 2019, p. 104.

¹⁴ GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 83.

¹⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba”, en VV. AA., *Problemas actuales del proceso iberoamericano. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, tomo I, Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2006, p. 595.

¹⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, “Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito”, en ASENCIO MELLADO, José María (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 288.

¹⁷ ASENCIO GALLEGO, José María, “Presunción de inocencia y presunciones *iuris tantum* en el proceso penal”, *Revista General del Derecho Procesal*, núm. 36, p. 49.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, "Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito", en ASECIO MELLADO, José María (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 267-298.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, "El derecho a la presunción de inocencia", en VV. AA., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 437-442.
- GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Dykinson, Madrid, 2020.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba", en VV. AA., *Problemas actuales del proceso iberoamericano. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, tomo I, Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2006, pp. 587-606.
- GONZÁLEZ CANO, Isabel (Dir.), *Cooperación judicial penal en la Unión europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GONZÁLEZ CANO, Isabel, "El decomiso ampliado como instrumento de la política criminal de la Unión Europea", en GALÁN MUÑOZ, Alfonso; MENDOZA CALDERÓN, Silvia (Coords.) *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 311-343.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "Decomiso y embargo de bienes. Decisión Marco 2005/212 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DO L68 de 15 de marzo de 2005)", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. extra 2015, 2006, pp. 13-19.
- GRANADOS MUÑOZ, Carolina, "El decomiso de los bienes, efectos o ganancias procedentes del delito", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 48, 2019, pp. 87-127.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica, "Actos de prueba", en VV. AA., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 239-272.
- MENDOZA CALDERÓN, Silvia, "Criminalidad organizada económica y aplicación del principio *ne bis in idem* en la Unión Europea", GONZÁLEZ CANO, Isabel (Dir.), *Cooperación judicial penal en la Unión europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 155-189.
- MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- VALERO MONTENEGRO, Luis Hernando, "Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción de dominio y en el comiso penal", *Revista Via Iuris*, núm. 6, 2009, pp. 71-87.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy, "Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010", *La Ley*, núm. 16986, 2011, pp. 1-15.

MEDIOS Y ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO HÍDRICO CHILENO: PREMISAS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN¹

Sophía Romero Rodríguez
Profesora Asociada de Derecho Procesal
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la utilización del agua entendida como bien nacional de uso público² es habitual que se produzcan conflictos entre los órganos administrativos y los ciudadanos, quienes pueden promover el inicio de procesos jurisdiccionales para controlar tal actividad: los procesos contenciosos-administrativos. Si a lo anterior sumamos las dificultades que en la actualidad ha traído el fenómeno global del cambio climático, ha aumentado el número de conflictos socioambientales generados por la escasez de los recursos hídricos para responder a toda la demanda necesaria³.

Como en cualquier proceso judicial, en un contencioso-administrativo será necesario establecer un sustrato fáctico para poder decidir si el órgano administrativo actuó conforme a Derecho. Mucho de ello requiere conocimientos técnicos para poder dar por ciertos determinados hechos que sin tal conocimiento no se pueden apreciar. Nótese que el conocimiento experto no es para determinar que tal hecho ocurrió o no, sino para atribuirle significado.

Junto con ello, considerando el acervo de medios de prueba que se introduzcan como su grado de fiabilidad, el juez evaluará si ellos son suficientes para dar por verdaderos los hechos que las partes alegaron como justificación de sus posiciones procesales. Precisamente, ese grado de suficiencia se denomina estándar de prueba.

Estas notas características de los procesos judiciales en materia de aguas en relación con la prueba se ven distorsionadas en Chile por dos problemas: i) la real necesidad de

¹ El presente trabajo se elabora en el marco de la ejecución del proyecto FONDECYT de Iniciación n° 11221298 cuya financiación fue obtenida a través de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo, Gobierno de Chile, del que la autora es investigadora responsable. La autora agradece los comentarios que efectuó del texto el profesor de Derecho Administrativo de la U. Nacional Andrés Bello (Chile), Dr. Christian Rojas Calderón.

² Conforme el art. 5 del Código de Aguas chileno.

³ STUBING, Bárbara; PAREDES, Marcela; MUÑOZ, Nicolás; ELZO, Ignacio, *Conflictos por el agua en Chile: propuestas para un modelo de diálogo desde los territorios*. Centro de Políticas Públicas UC, Embajada de Suiza en Chile, 2021, p. 21. Disponible en https://politicaspubblicas.uc.cl/content/uploads/2022/01/Conflictos-por-el-agua_V_5enero-1.pdf (fecha de consulta: 5 de febrero de 2024).

introducir prueba frente a la eficacia probatoria del expediente administrativo; ii) la inexistencia de un estándar legal de prueba para la dictación de la sentencia definitiva.

Así, el objeto de este trabajo es describir estos dos problemas conforme la legislación y la literatura jurídica, como también ejemplificar sus efectos a partir de algunas (pocas) decisiones judiciales para plantear algunas premisas para reconfigurar la comprensión de este contencioso-administrativo.

2. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LAS AGUAS EN CHILE Y A SU CONFLICTIVIDAD

Para poder utilizar el agua en Chile para fines particulares se debe solicitar una autorización a un órgano administrativo, denominado Dirección General de Aguas, para que se constituya un derecho de uso. A propósito de tal solicitud, pueden existir terceros que hagan valer intereses propios en dicho procedimiento administrativo, los que considerados para efectos de resolver la solicitud del administrado, motivan un acto administrativo terminal que puede ser objeto de control por parte de un órgano jurisdiccional.

A diferencia de lo que ocurre en España, en Chile no existe un orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como tampoco resulta predicable de nuestra jurisdicción el principio de unidad⁴, de modo tal que el sistema de justicia administrativo puede catalogarse como desconcentrado, existiendo órganos judiciales del Poder Judicial que conocen de distintos asuntos, precisamente aguas; como también tribunales especiales fuera del Poder Judicial que conocen de otros asuntos, como libre competencia y ambiental⁵.

De este modo, los conflictos que se suscitan entre particulares y la Administración en materia hídrica, a diferencia de lo que regula en España el artículo 121 de la Ley de Aguas de 2001, serán conocidos por Tribunales Superiores de Justicia, ordinarios del Poder Judicial, que carecen de cualquier conocimiento especializado en la materia⁶ y que,

⁴ En su vertiente comprensiva de los tribunales que ejercen jurisdicción bajo un único Poder Judicial, como organización única. MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Ignacio; BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1095-1100.

⁵ PIERRY ARRAU, Pedro, "Lo contencioso administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del Poder Judicial hasta la dictación de la ley", *Revista de Derecho Público. La Constitución de 1980: comentarios. Undécimas Jornadas de Derecho Público, 18 de noviembre, n° 29/30, enero-diciembre de 1981*, pp. 216-217.

⁶ Al ser un Estado unitario conforme el art. 4 de la Constitución Política, Chile posee una estructura de tribunales en que funcionalmente se pueden apreciar tres niveles: un primero, de base, en que los tribunales conocen de los asuntos en primera o única instancia, que están normalmente asignados a los juzgados de letras los que tienen competencia objetiva residual sobre una comuna o una agrupación de comunas; el segundo nivel, está dado por las denominadas Cortes de Apelaciones, que conocen por regla general de los recursos que se interponen en contra de las resoluciones dictadas por los juzgados de letras (habitualmente apelación) y que tienen competencia a nivel regional; y por último, la Corte Suprema, que tiene competencia a nivel nacional y conoce de recursos de casación en contra de las decisiones dictadas por las Cortes de Apelaciones. Sin perjuicio de ello, como ocurre en materia de aguas, los juzgados inferiores no conocen de estos asuntos conforme el art. 137 del CdeAg, siendo tribunales de instancia las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, como tribunal de casación, único recurso que procede en contra de la decisión dictada por la Corte de Apelaciones respectiva.

además, en su configuración orgánica y procedimental no están diseñados para ser tribunales de instancia como los juzgados de letras.

Para colmo de males, no sólo no tenemos una judicatura especializada en materia de aguas, sino que también carecemos de una norma de procedimiento contencioso-administrativo que recoja las especialidades que se suscitan en un proceso como este. De modo tal que la aplicación supletoria de la norma de procedimiento no penal por excelencia, el Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) constituye la regla en esta clase de juicios, por disposición expresa de la legislación en carácter supletorio.

Cabe advertir que estas normas se encuentran vigentes en Chile desde 1904, estableciendo un procedimiento civil escrito, mediado, desconcentrado y si bien público en las normas, secreto en la práctica, cuyo principal antecedente normativo lo constituye la Ley de Enjuiciamiento de España de 1855⁷. En relación con el sistema probatorio, rige uno de prueba legal, atenuado mediante algunas reglas en el ámbito de las presunciones y las reglas de análisis comparativo como también en relación con algunos medios de prueba, como los informes periciales⁸. A pesar de varios intentos en la primera quincena del siglo XXI por sustituirlo por un procedimiento oral, ello no se ha logrado y tampoco se vislumbra que ello ocurra en el corto ni en el mediano plazo.

En relación con el estándar de prueba, en el procedimiento civil no existen normas legales que establezcan cuál es el umbral o grado de suficiencia de los antecedentes aportados durante un juicio para dar por verdadero un hecho relevante para ninguna de las decisiones que se dicten durante el proceso, de modo tal que esta deficiencia se traspaşa indefectiblemente al proceso contencioso-administrativo que carece de una norma procesal distinta.

La norma sustantiva vigente en materia de aguas es la contenida en el Código de Aguas de 1981 (en adelante CdeAg), el que ha sufrido varias modificaciones en sus más de cuarenta años de aplicación. Esta normativa está dividida en cuatro libros, de los cuales uno se dedica al tema de los procedimientos, regulando en uno de sus títulos sobre la regulación de los procedimientos judiciales, que tras la reforma de la Ley N.º 21.435 del año 2022, excluyó del conocimiento de los tribunales de justicia, un conjunto de procedimientos administrativos que se tramitaban como no contenciosos y que generaban ciertas confusiones en torno a su naturaleza por el hecho de ser tramitados judicialmente bajo reglas de procedimiento sumario.

El título II del Libro Tercero de este código, contempla disposiciones que remiten al CPC para la tramitación de los procesos contenciosos-administrativos en materia de aguas, bajo las reglas del conocimiento del recurso de apelación, que como su nombre lo dice, establece la forma en cómo los tribunales superiores de justicia conocen en segunda instancia, normativa que no contempla especialmente trámites para que se rinda prueba

⁷ NÚÑEZ OJEDA, Raúl, “Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios)”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 6, 2005, p. 175.

⁸ CARRETTA, Francesco; ROMERO, Sophía; SILVA, Óscar, *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, DER Ediciones, Santiago de Chile, 2023, pp. 75-80.

lo que también es indiciario de la comprensión que tiene el legislador respecto de la prueba en el contencioso-administrativo, como veremos a continuación.

3. EN GENERAL, SOBRE LA REGULACIÓN PROCESAL EN EL CÓDIGO DE AGUAS, EN ESPECIAL DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La regulación de los procedimientos en donde se ventilan conflictos materia de este trabajo está marcada por el objeto sobre el que recae la tutela jurisdiccional. Dicho de otra forma, lo que hace la legislación del CdeAg es fijar, a cualquier conflicto sometido a la jurisdicción o al arbitraje en donde el objeto inmediato de la pretensión sea la protección del derecho de aprovechamiento de aguas –sea que este esté afectado por un órgano administrativo o no–, unas reglas de procedimiento por remisión a otro cuerpo normativo procesal sin que se prevea una regla especialmente atendido a la naturaleza del conflicto o a la condición de las partes involucradas.

De esta forma, las normas procesales del Libro III, Título II del CdeAg no sólo establecen las reglas del procedimiento contencioso-administrativo que analizamos, sino también para conflictos entre particulares considerando el ejercicio de tales derechos. Por ejemplo, es el caso de la acción de amparo de aguas previsto entre los artículos 181 y 185 como también otros procedimientos entre particulares, que se resuelven mediante la aplicación del artículo 177 del CdeAg, esto es, mediante las reglas del procedimiento sumario (arts. 680 y siguientes del CPC)⁹ las que también son útiles para este estudio, debido a su aplicación supletoria para cualquier procedimiento de aguas.

Sin embargo, en este trabajo sólo nos enfocaremos en los procedimientos de naturaleza contenciosa-administrativa regulados en el CdeAg, ya que como hemos dicho precedentemente, por tratarse de conflictos entre un órgano en el ejercicio de una función pública y un particular estos requieren de una configuración diversa en torno a las actividades de las partes, considerando las prerrogativas de las que está dotado el órgano administrativo, particularmente en la intervención previa efectuada por ese mismo órgano antes que el tribunal conozca.

En este sentido, el artículo 137 del CdeAg señala: *“Las resoluciones de término que dicte el Director General de Aguas en conocimiento de un recurso de reconsideración y toda otra que dicte en el ejercicio de sus funciones serán reclamables ante la Corte de Apelaciones de Santiago, mientras que las resoluciones dictadas por los directores regionales serán reclamables ante la Corte de Apelaciones del lugar en que se dictó la resolución impugnada. En ambos casos, el plazo para la reclamación será de treinta días contado desde la notificación de la correspondiente resolución.*

Serán aplicables a la tramitación del recurso de reclamación, en lo pertinente, las normas contenidas en el Título XVIII del Libro I del Código de Procedimiento Civil, relativas a la

⁹ En el Derecho Procesal civil chileno, el procedimiento sumario es una clase de juicio declarativo que pretende resolver de forma breve las pretensiones de las partes, para que la tutela jurisdiccional obtenida en la sentencia no pierda eficacia. Lo anterior se logra –comparativamente con el juicio ordinario– i) reduciendo los plazos para la realización de la actividad procesal; ii) suprimiendo actos procesales; iii) concentrando actividades procesales en audiencias; y iv) permitiendo la verbalización de algunas actividades procesales que tradicionalmente se efectúan por escrito.

tramitación del recurso de apelación debiendo, en todo caso, notificarse a la Dirección General de Aguas, la cual deberá informar al tenor del recurso.

Los recursos de reconsideración y reclamación no suspenderán el cumplimiento de la resolución, salvo orden expresa que disponga la suspensión”.

Como se puede apreciar en la disposición precedente, la única instancia a través de la cual se produce el conocimiento por parte de la jurisdicción de forma íntegra es la intervención de un tribunal estructurado orgánica y procedimentalmente para resolver como tribunal de apelación. Así, el contencioso-administrativo hídrico en Chile está completamente pensado, desde su diseño, como una revisión de la decisión dictada por el órgano administrativo, fuertemente influenciada por el modelo francés en sus inicios, para luego derivar en un modelo *sui generis* o propio, sin Consejo de Estado, pero no entregado de forma íntegra a los tribunales del Poder Judicial¹⁰.

En este sentido, advertimos que a diferencia de modelos de contencioso-administrativo que permiten controlar tanto actos formales como vías de hecho, en Chile, resulta aquello discutible conforme la redacción de las normas que prevén estos modos de impugnación por lo que nivel doctrinario se ha propuesto una evaluación laxa de los requisitos procesales por parte de los tribunales para poder conferir tutela jurisdiccional¹¹. Así, en la práctica, se ha utilizado la acción de protección de garantías constitucionales¹² para dejar sin efecto vías de hecho cometidas por órganos administrativos, siempre que ello pueda configurar, también, la vulneración de un derecho fundamental. Así, el contencioso se ha articulado como juicio al acto, aunque existen críticas a este diseño proponiendo el del juicio de tutela de derechos subjetivos e intereses legítimos¹³.

¹⁰ Para una síntesis de la trayectoria histórica de los modelos, véase HARRIS, Pedro, “El desarrollo de la jurisdicción administrativa en el Derecho chileno y comparado”, Asesoría técnica parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, julio de 2022, disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/33417/1/Informe.pdf> (fecha de consulta: 11 de febrero de 2024), *passim*. Bajo esta misma comprensión, en la jurisprudencia chilena actual pueden advertirse interpretaciones como la que se cita a continuación: “Que, un reclamo de ilegalidad, como el establecido en el artículo 137 del Código de Aguas, constituye una vía o mecanismo de reclamación en contra de decisiones de la autoridad, por considerar que en la resolución del asunto se ha incurrido en contravenciones legales (ilegalidades) que vician lo resuelto, motivo por el cual solicitan que se deje sin efecto.

Así, esta vía de impugnación tiene por objeto que la Corte de Apelaciones revise la legalidad de lo resuelto por la Administración, no constituyendo una segunda instancia de las decisiones adoptadas por la Dirección General de Aguas, en el ejercicio de sus atribuciones, que permita entrar a revisar su mérito, de suerte que, si la autoridad en su obrar se ajustó a lo que disponen los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, no corresponde una nueva revisión de los fundamentos fácticos de su decisión”. Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.º 309-2022, 26 de enero de 2024.

¹¹ Así lo ha propuesto, HUNTER AMPUERO, Iván, “Tutela judicial y control de las vías de hecho de la Administración en Chile”, *Ius et Praxis*, vol. 27, n.º 1, 2021, *passim*.

¹² Esta acción, prevista en el art. 20 de la Constitución, es un símil de la acción de amparo constitucional española, con la prevención que es competencia de las Cortes de Apelaciones en primera instancia y la Corte Suprema, en segunda, sin que el Tribunal Constitucional intervenga en su conocimiento.

¹³ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Interés legítimo e interés para recurrir en el contencioso administrativo ambiental chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 51, segundo semestre de 2018, pp. 72-90.

La idea de revisión se puede apreciar también en la utilización del término “reclamar” en la norma, aludiendo a la impugnación de la actividad administrativa, pero no al ejercicio inicial del derecho de acceso a la jurisdicción como acción. A pesar de existir diferencias significativas entre esta clase de proceso y uno civil *stricto sensu* como la necesidad de una actividad administrativa previa como objeto del proceso y las calidades que detentan quienes son partes en el juicio, ello no obsta a entender que esta cuestión igualmente constituye un proceso jurisdiccional que se debe verificar con resguardo de un conjunto de garantías procesales para el justiciable, todavía más necesarias cuando existe el ejercicio de una potestad pública cuyas actuaciones gozan de presunción de validez y auto-ejecutabilidad, entre otros atributos.

De este modo, no hay revisión de decisión jurisdiccional alguna que justifique procesalmente el uso de las normas sobre recurso de apelación, sino que un acto administrativo terminal que concluyó el procedimiento administrativo y que será controlado por la jurisdicción en todos sus elementos¹⁴. Esta cuestión cobra relevancia en el contexto de este estudio, ya que las posibilidades que se rinda prueba sobre los hechos relevantes para la decisión de la reclamación son bajas, lo que conlleva a un estándar de prueba judicial igualmente bajo conforme pasamos a explicar.

4. SOBRE LAS NORMAS PROBATORIAS EN EL CONTENCIOSO DE AGUAS

4.1. Sobre los medios de prueba

Dada la remisión del CdeAg a las normas del CPC, junto con la norma que transcribíamos, resulta necesario señalar que para cualquier procedimiento judicial en materia de aguas que no tenga norma especial, sea un litigio entre particulares o con la DGA, se aplican las reglas del procedimiento sumario.

Así, si revisamos estas disposiciones, el artículo 686 del CPC señala que la prueba en el juicio sumario se someterá en el caso en que deba rendirse, a las reglas de los incidentes tanto en relación con su plazo como con su forma. Por su parte, el artículo 323 del mismo Código señala que cuando haya de rendirse prueba en un incidente, su recepción se hará conforme las reglas de la prueba principal. El artículo 341 del CPC establece un elenco de medios de prueba que se pueden utilizar en juicio, incluyendo instrumentos, testigos, confesión, inspección personal del tribunal, informes de peritos y presunciones.

Sin perjuicio de estas disposiciones que regulan la cuestión desde una perspectiva procesal sustancial, en relación con la tramitación, no olvidemos que el artículo 137 del CdeAg establece que este contencioso se somete a las reglas del conocimiento del recurso de apelación. En este sentido, el artículo 207 del CPC que regula la prueba en materia de

¹⁴ En contra, la jurisprudencia ha limitado el control judicial a los aspectos legales. Por ejemplo, en un proceso en donde se objetó la falta de congruencia entre los hechos a probar y los cargos formulados, el tribunal señaló: “[...] *el arbitrio, en este punto, pareciera recaer sobre el mérito y no sobre la legalidad de la misma, lo que no es baladí, pues como se dijo, esta Corte para los efectos de marras, no se constituye como una instancia, sino en un tribunal de legalidad. De ahí, que para resolver sobre lo pretendido debe esta Corte adentrarse en los hechos de la causa, lo que está vedado para estos sentenciadores*”. Corte de Apelaciones de Concepción, rol n° 30-2023, 10 de enero de 2024.

apelación, señala que salvo las excepciones legales, no será admisible la prueba en segunda instancia.

Entendemos que esta disposición no resulta aplicable al contencioso-hídrico, ya que está prevista para una hipótesis de hecho diferente de la que analizamos ya que, si bien el conocimiento de este juicio está entregado a una Corte de Apelaciones, ello no significa que este tribunal conozca en segundo grado jurisdiccional, sino en única instancia. De este modo, cabe la aplicación de las normas del procedimiento sumario, lo que en principio constituiría suficiente garantía a los justiciables de aportar los medios de prueba legales que resulten necesarios para acreditar los hechos en que se funda su petición de tutela.

4.1.1. Caracterización de la prueba en el procedimiento administrativo

Sin embargo, aún queda un análisis más, que dice relación con la existencia de un sistema de control de la actuación administrativa mucho más complejo¹⁵, que se inicia con la intervención del propio órgano que ha dictado el acto que se impugna mediante la tramitación de un procedimiento administrativo que consta en un expediente de igual naturaleza. Esta cuestión se encuentra regulada especialmente en la Ley N.º 19.880 que establece bases para los procedimientos de la Administración del Estado (en adelante, LBPA).

Ya hemos dicho en el pasado que las posibilidades que el ciudadano tiene para producir prueba en el procedimiento administrativo y la reglamentación sobre el estándar de motivación del acto terminal relativo a la prueba son dos problemas que se producen en una etapa prejurisdiccional¹⁶, pero que afectan de forma decisiva al resultado del control jurisdiccional del acto administrativo.

Dicho de otro modo, si pretendemos que el sistema de control sea una verdadera garantía para el ciudadano, no resulta razonable que en las dos sedes –administrativa y jurisdiccional– las restricciones en torno a la producción probatoria sean de este tipo.

En el procedimiento administrativo es habitual que el órgano se sirva casi exclusivamente de los informes emitidos por sus funcionarios para justificar sus decisiones. Si bien el artículo 35 de la LBPA establece que en este procedimiento serán admisibles todos los medios de prueba conforme a derecho, lo que permitiría la introducción de aquellos que el artículo 341 del CPC enlista.

Además, la misma norma contempla que el órgano administrativo podrá prescindir de la prueba cuando los hechos le consten.

¹⁵ PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra, *Jurisdicción contenciosa administrativa. El control de la administración por los tribunales ordinarios y especiales y procedimientos aplicables*, Serie de documentos materiales docentes, Academia Judicial de Chile, n.º 6, 2020, pp. 7 y 8. Disponible en: https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2021/09/04_Jurisdiccion-contenciosa-administrativa.pdf (fecha de consulta: 10 de febrero de 2024).

¹⁶ ROMERO RODRÍGUEZ, Sophía, “Consideraciones constitucionales en la formación del expediente administrativo y su uso como fuente de prueba en el contencioso-administrativo”, en SANTIBÁÑEZ, María Elena (Dir.), *La prueba en los procedimientos. Actas de las VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Thomson Reuters, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2019, pp. 440 y 441.

Concretamente, en el ámbito hídrico, la DGA dictó en 2008 el Manual de normas y procedimientos para la administración de recursos hídricos, a través de la Resolución número 3504¹⁷, la que establece que su párrafo 4.2.6. que resulta fundamental para dictar el acto terminal, solicitar al peticionario los antecedentes que justifiquen su solicitud, teniendo un plazo máximo de cuarenta y cinco días para ello. También se contemplan, dependiendo del tipo de procedimiento, las inspecciones e informes técnicos elaborados también por funcionarios públicos, nos sólo de la DGA (también conforme el art. 37 de la LBPA).

Respecto de estas inspecciones, el artículo 172 ter inciso final del CdeAg establece que los hechos que consignent los funcionarios en el cumplimiento de sus funciones y que consten en actas de fiscalización constituirán presunción legal, atendida la calidad de ministros de fe que esta norma les atribuye¹⁸. Respecto de los informes, estos no son vinculantes para el órgano administrativo, conforme el artículo 38 de la LBPA.

Si bien la disposición del Manual exige que se acompañen los antecedentes por el peticionario o por la incorporación de informes e inspecciones por funcionarios de la DGA, luego, las normas sobre la resolución del procedimiento no aluden a algún deber del órgano en torno a analizar completamente la información probatoria producida durante el procedimiento, lo que sí ha sido planteado como una exigencia por la jurisprudencia judicial respecto de los procedimientos sancionatorios, por ser una manifestación del *ius puniendi* estatal¹⁹.

La falta de exigencia general puede tener algún sentido considerando los fines que persigue la actividad administrativa, sin embargo, ello supone una diferenciación clara de roles a nivel de control ya que, si el examen probatorio es deficiente en sede administrativa, la cantidad de elementos de prueba y su nivel de suficiencia debiera ser mayor en el control judicial posterior.

¹⁷ Disponible en: <https://snia.mop.gob.cl/repositoriodga/bitstream/handle/20.500.13000/5196/ADM5016.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (fecha de consulta: 11 de febrero de 2024).

¹⁸ Así, en la jurisprudencia Corte de Apelaciones de Santiago, rol n° 410-2023, 18 de enero de 2024.

¹⁹ “Que lo expuesto debe incardinarse con la apreciación que debe hacer la autoridad de los antecedentes acopiados al procedimiento administrativo conforme a las normas de la sana crítica, que impone al órgano del Estado que deba zanjar el asunto, un análisis razonado y explicitado en la decisión, atendiendo a las máximas de la experiencia, las leyes de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados; de manera que tal requerimiento no se satisface con la inserción de conclusiones carentes de fundamento fáctico, que no dan cuenta real de las argumentaciones que le han provocado la convicción en el establecimiento de los hechos, tanto para admitir o desestimar los medios probatorios, vinculado con la precisión de su validez a la luz del ordenamiento jurídico, y con las cargas que debe asumir el Estado en su rol de adjudicador de sanciones, que conlleva la necesidad no solo de desplegar la totalidad de las actividades que impone el ordenamiento para configurar la infracción, sino que además, que sus decisiones deban ser el reflejo del análisis y la ponderación de la prueba de manera integral, esto es, examinando en la fundamentación destinada a la fijación de los hechos, toda la prueba producida, tanto en la que sustenta su convicción, como aquella que es descartada y en virtud de ello, explicitar en la sentencia las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud le asigna valor o desestima las pruebas, todo ello con la finalidad de que las partes puedan realizar el debido control de esos fundamentos, única posibilidad de obtener el resguardo de la garantía del debido proceso”. Corte de Apelaciones de Santiago, rol n° 676-2022, 5 de febrero de 2024.

4.1.2. Sobre la prueba en el contencioso hídrico ante Cortes de Apelaciones

Como decíamos en la introducción de este acápite, la tramitación ante tribunales superiores supone que tras la fase de discusión de la reclamación –reducida a la pretensión y a un informe que evacua el órgano administrativo como símil de la contestación–, la causa será puesta en tabla para ser conocida lo que significa que, junto con la relación, el tribunal podrá oír los alegatos del reclamante como también de la DGA.

Así, no está previsto formalmente una oportunidad en el que el tribunal deba recibir la causa a prueba, como tampoco un término para rendir prueba, por lo que si la demandante pretende solicitar que se tenga a la vista el expediente administrativo deberá solicitarlo en la misma reclamación, o antes que la causa sea vista. Del mismo modo, cualquier otra diligencia deberá solicitarse en igual oportunidad, aunque la prueba –si es que existe– normalmente dirá relación con instrumentos, informes o inspección personal del tribunal.

En la práctica, de la revisión jurisprudencial efectuada para este trabajo, más allá de la revisión de los antecedentes que se produjeron en sede administrativa, nunca se produce prueba nueva.

Pensamos que esta forma de concebir la jurisdicción administrativa obedece a dos cuestiones: i) el error de considerarla una revisión sólo legal, asumiendo una división excluyente de las cuestiones jurídicas respecto de las fácticas; ii) una excesiva deferencia respecto de las competencias atribuidas a los órganos administrativos.

En este sentido, considero que, en la actualidad, existe relativo consenso en que la distinción entre hechos y Derecho en las narrativas que utilizan las partes y el juez en la actividad procesal constituyen posibilidades en torno a los sucesos de la realidad²⁰, que tienen connotaciones respecto de la revisión que pueden efectuar los tribunales superiores cuando conocen de recursos jurisdiccionales, por ejemplo, recursos de nulidad o recursos de enmienda. Sin embargo, tal conocimiento parte de la premisa que el justiciable tuvo una instancia judicial dotada de las garantías suficientes para ser oída, cuestión que en el escenario que se describe no es tal.

Así, en el ámbito de la prueba judicial, la Ley se sirve de hechos abstractos para describir hipótesis en donde cabe su aplicación. De este modo, lo primero que cabe evaluar para que un acto administrativo sea legal, es si el hecho abstracto descrito en la premisa jurídica puede o no considerarse como probado con la información y antecedentes producidos en sede administrativa. Hecho lo anterior, las razones de mérito, oportunidad o conveniencia que la Administración plasme en el acto afirmativo o negativo a la solicitud del interesado quedan fuera del control judicial.

Así, el actor en el juicio en contra de la Administración podría sostener, que el hecho constitutivo respecto del cual el órgano estimó probado y dictó el acto del cual reclama no es tal conforme la evidencia presentada por aquel o por la propia entidad en el procedimiento previo seguido.

²⁰ TARUFFO, Michele, “Narrativas judiciales”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX, nº 1, julio de 2007, p. 234.

Considerando que existan enunciados de hecho que no fueron establecidos como relevantes a probar en sede administrativa y el tribunal sí lo estimara, debieran permitir que se generara una etapa probatoria para ofrecer e introducir la prueba nueva relevante. A lo menos, el tribunal debiera evaluar la evidencia producida en el expediente administrativo –tanto en términos formales como sustantivos²¹–, ya que ello permitiría satisfacer los fines sistémicos del control de la actividad administrativa, permitiendo una coordinación entre los controles jurídicos internos y externos.

En este sentido, resulta razonable exigir al administrado que sólo pueda servirse en el juicio de la prueba que fue objeto de análisis en la sede administrativa previa, pudiendo permitir la prueba nueva sólo en hipótesis excepcionales. Por ejemplo, cuando no hubo oportunidad de allegar antecedentes, cuando el conocimiento respecto de la existencia de esa evidencia no se tuvo durante el procedimiento administrativo o cuando no hubo oportunidad de contradecir la prueba aportada por el propio servicio. De esta forma, es posible configurar un supuesto de prohibición de desviación procesal no sólo respecto de las alegaciones, sino también de la prueba que se pueda legítimamente utilizar.

Sin embargo, de las resoluciones judiciales analizadas, es posible advertir que cualquier propuesta del actor de controlar la forma en cómo se configuraron los hechos que permitieron dictar el acto administrativo terminal, se excluye de evaluación por parte del tribunal, invocando una especie de prohibición absoluta en torno al control de los hechos²².

4.2. Sobre el estándar de prueba

Históricamente, considerando el análisis de la legislación procesal aplicable a los procesos contencioso-administrativos en materia de aguas, el concepto de estándar de prueba no ha existido en el léxico jurídico. Ni en la Ley procesal ni tampoco en el Código Civil que regula algunos aspectos de la prueba de aplicación general, existen referencias a criterios o elementos que permitan establecer cuándo el juzgador puede dar por verdadero un hecho o, dicho de otra forma, cuándo la prueba aportada es suficiente o no para dar por establecido uno de los enunciados de hecho que resultan relevantes para el otorgamiento de la tutela jurisdiccional²³.

En el contexto de los procesos contenciosos-administrativos entendidos como control de la legalidad de la decisión administrativa –al contrario del modelo en donde lo relevante lo constituye la tutela de los derechos e intereses de los administrados–²⁴, se restringe la revisión de los hechos a supuestos de infracción en las normas legales de valoración de la prueba a nivel administrativo, particularmente en relación con procedimientos sancionatorios.

²¹ Sobre el deber de motivación de la administración, véase ROMERO RODRÍGUEZ, Sophía, “Consideraciones constitucionales en la formación...”, *op. cit.*, pp. 427 y 428.

²² Véanse fallos de citas 10 y 14.

²³ Sin perjuicio de ello, existen algunos autores que han efectuado un esfuerzo por reconocer estándares en algunas normas del Código Civil. Por ejemplo, LARROUCAU TORRES, Jorge, “Acciones reales y estándares de prueba”, *Ius et Praxis*, vol. 21, n° 2, 2015, *passim*.

²⁴ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, *Justicia administrativa*, DER Ediciones, Santiago de Chile, 2021, *passim*.

Bajo el paradigma de la comprensión de la actividad judicial como silogismo categórico en donde los jueces administrativos sólo pueden controlar la legalidad, es fácil entender que el déficit de una norma de estándar de prueba (ya que no han necesitado evaluar si los hechos han quedado establecidos de forma adecuada considerando el acervo de pruebas aportadas en sede administrativa) ha pasado relativamente desapercibido incluso más que en el ámbito del proceso civil.

Sin embargo, debido a los estudios propiciados a partir del trabajo del jurista Michele TARUFFO desde la filosofía del Derecho, ha sido posible reconocer la necesidad de la existencia de estándares de prueba²⁵, idealmente objetivados por la ley, lo que si bien ha sido planteado por la literatura²⁶, poco reconocimiento ha tenido desde la vereda del legislador.

En el ámbito procesal administrativo, poco se ha hablado sobre la necesidad de establecer estándares de prueba. La doctrina administrativista chilena ha constatado su falta y se ha concentrado en la necesidad de establecerlo en el procedimiento administrativo particularmente en el ámbito sancionatorio²⁷, pero no en el juicio jurisdiccional en que se impugne la actividad administrativa. Probablemente, ello se deba la comprensión limitada del ejercicio del control jurisdiccional respecto de esta actividad que se predica en Chile a la que aludíamos precedentemente.

A pesar de la revisión jurisprudencial, en materia de aguas las referencias al concepto de estándar de prueba son inexistentes. En la práctica, considerando los fallos, lo que ocurre es que ni siquiera se analiza la suficiencia de los elementos probatorios rendidos en sede administrativa para poder dar por establecidos los hechos que permiten conceder o rechazar la autorización requerida o si, con igual información, era posible considerar más probable una hipótesis alternativa también favorable o no a la posición del solicitante.

Como el análisis se centra en determinar si con la información es posible o no dar por establecido el supuesto de hecho de la norma aplicada por la Administración, la evaluación de la calidad y riqueza de la prueba rendida no es una cuestión que forme parte del análisis de las decisiones en el ámbito del contencioso hídrico. Un examen un poco más detallado es posible advertir en las decisiones de la Corte Suprema conociendo de pretensiones impugnatorias casacionales²⁸, pero de lo analizado, sólo se estimó que se había producido un error de Derecho por parte del tribunal inferior al confirmar la aplicación de la presunción legal de las aseveraciones planteadas en las actas de

²⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 16.

²⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi, "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea", en PAPAYANIS, Diego; PEREIRA, Esteban (Ed.), *Filosofía del Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 401 y 402.

²⁷ LETELIER WARTENBERG, Raúl, "El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas", *Revista de Derecho, (Valdivia)*, vol. XXXI, n° 1, junio de 2018, *passim*.

²⁸ Sobre los tipos de errores que se pueden controlar considerando la naturaleza del recurso, véase CARBONELL BELLOLIO, Flavia, "El lugar del error en los procesos judiciales", en VV. AA., *Fundamentos filosóficos del derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 310-317.

fiscalización efectuada por el órgano administrativo, por aplicarla a la calificación de cauce, cuestión que era una de derecho a juicio del tribunal²⁹.

De esta forma, el concepto de estándar no se utiliza en las decisiones jurisdiccionales en el contencioso-hídrico.

5. CONCLUSIONES

En el ámbito probatorio, el contencioso administrativo hídrico en Chile constituye un pseudo-instrumento de tutela jurisdiccional, ya que carece de los elementos básicos para poder considerar que la decisión judicial sea efectivamente un instrumento de control de la actividad administrativa que permita amparar los derechos subjetivos e intereses de los ciudadanos afectados con la actividad de la DGA.

La afirmación previa se sustenta en tres elementos:

- 1.- La regulación procesal aplicable no contempla etapas específicas en que el tribunal reciba la causa a prueba y las partes puedan introducir medios de prueba.
- 2.- En dicha decisión legislativa pesa de forma gravitante el contencioso-administrativo entendido como juicio al acto, en donde el control judicial no constituye una instancia judicial en sentido estricto.
- 3.- Como consecuencia de este último escenario, el concepto de estándar de prueba, esto es, el análisis de la suficiencia de antecedentes y su riqueza para dar por establecidos los hechos para tomar una decisión administrativa se encuentran ausentes en la jurisprudencia judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Interés legítimo e interés para recurrir en el contencioso administrativo ambiental chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 51, segundo semestre de 2018.
- CARBONELL BELLOLIO, Flavia, “El lugar del error en los procesos judiciales”, en VV. AA., *Fundamentos filosóficos del derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- CARRETTA, Francesco; ROMERO, Sophía; SILVA, Óscar, *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, DER Ediciones, Santiago de Chile, 2023.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, *Justicia administrativa*, DER Ediciones, Santiago de Chile, 2021.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva

²⁹ Corte Suprema, rol n° 26.030-2023, 1 de diciembre de 2023.

- errónea”, en PAPAYANIS, Diego; PEREIRA, Esteban (Ed.), *Filosofía del Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- HARRIS, Pedro, “El desarrollo de la jurisdicción administrativa en el Derecho chileno y comparado”, Asesoría técnica parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Julio de 2022, disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/33417/1/Informe.pdf> (fecha de consulta: 11 de febrero de 2024).
- HUNTER AMPUERO, Iván, “Tutela judicial y control de las vías de hecho de la Administración en Chile”, *Ius et Praxis*, vol. 27, n° 1, 2021.
- LARROUCAU TORRES, Jorge, “Acciones reales y estándares de prueba”, *Ius et Praxis*, vol. 21, n° 2, 2015.
- LETÉLIER WARTENBERG, Raúl, “El precio del *statu quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas”, *Revista de Derecho*, (Valdivia), vol. XXXI, n° 1, junio de 2018.
- MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Ignacio; BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl, “Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios)”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 6, 2005.
- PIERRY ARRAU, Pedro, “Lo contencioso administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del Poder Judicial hasta la dictación de la ley”, *Revista de Derecho Público. La Constitución de 1980: comentarios. Undécimas Jornadas de Derecho Público*, 18 de noviembre, n° 29/30, enero-diciembre de 1981.
- PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra, *Jurisdicción contenciosa administrativa. El control de la administración por los tribunales ordinarios y especiales y procedimientos aplicables*, Serie de documentos materiales docentes, Academia Judicial de Chile, n° 6, 2020. Disponible en: https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2021/09/04_Jurisdiccion-contenciosa-administrativa.pdf (fecha de consulta: 10 de febrero de 2024).
- ROMERO RODRÍGUEZ, Sophía, “Consideraciones constitucionales en la formación del expediente administrativo y su uso como fuente de prueba en el contencioso-administrativo”, en SANTIBÁÑEZ, María Elena (Dir.), *La prueba en los procedimientos. Actas de las VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Thomson Reuters, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2019.
- STUBING, Bárbara; PAREDES, Marcela; MUÑOZ, Nicolás; ELZO, Ignacio, *Conflictos por el agua en Chile: propuestas para un modelo de diálogo desde los territorios*. Centro de Políticas Públicas UC, Embajada de Suiza en Chile, 2021. Disponible en https://politicaspublicas.uc.cl/content/uploads/2022/01/Conflictos-por-el-agua_V_5enero-1.pdf (fecha de consulta: 5 de febrero de 2024).
- TARUFFO, Michele, “Narrativas judiciales”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XX, n° 1, julio de 2007.

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN ARGENTINA

Lara Morquecho
Profesora de Derecho Procesal
Universidad Nacional de La Plata

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende efectuar un análisis de la doctrina y la jurisprudencia en el tratamiento de la carga dinámica de la prueba en Argentina en los casos en los que deba aplicarse la perspectiva de género para su valoración. Analizaremos críticamente la situación actual del instituto de la carga dinámica de la prueba en los procesos de familia consagrada en el artículo 710 del Código Civil y Comercial de la Nación y los motivos que aconsejan su aplicación desde la perspectiva de género.

En la actualidad, existe una mayor concientización sobre la materia de género, especialmente sobre la desigualdad estructural entre el hombre y la mujer en la sociedad y la importancia de reunir esfuerzos para lograr una mayor igualdad. En línea con este nuevo paradigma, la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015 trajo aparejado un cambio de perspectiva a partir de la convencionalización del Derecho privado que propuso repensar todo el Derecho Civil y Comercial en clave de géneros y que ha sido un gran acierto para garantizar en particular los derechos de las mujeres contemplados en distintos tratados de derechos humanos¹.

Al reconocer en sus artículos 1 y 2 la *“coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”*, el sistema de Justicia se ve obligado a implementar de forma directa los tratados a través de sus sentencias, incorporando esta nueva mirada del derecho con perspectiva de género. Reciente jurisprudencia incorpora esta perspectiva, resolviendo causas en las que se aplica la carga de la prueba de forma dinámica juzgando con perspectiva de género², tanto en procesos de familia como en los patrimoniales, pese a que la norma se encuentra regulada para los primeros. Esta forma de resolver puede pensarse como un nuevo fenómeno social, que surge como reacción a diversas injusticias ocurridas en nuestro país ante la incorrecta aplicación del instituto de la carga de la

¹ HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia, *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales comentado y anotado con perspectiva de género*. Editores del Sur, Buenos Aires, Argentina, 2022, p. 11.

² Considerando que juzgar con perspectiva de género es un mecanismo o una estrategia para lograr equiparar a las partes en el proceso, para que se encuentren en igualdad de condiciones a la hora de resolver un proceso judicial. Es una técnica para lograr igualdad real que al mismo tiempo otorga visibilidad a la desigualdad estructural entre el hombre y la mujer.

prueba que, en su mirada clásica establecía de forma rígida “quien alega debe probar” adecuada al estricto principio dispositivo.

2. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN ARGENTINA. DIFERENCIACIÓN CON EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN

El juez es quien al momento de resolver deberá analizar la prueba producida en el proceso para determinar cuál fue la “verdad” de los hechos controvertidos para brindarle una respuesta al justiciable. Sin embargo, en algunos casos de difícil comprobación, la prueba agregada en la causa no es suficiente para generar la convicción del juez respecto de cómo sucedieron las cosas en realidad. En esas situaciones, el rol clave lo asumirá un instituto procesal que le indicará al juez cómo resolver cuando no encuentra en el proceso elementos que le creen convicción sobre los hechos controvertidos, e indirectamente establece a qué parte incumbe la demostración de los mismos: la carga de la prueba³.

El mencionado instituto es una pauta que tiene por natural destinatario al juez, siendo un mandato que le impone un sentido de decisión, pero que también provoca un efecto hacia las partes al sentar reglas de conducta respecto de qué hechos debe probar cada una de ellas⁴. Podemos hallarlo en la normativa procedimental actual en su teoría clásica “quien alega debe probar”⁵ y en la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación imponiéndose a quien “está en mejores condiciones de probar” en los procesos de familia. Esto significa que luego de arduos debates doctrinarios al respecto, se recepta la carga dinámica de la prueba flexibilizando la rígida regla procesal, superando así la clásica teoría tradicionalista del principio dispositivo.

La modificación inserta en el Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015 se vincula, sin lugar a dudas, con el nuevo paradigma sustancial que incorporó normativa procesal con el propósito de efectivizar el cumplimiento de las Convenciones Internacionales⁶. En definitiva, lo que se pretende con este instituto es brindar una herramienta para promover la igualdad procesal entre las partes en pos de resguardar la existencia del debido proceso⁷. Dicha herramienta resulta útil particularmente cuando

³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Zavalía, 1988, p. 426.

⁴ QUADRI, Gabriel H., *Código Procesal civil y comercial de la Nación*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2023, p. 50.

⁵ Véase artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio”; y artículo 375 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires: “Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.

⁶ FALCÓN, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. El derecho procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2011, p. 537.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC 16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A. n.º. 16.

en un caso de difícil comprobación una de las partes se encuentra en una situación de desigualdad estructural, como puede suceder entre el hombre y la mujer.

En primer lugar, resulta importante tener presente la distinción entre los institutos de carga probatoria dinámica y principio de colaboración de la prueba. Sin perjuicio que son utilizados indistintamente por la doctrina y jurisprudencia, sus diferencias prácticas ameritan el análisis. La inversión o flexibilización de la carga de la prueba será poner en cabeza de quien está en mejores condiciones de probar determinados hechos ante una desigualdad material y el principio de colaboración, conlleva a la posibilidad de extraer indicios probatorios derivados de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos⁸.

La falta de colaboración entonces generará presunciones en contra de la parte reticente a aportar las pruebas necesarias al proceso, sin implicar ser una regla que acredita automáticamente probados determinados hechos. Será un criterio más de valoración del juez.

La inversión de la carga de la prueba por su parte importa que aun cumpliendo con el principio de colaboración el demandado, pero sin lograr convencer al juez acerca de los hechos que sustentan su defensa, se tiene automáticamente por acreditados los alegados por la contraparte.

Estos casos complejos en los que no se logra obtener la prueba suficiente para convencer al juez requieren la existencia de una clara norma que presente la diferenciación entre los institutos, toda vez que los efectos de la carga dinámica de la prueba serán determinantes para resolver el proceso, tornando acreditada la prueba, cuando la falta de colaboración sólo generará una presunción. Como dice el Profesor GIANNINI, esta es una "*distinción necesaria*"⁹ toda vez que en estos casos de dificultad probatoria y desigualdad, consideramos que la herramienta clave para favorecer en el proceso a la persona que no se encuentra en condiciones de probar por desigualdad será la carga dinámica de la prueba y no el indicio del principio de colaboración.

A modo ejemplificativo, puede realizarse una analogía entre el caso de una mala praxis y una compensación económica donde la mujer se dedicó a los cuidados del hogar y la familia sin estudios, ni trabajo registrado. En estos casos, en los que se advierte una desigualdad material entre las partes, resultaría aplicable la carga dinámica de la prueba, encontrándose una de las partes en mejores condiciones de probar. Para su evaluación debe considerarse especialmente la naturaleza del hecho y sus circunstancias, en los ejemplos, una se suscita en el marco de una sala de operaciones o un consultorio donde existe una situación de reserva entre el vínculo médico-paciente, donde la relación de poder es desigual, y la otra en la intimidad del hogar, existiendo poca –o ninguna– prueba habitualmente, a lo que puede sumarse la desigualdad estructural a la que antes hicimos referencia.

⁸ GIANNINI, Leandro J., "Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)", *La Ley*, 2010-F-1136.

⁹ GIANNINI, Leandro J., "Principio de colaboración y carga...", *op. cit.*

3. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO PAUTA DE INTERPRETACIÓN DE LAS MEJORES CONDICIONES PROBATORIAS

Hasta aquí, claro está que el instituto receptado por el Código Civil y Comercial de la Nación brinda respuestas especiales al fenómeno de la dificultad probatoria, en casos caracterizados por la complejidad del acceso a la información y por la desigualdad entre las partes respecto de los medios disponibles para obtenerla¹⁰. Pareciera entonces que no existen dudas sobre cómo debe el juez valorar la prueba en estos procesos: invirtiendo la carga de la prueba. Sin embargo, podemos preguntarnos cómo llega el juez a dicha solución. La pregunta clave será: ¿cuáles son las pautas o parámetros para determinar esa desigualdad material e interpretar aplicable la carga dinámica de la prueba?

Una de esas pautas de interpretación será juzgar el caso y analizar los hechos con perspectiva de género, considerando a aquella como el mecanismo para lograr equiparar a las partes en el proceso, para que se encuentren en igualdad de condiciones. La aplicación de esta perspectiva en las decisiones judiciales al valorar la prueba obliga al juez a analizar si, en el caso concreto, se advierte una situación que requiera una tutela diferenciada, que hasta hace pocos años era inadvertida¹¹.

Resulta interesante destacar que el juez deberá efectuar un estricto análisis para su aplicación, no será para cualquier caso en el que intervenga una mujer. Su aplicación automática sin distinciones implicaría invertir la carga de la prueba en favor de la mujer solo por razón de género y se volvería una forma de bastardear el sistema jurídico.

La destacada jurista argentina KEMELMAJER DE CARLUCCI, con buen criterio argumenta que tener en cuenta la perspectiva de género para juzgar no implica utilizarla para subsanar la insuficiencia de un medio probatorio, dándole un mayor peso probatorio que el que amerita, ni otorgándole siempre la razón a la mujer, ya que por lo contrario se volvería irrazonable el resolutorio y perdería sentido el debate en análisis. Esta mirada resulta de suma importancia a los efectos del buen entendimiento de la importancia de juzgar con perspectiva de género, su aplicación debe ser consciente y debe corresponderse con la realidad¹².

Si bien con la regulación de la carga dinámica de la prueba en el proceso de familia estamos en mejores condiciones normativas que antes, puede considerarse que para la correcta y eficiente aplicación de la carga de la prueba dinámica “con perspectiva de género” debe pensarse en reglas más claras y estrictas, a fin de lograr que efectivamente sea aplicada cuando el caso así lo exija.

¹⁰ GIANNINI, Leandro J., “Principio de colaboración y carga...”, *op. cit.*

¹¹ La incorporación de la prueba con perspectiva de género en áreas como la del Derecho Civil ha sido promovida tanto por la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Mujeres como el comité de la CEDAW. Esta perspectiva al momento de valorar la prueba implica también velar por la imparcialidad y el dictado de una resolución razonable, destacando la importancia de la no revictimización.

¹² Conferencia brindada por la Dra. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI el 8 de marzo de 2021, en el marco del Día Internacional de la Mujer sobre “Sentencias con perspectiva de género”, Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=90JJ4bDD2OE> (fecha de consulta: 11 de febrero 2024).

La necesidad de una mejor regulación sobre la carga dinámica de la prueba, ha sido materia de análisis en las Jornadas Nacionales Civiles en la ciudad de La Plata en el año 2017, donde la mayoría en la Comisión de Relaciones entre el Código Civil y Comercial y el Derecho Procesal en una de sus conclusiones expresó que *“La recepción de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 710 y 1735 del CCyC), sin perjuicio de la discusión que pueda darse acerca de la posibilidad de que el legislador nacional regule esta materia, no ha sido acompañada de la necesaria claridad acerca de sus alcances concretos: supuestos y condiciones de aplicación, diferencia de fuentes, oportunidad y necesidad de su anticipación (aviso previo y preciso), entre otros temas”*¹³.

Coincidiendo con el despacho de la mayoría, uno de los supuestos a agregar y en el que deberían detallarse sus condiciones de aplicación es la “carga dinámica de la prueba con perspectiva de género”. Si bien resulta ser un imperativo convencional la obligatoriedad del juez de resolver con perspectiva de género, también resultaría una buena incorporación para garantizar este derecho.

En la provincia de Entre Ríos, en el año 2019 se sancionó un Código Procesal de Familia que establece como deber del juez *“Interpretar y juzgar con perspectiva de género”* y con buena técnica procesal se encuentran regulados por separado la carga de la prueba dinámica y el principio de colaboración¹⁴. Es que si bien la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género proviene de los tratados internacionales con jerarquía constitucional¹⁵, resulta conveniente que los Códigos procesales de cada provincia expliciten normativamente el deber de su aplicación.

4. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA ACTUAL¹⁶

A continuación, analizaremos como acorde con la jurisprudencia actual la doctrina de la carga dinámica de la prueba permite al juez valorar la prueba con perspectiva de género, teniendo en consideración las desigualdades estructurales y las prácticas habituales en la materia. Asimismo, veremos que esta carga dinámica no es aplicada solo en procesos

¹³ <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-12.pdf> (fecha de consulta: 11 de febrero 2024).

¹⁴ Art. 53: *“Principio de colaboración. Las partes tienen el deber de prestar colaboración para la efectiva y adecuada producción de la prueba. Cualquier incumplimiento injustificado de este deber genera una presunción en su contra, sin perjuicio de lo previsto respecto de cada medio probatorio. El deber de colaboración alcanza a los terceros y su incumplimiento tiene las consecuencias previstas en cada caso”*.

¹⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido en particular sobre la protección especial que tienen las personas en condición de vulnerabilidad y la importancia de que los Estados garanticen sus derechos humanos. Es por ello que, en relación al género, debemos visibilizar la vulnerabilidad de las mujeres, que ha sido materia de resguardo en distintos tratados internacionales como la CEDAW. Esta necesaria perspectiva que impone el paraguas protector de la normativa aplicable al caso al ejercicio jurisdiccional (arts. 2, 3, 6 y 7 incs. “b”, “d”, “f” y “g”, Convención de Belém do Pará; 3, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 24, CADH; Observación General 21, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, párrs. 10, 12 y 17; Recomendación General 28, CEDAW, párr. 18; Observaciones Finales de la CEDAW sobre Argentina del 16 de agosto de 2010, ptos. 23 y 24; art. 16 incs. “e”, “i”, ley 26.485) posibilita el nacimiento de cambios profundos a la hora de impartir Justicia.

¹⁶ Comentario a los artículos 894-903 por MORQUECHO, Lara en HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia, *Código Civil y Comercial de la Nación...*, op. cit., p. 11.

de familia en la jurisprudencia argentina, sino que también se utiliza en casos patrimoniales.

Debemos partir de la siguiente premisa: la perspectiva de género es un presupuesto de imparcialidad. Con jueces y juezas que tengan perspectiva de género en sus fallos, incluso en cuestiones patrimoniales que excedan los procesos de familia, se logrará erradicar conceptos estereotipados que provocan sesgos en el juzgamiento, y así promover la igualdad en todos los ámbitos donde las personas se desarrollan como seres humanos, esto es, en el campo de la vida civil, familiar, política, económica, social y cultural¹⁷. Veamos.

En oportunidad de resolver un amparo por discriminación hacia una mujer, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo acertadamente que *“los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional”* y entendió que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Señaló que lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor. Citando jurisprudencia afirmó que el principio de reparto de la carga de la prueba en materia de discriminación implica que es la parte demandada quien debe acreditar que no hubo discriminación¹⁸.

En un caso en la Provincia de Córdoba, ante el cese de la unión convivencial la actora – víctima de violencia de género– efectúa un reclamo patrimonial, la jueza se expidió sobre la carga de la prueba en un contexto de confianza en la pareja donde manifiesta que *“se impone como regla que quien alega haber efectuado aportes para conformar el patrimonio que se entiende común debe demostrarlo. Pero, esa regla y el análisis de la prueba a dichos fines no puede prescindir del contexto de confianza existente en la pareja”*, motivo por el cual se dificulta la prueba sobre aportes comunes específicos en esa sociedad de hecho. La jueza en conclusión, al valorar la prueba, consideró que corresponde *“apreciarla con la suficiente amplitud y flexibilidad, sin incurrir en suposiciones ni arbitrariedades, y partiendo de la idea que entre los ex-convivientes existía una lógica confianza, propia de un vínculo de esa naturaleza”*.

Al efectuar la valoración probatoria en clave de perspectiva de género manifestó que a los fines de analizar la procedencia del reclamo del porcentaje de patrimonio de la sociedad de hecho o comunidad de bienes que corresponde a la accionante (ex conviviente), debe valorarse la prueba dentro del contexto de la relación de pareja y de violencia familiar acaecido. Ello así, porque se entiende que las especiales circunstancias derivadas de la violencia intrafamiliar y de los patrones de conducta patriarcales dificultan la prueba tanto de la forma de relacionarse entre los miembros de la pareja, es decir de la violencia en sí, como en cuanto a las derivaciones de ella, lo que incluye la manera de conformarse, registrarse, administrarse y liquidarse el patrimonio común,

¹⁷ VÁZQUEZ, Gabriela Andrea, “Juzgar con perspectiva de género. La ley 26.485 como herramienta potenciadora de buenas prácticas”, en HERRERA, Marisa; FERNANDEZ, Silvia; DE LA TORRE, Natalia (Dirs.), *Tratado de Géneros Derechos y Justicia, Derecho del trabajo*, Rubinza Culzoni, Santa Fe, 2020, pp. 354 y 355.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación “S., M. G. y otros c/ Taldelva srl y otros s/ amparo”, 20 de mayo de 2014.

por lo general reservándose el varón esa prerrogativa, muchas veces en detrimento de la mujer, lo que encuadra en la llamada violencia económica¹⁹.

En otro proceso de la misma provincia, en una liquidación de sociedad de hecho, la jueza efectúa un análisis de la violencia económica y califica a la actora como sujeto vulnerable por ser una mujer víctima de violencia de género, motivo por el cual que requiere un rol activo de los tribunales de conformidad con la Regla 3 de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. La jueza consideró al valorar la prueba, la postura del demandado, *“caracterizada por su negativa de la relación de pareja estable y de convivencia, y con invocación de argumentos discriminatorios hacia la demandante en su condición de mujer, encaminados a encubrir o dar otro alcance a esa relación de unión convivencial o concubinato”* como una exteriorización de violencia económica o patrimonial que no debe ser tolerada. Ello, sumado a que no ofreció prueba precisa para avalar su oposición, se constituye como una actitud abusiva, dilatoria y contraria a la buena fe²⁰.

Los procesos de desalojo, alimentos, compensación económica y distribución de los bienes de la comunidad o unión convivencial, muchas veces se ven impregnados por situaciones de violencia económica²¹ contra las mujeres. En estos casos, resulta inevitable aplicar la carga dinámica de la prueba juzgando con perspectiva de género para que las sentencias sean razonables, particularmente en los casos en que el género tiene un papel trascendente en la controversia. Es que lo contrario implicaría un incumplimiento del Estado Argentino con la obligación internacionalmente asumida de adoptar las medidas internas de toda índole que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (art. 7 de la Convención de Belém Do Pará y art. 2 CEDAW)²²

La jurisprudencia se ha expedido en diversos casos sobre la cuestión probatoria en situaciones de violencia de género en favor de la amplitud y flexibilidad, considerando el estado de vulnerabilidad de la mujer, en particular en estos procesos donde subyacen

¹⁹ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Conciliación, Familia, Control, Niñez, Juventud, Penal Juvenil, Violencia Familiar y de Género y Faltas, “O., N. N. c/ S., J. C. - Ordinario - Daños y Perjuicios”, Villa Cura Brochero, Córdoba, 22/04/2021, Compulsado en: Edición Especial: Día Internacional de la Mujer, El enfoque de género como garantía de los derechos humanos de las mujeres. Jurisprudencia Actualizada, Boletín Judicial nº 2, marzo de 202, Área de Apoyo del Tribunal Superior de Justicia. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, cita online: https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/boletin_judicial/BJ%20n%202%20Marzo%20de%202022%20M%20El%20enfoco%20de%20g%C3%A9nero%20como%20garant%C3%ADa%20de%20los%20derechos%20humanos%20de%20las%20mujeres.pdf. (fecha de consulta: 11 de febrero 2024).

²⁰ Juzgado de Primera Instancia y 4ª Nom. en lo Civil, Comercial y de Familia, Villa María, Córdoba, 29 de mayo de 2017, “D., E. M. L. C/ L., L. A. s/ Liquidación Sociedad de Hecho”, compulsado en <https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=4410> (fecha de consulta: 11 de febrero 2024).

²¹ Entendida como la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales, a través de la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de los bienes; la pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades para una vida digna; la privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; o la limitación o control de los ingresos de la persona en situación de violencia (conf. art. 5 inc. 4 Ley nº 26485).

²² Específicamente, en el inciso g del art. 7 mencionado, nuestro Estado se ha comprometido a establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo al resarcimiento y reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

situaciones de violencia, y enfatizando la obligación del Estado de resguardar los derechos humanos de las mujeres²³.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer en su artículo 1 identifica como actos discriminatorios contra las mujeres por su condición de tales, en tanto se denote exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar el ejercicio por la mujer, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera civil.

Establece en su artículo 2, que el Estado debe condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas, y establecer la protección jurídica por conducto de los tribunales dispone mandatos precisos para este tipo de casos, disponiendo en su artículo 3 que en todas las esferas el Estado debe tomar medidas adecuadas para asegurar el *“pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”*.

Es por eso que incluso debe aplicarse esta perspectiva de género en cuestiones patrimoniales considerando que una de las características de la dominación por violencia en sus múltiples manifestaciones es el aislamiento de la víctima, sucediendo de este modo la mayor parte de las situaciones –y pruebas– en la clandestinidad. En este sentido se ha resuelto que *“cobra especial relevancia el relato de la víctima, en la medida que se encuentre corroborado por indicios en confluencia con el conjunto de pruebas que doten de razón suficiente a la conclusión”*²⁴.

No es menor que la Corte Suprema de la Nación ha establecido claras pautas en cuanto a la valoración de la prueba producida teniendo en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y que quienes desempeñan funciones en el sistema de Justicia deben actuar libres de

²³ Juzgado Civil Villa María, Córdoba, 24/06/2021, “D., M. M. c. R., J. A. – Ordinario” Sentencia n° 31 Compulsado en: Edición Especial: Día Internacional de la Mujer, El enfoque de género como garantía de los derechos humanos de las mujeres. Jurisprudencia Actualizada. Boletín Judicial n° 2, marzo de 2022, Área de Apoyo del Tribunal Superior de Justicia. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/boletin_judicial/BJ%20n%202%20Marzo%20de%202022%208M%20El%20enfoco%20de%20g%C3%A9nero%20como%20garant%C3%ADa%20de%20los%20derechos%20humanos%20de%20las%20mujeres; Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la colaboración de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Principios generales de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres para la adecuada implementación de la Ley 246.485”, compulsado en: <https://www.cij.gov.ar/nota-38630-Principios-Generales-de-Actuacio--n-en-Casos-de-Violencia-Dome--stica-contra-las-Mujeres.html>; Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la colaboración de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Principios generales de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres para la adecuada implementación de la Ley 246.485”, compulsado en: <https://www.cij.gov.ar/nota-38630-Principios-Generales-de-Actuacio--n-en-Casos-de-Violencia-Dome--stica-contra-las-Mujeres.html> (fecha de consulta: 11 de febrero 2024).

²⁴ Juzgado Civil Villa María, Córdoba, 24/06/2021, “D., M. M. c. R., J. A. – Ordinario” Sentencia n° 31 Compulsado en: Edición Especial: Día Internacional de la Mujer, “El enfoque de género como garantía de los derechos humanos de las mujeres” Jurisprudencia Actualizada. Boletín Judicial n° 2, marzo de 2022, Área de Apoyo del Tribunal Superior de Justicia. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/boletin_judicial/BJ%20n%202%20Marzo%20de%202022%208M%20El%20enfoco%20de%20g%C3%A9nero%20como%20garant%C3%ADa%20de%20los%20derechos%20humanos%20de%20las%20mujeres (fecha de consulta: 11 de febrero 2024).

estereotipos y teniendo en cuenta las particularidades de los episodios de violencia de género. Dentro de sus principios establece que *“el principio de amplitud probatoria es aplicable a todos los casos de violencia de género”*²⁵.

Esto importa que las partes puedan lograr la acreditación de sus dichos mediante la aportación de todas las pruebas que hagan a su derecho, consistente en testigos presenciales o referenciales, informativa, pericial, entre otras que se estimen conducentes y útiles para la comprobación de lo sucedido.

Un caso típico es cuando en procesos de liquidación de bienes se pretende que la mujer acredite los pagos efectuados con el dinero producido con su trabajo, por ejemplo, respecto del inmueble que habitaban, cuando lógicamente en el marco de confianza de pareja no se expiden esas constancias. Otra situación que suele suscitarse en procesos de compensación económica es la mujer que presta colaboración en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente, por ejemplo, invirtiendo una suma de dinero. En esos casos, resulta de gran relevancia la amplitud probatoria, ya que la única forma de acreditar es con testigos presenciales del acto, toda vez que ese tipo de pagos se efectúan en el marco de la confianza familiar, donde no suelen existir constancias escritas.

En un fallo destacado el juez hace referencia a que la gestión de pago de los servicios de un inmueble no resulta suficiente como para calificarlo de aporte a una sociedad comercial cualquiera, pero sí para una sociedad de hecho en base a la convivencia, porque forma parte de los intereses comunes, al hacerlo ella su pareja se desentendía de algo necesario que le permitía ocuparse únicamente del emprendimiento lucrativo que estaba realizando²⁶.

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro anuló una sentencia de la Cámara Civil, Comercial, de Minería, Familia y Contencioso Administrativo de la Tercera Circunscripción Judicial que había dejado sin efecto la recompensa que, en una sentencia de primera instancia, se había reconocido a favor de la mujer demandante. El Superior Tribunal ordenó que se dicte un nuevo pronunciamiento, en una resolución que contiene definiciones sobre la perspectiva de género como herramienta metodológica y pautas sobre el análisis de la prueba con perspectiva de género, que debe primar en el fuero de Familia. Con voto mayoritario se consideró que *“juzgar con perspectiva de género implica detectar durante un procedimiento judicial una situación de desigualdad en razón del género, para corregirla a través de la interpretación y aplicación de la ley, teniendo en cuenta la especial situación de quien la padece; es una herramienta metodológica para el Juez que implica un esfuerzo*

²⁵ Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la colaboración de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Principios generales de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres para la adecuada implementación de la Ley 246.485” elaborado por la, Buenos Aires, 2021. Compulsado en: <https://www.cij.gov.ar/nota-38630-Principios-Generales-de-Actuacio--n-en-Casos-de-Violencia-Dome--stica-contras-las-Mujeres.html> (fecha de consulta: 11 de febrero 2024).

²⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 8a Nominación, Córdoba, 26/12/2019, “V., P. G. c. F., W. E. s/ ordinario”, compulsado en: Edición Especial: Día Internacional de la Mujer, “El enfoque de género como garantía de los derechos humanos de las mujeres” Jurisprudencia Actualizada. Boletín Judicial nº 2, marzo de 2022, Área de Apoyo del Tribunal Superior de Justicia. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/boletin_judicial/BJ%20n%202%20Marzo%20de%202022%208M%20El%20enfoque%20de%20g%C3%A9nero%20como%20garant%C3%ADa%20de%20los%20derechos%20humanos%20de%20las%20mujeres (fecha de consulta: 11 de febrero 2024).

intelectual por comprender la complejidad social, cultural y política que existe en relación al género para evitar situaciones de desigualdad”²⁷.

5. CONCLUSIONES

A modo de reflexión final, la aplicación de la carga dinámica de la prueba con perspectiva de género en Argentina resulta ser un imperativo legal. El nuevo esquema normativo establecido por el Código Civil y Comercial ha vuelto explícito que la forma en la que deben aplicarse los derechos reconocidos en los distintos tratados internacionales como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) debe ser obligatoria, directa y operativa. La incorporación de la “carga dinámica de la prueba” forma parte del reconocimiento de esos derechos, imponiendo la obligatoriedad de aplicación de herramientas que tengan en cuenta la desigualdad estructural en ciertos casos, especialmente entre el hombre y la mujer.

Del análisis de la jurisprudencia puede advertirse que la mirada de los jueces y juezas en la República Argentina ha cambiado. Sin embargo, el camino de valoración de la prueba en clave de género es un proceso en construcción que recién comienza. Esta perspectiva en la actualidad habilita el replanteo de los casos y la forma de resolverlos, considerando que no siempre se parte de circunstancias de igualdad procesal en materia probatoria en casos complejos, pensando que los jueces deben utilizar las herramientas a su alcance para “equilibrar” esta situación.

Resultarán claves para el mejor desarrollo del instituto las regulaciones expresas de la carga dinámica de la prueba, aclarando sus efectos, su diferenciación con el principio de colaboración y parámetros claros para determinar quién se encuentra en “mejores condiciones para probar”, pudiendo analizar si existe la mencionada desigualdad material bajo la óptica de género. Citando nuevamente a KEMELMAJER DE CARLUCCI la idea no es que automáticamente el caso sea “ganado” por una mujer, sino que debe ser debidamente estudiado si amerita la aplicación de una perspectiva de género.

En muchos casos, como hemos visto en la reciente jurisprudencia, esta desigualdad involucrará situaciones de desigualdad estructural entre el hombre y la mujer típicas en el fuero de familia como los casos de compensación económica, desalojo de vivienda contra la conviviente, liquidación de la sociedad conyugal –ahora llamada comunidad ganancial– y otros comprenden situaciones de violencia de género.

Para concluir, el estudio de la prueba con perspectiva de género ha adquirido una relevancia tal que no podría imaginarse su falta de aplicación al momento de resolver un caso de Derecho privado, sin embargo, requiere ser visibilizado para promover una mayor utilización, toda vez que la incorporación jurisprudencial aún es incipiente. Esta nueva forma de resolver litigios –con mayor Justicia– propone repensar la prueba en clave de género, priorizando la verdad material por sobre la resolución del caso bajo el tradicional emblema de “quien alega debe probar”.

²⁷ Superior Tribunal de Justicia de Río Negro “LL. M. c/ Y. A. s/ liquidación de la sociedad convivencial”, 2 de febrero de 2023: <https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verSentenciaExterna.html?idJurisprudencia=5269> (fecha de consulta: 11 de febrero 2024).

BIBLIOGRAFÍA

- BERIZONCE, Roberto O.; AMENDOLARA, Zulma E.; BERMEJO Patricia S., *Procesos de Familia en la Provincia de Buenos Aires*, editore Platense, 2017.
- BERMEJO, Patricia, “El Proceso de Familia frente al Código Civil y Comercial de la Nación”. Disponible en: AP/DOC/1358/2016.
- DE LOS SANTOS, Mabel, “Razones de la introducción de normas procesales en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 15 de noviembre de 2017.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Zavallía, 1988.
- FALCÓN, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. El derecho procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2011.
- GIANNINI, Leandro J., “Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)”, *La Ley*, 2010-F-1136.
- HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia, *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales comentado y anotado con perspectiva de género*. Editores del Sur, Buenos Aires, Argentina, 2022.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; MOLINA DE JUAN Mariel, “Los Principios Generales del Proceso de Familia en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Procesal*, 2015.
- KIELMANOVICH Jorge L., *Derecho Procesal de Familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007.
- LORENZETTI Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.
- MORELLO Augusto; SOSA, Gualberto; BERIZONCE Roberto, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018.
- QUADRI, Gabriel H., *Código Procesal civil y comercial de la Nación*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2023.
- RIVERA, Julio Cesar; MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.
- ROSALES CUELLO, Ramiro; MARINO, Tomás, “Las normas procesales en el nuevo Código Civil y Comercial”. Publicado en: SJA 2014/11/26-3; JA 2014-IV ABELEDO PERROT No: AP/DOC/1525/2014.
- VÁZQUEZ, Gabriela Andrea, “Juzgar con perspectiva de género. La ley 26.485 como herramienta potenciadora de buenas prácticas”, en HERRERA, Marisa; FERNANDEZ, Silvia y DE LA TORRE, Natalia (Dirs.), *Tratado de Géneros Derechos y Justicia, Derecho del trabajo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020.

PRUEBA Y PERSPECTIVA DE CLASE: ALGUNOS APUNTES PRELIMINARES

Ana Rodríguez Álvarez
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

Cristina Alonso Salgado
Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo, hemos asistido a un creciente interés en la aplicación de la perspectiva de género en el Derecho en general y, en lo que a nuestro ámbito de interés respecta, en el Derecho probatorio en particular¹.

Siendo conscientes de la importancia que dicha aplicación supone en aras de que la tutela de los derechos e intereses de la ciudadanía sea verdaderamente efectiva (como exige el artículo 24.2 de la Constitución española), la reflexión en esta materia nos ha llevado a pensar en la necesidad de conjugar esta perspectiva con otras, con las que muchas veces opera de modo interseccional. En concreto, en las siguientes páginas nos gustaría realizar una primera aproximación –y, como tal, tentativa y seguro incompleta– a la necesidad de implementar la perspectiva de clase en el proceso judicial, particularmente en el ámbito probatorio².

¹ Vid., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *Prueba y perspectiva de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024.

² Se trata, bien sabemos, de una línea a la que ni la Academia ni el Foro han prestado excesiva atención. Ello no obstante, hasta hace bien poco, otro tanto podría decirse en relación a la perspectiva de género. Además, cada día son más voces que se suman a la reflexión apuntada como variable de análisis. Véase en este sentido: VARELA CASTEJÓN, Xermán; FERNÁNDEZ SUÁREZ, Natalia, “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género”, *Boletín de la Comisión penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, monográfico “Perspectiva de género en el proceso penal”, volumen 1, 2018, pp. 10: “El discurso de la perspectiva de género no puede ser omnicomprensivo ni excluyente de otras pretensiones. La perspectiva de género pone sobre la mesa la diferencia y la desigualdad de género y denuncia cómo la aplicación del Derecho pretendidamente neutra puede profundizar o sostener esa desigualdad. Pero hay más situaciones de injusta desigualdad que reclaman también ser atendidas. La perspectiva de clase, por poner un ejemplo y por emplear la misma terminología, también reclama un espacio en esos momentos como también la necesidad de asumir la pluriculturalidad en la que nuestras sociedades se desarrollan”. También RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “El testimonio único de quien afirma ser víctima desde la perspectiva de género”, *Boletín de la Comisión penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, monográfico “Perspectiva de género en el proceso penal”,

Y ello porque, con independencia de las diferentes realidades de cada país, creemos que la pertenencia a una clase social subalterna puede llegar a generar dificultades adicionales en materia probatoria, así como la aplicación de sesgos, prejuicios y estereotipos en contra de los justiciables.

2. ALGUNOS EJEMPLOS JURISPRUDENCIALES

Una búsqueda en las principales bases de datos de jurisprudencia española arroja el siguiente resultado: que, al momento de escribirse estas líneas, tan sólo una sentencia incluye en sus fundamentos jurídicos una mención a la perspectiva de clase. Se trata de la SAP de Barcelona (Sección 6ª) 704/2018, de 23 de octubre, de la que fue ponente José Luis RAMÍREZ ORTIZ –estudioso, precisamente, de la aplicación de la perspectiva de género–³.

El caso de autos versaba sobre un delito de agresión sexual en el que la Audiencia Provincial revoca el pronunciamiento de primera instancia y absuelve al acusado por considerar que no se ha practicado una prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia: “no existen datos probatorios de procedencia externa que corroboren unívocamente el testimonio de la denunciante, de ahí que la prueba no sea apta para destruir la presunción de inocencia. Y es que el único dato probatorio externo (los menoscabos corporales) es polivalente, en el sentido de reconducible tanto a la hipótesis inculpatoria como a la exculpatoria [...] Con ello no afirmamos que la denunciante haya faltado a la verdad. Concluimos que su testimonio, no corroborado, no permite desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al apelante”.

Más allá de la conclusión alcanzada, en lo que al interés de este trabajo respecta, merece la pena detenerse en la argumentación que el tribunal despliega, en primer lugar, sobre

volumen 2, 2018, pp. 20 y 21, quien, al hilo de la perspectiva de género, afirma: “Y su virtualidad, que ha de trasladarse a la motivación probatoria, radica en que facilita una apreciación no estereotipada de la prueba, posibilitando que la evaluación de la conducta humana se adecue al contexto económico y sociopolítico concreto (lo que vincula esta perspectiva a la perspectiva de clase social, muy descuidada) y a las circunstancias particulares de cada sujeto interviniente, como víctima o victimario, en el hecho penalmente relevante”.

³ Véanse sus interesantes trabajos en esta materia, citados en la bibliografía.

Aun cuando sería inexacto sostener que la situación resulta más halagüeña en otras latitudes jurídicas, lo cierto es que, una monitorización no exhaustiva de aquellas que nos resultan más próximas –sea por cuestiones lingüísticas, sea por cuestiones meramente contextuales–, permite advertir brotes verdes que, en tanto representantes de vanguardia, merecen ser destacados. Así, por ejemplo, cabe notar la sentencia número 69, de 10 de marzo de 2021, de la sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (Argentina), cuando señala: “Una vez que se tiene por probada –siquiera por duda– la existencia de violencia de género resta preguntarse cómo ello puede incidir en la concreta evaluación de las pruebas. Se ha sostenido, en tal sentido, que la perspectiva de género desempeña muchas veces un rol heurístico (de gran importancia en la investigación de esta clase de hechos). Este consistiría en facilitar una apreciación sin prejuicios de género de la prueba, posibilitando que la evaluación de la conducta humana se adecue al contexto económico y sociopolítico concreto (lo que vincula esta perspectiva a la perspectiva de clase social, muy descuidada) y a las circunstancias particulares de cada sujeto interviniente, como víctima o victimario, en el hecho penalmente relevante”, en TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA, *Jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba sobre violencia de género: extractos de fallos sintetizados y sistematizados temáticamente*, Centro de Capacitación Ricardo C. Núñez, Córdoba (Argentina), 2021, p. 55.

la aplicación de la perspectiva de género en la valoración de la prueba. En concreto, sostiene que “la perspectiva de género exige que el relato que realiza la mujer que narra haber sido víctima de actos violentos protagonizados por el hombre se evalúe eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad objetivos simples máximas de experiencia machistas (v. gr: el estereotipo de «víctima ideal»⁴ que, tras sufrir el hecho, lo denuncia inmediatamente, mantiene siempre un relato idéntico de lo acontecido y se aísla socialmente; o el estereotipo de mujer sexualmente disponible para cualquier hombre, inducido de datos con pretendido valor indiciario tales como su vestimenta, su estado de embriaguez o el lugar y hora de la noche en la que se le encuentra)”.

A continuación, la Audiencia menciona la referida perspectiva de clase pues, en el caso de autos, se producía una situación de interseccionalidad, toda vez que la denunciante se ocupaba de labores de limpieza ocasionales en la sede de la empresa que regentaba el acusado: “de ser cierto el relato de la testigo y pese a que la sentencia de instancia omite esta apreciación, la situación que explica la podría ubicar en un contexto de posible abuso o agresión sexual conforme a los tradicionales patrones de dominación sexista, lo que enlaza no sólo con la perspectiva de género sino también con la, *a menudo olvidada, perspectiva de clase social*: es explotada laboralmente por el patrón por encontrarse en una situación de precariedad existencial, marco en el que éste, aprovechándose de las circunstancias, le exige favores sexuales. En un contexto así, indudablemente la denunciante arriesga mucho cuando decide formular una denuncia, pues compromete

⁴ Con respecto a los posibles orígenes de la «víctima ideal», véase RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “Tres reflexiones sobre la (des)igualdad en torno a la vida y la obra de Artemisia Gentileschi”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela; DEL POZO PÉREZ, Marta (Dirs.), *Enseñar en igualdad de género: aspectos multidisciplinares*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 203-211.

Con independencia de la opinión que nos merezcan determinadas categorías, lo cierto es que resulta clásica la clasificación de víctimas elaborada MENDELSON, en la que diferencia entre víctima ideal, víctima por ignorancia, víctima agresora y víctima provocadora. En este sentido, “Víctima enteramente inocente o víctima ideal. Es aquella que no ha hecho nada para provocar la acción criminal o delictiva que sufre. Es, por tanto, absolutamente ajena a la actividad del delincuente; La víctima por ignorancia. Es aquella que da un impulso, aunque no deliberado, al delito. Por su propia irreflexión, provoca su propia victimización, facilitando la actuación del delincuente; La víctima provocadora. Es la que incita o mueve, con su conducta, al hecho delictivo [...]; La víctima voluntaria. Es la que evidencia palpablemente su colaboración con un hecho delictivo. Es el caso típico de la eutanasia; La víctima agresora. Esta tipología ofrece dos variantes perfectamente nítidas: De un lado, la simuladora, que es la que acusa falsamente, y, de otra, la imaginaria, que es aquella que inventa su propia condición de víctima, cuando no se produjo la infracción o el hecho delictivo”, clasificación originaria de MENDELSON tomada de ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La víctima frente al sistema jurídico-penal: Análisis y valoración*, Servipost Ediciones Jurídicas, Barcelona, 1994, p. 19.

Por otro lado, en *La víctima en el proceso penal*, FERREIRO BAAMONDE destaca diferentes clasificaciones nucleadas en torno a la aportación de diversos autores a la literatura especializada: clasificaciones basadas en la intervención de la víctima en la génesis delictual (clasificación de MENDELSON, de JIMÉNEZ DE ASÚA, de SCHAFFER, de GULOTTA, y de JOUTSEN); clasificaciones basadas en la predisposición victimal (propuesta de VON HENTING); clasificaciones basadas en el ámbito de la titularidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito; clasificaciones que combinan diversos factores (FATTAH, NEUMAN, LANDROVE DÍAZ, SORIA VERDE); y clasificaciones orientadas hacia la relación entre la víctima y el proceso penal. *Vid.* FERREIRO BAAMONDE, Xulio, *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Las Rozas, 2005, pp. 125 y ss.

su subsistencia en un mundo de empleo escaso, factor que indudablemente puede ser ponderado” (la cursiva es nuestra).

El problema en el presente caso –como, por desgracia, en tantos otros– proviene en buena medida de un déficit en la investigación⁵: “no se realizó el menor esfuerzo acreditativo para verificar si la denunciante trabajaba para el denunciado en las condiciones explicadas por ella, lo que no hubiera revestido una gran dificultad, cuando la misma dio los nombres de otras personas que, supuestamente, también estaban empleadas en la empresa. [...] Ignoramos, por tanto, si el señalado contexto estaba presente. En el juicio, el acusado se limitó a manifestar que la denunciante iba en ocasiones a limpiar la oficina y que le pagaba en metálico por el trabajo concretamente realizado, pero negó que hubiera una continuidad o estabilidad, aun mínima, en la prestación del servicio. Por otro lado, no se ha practicado prueba alguna sobre la concreta situación socioeconómica de la denunciante. No sabemos si disponía de otros empleos, o con qué fuentes de ingreso, recursos patrimoniales y medios económicos contaba, lo que impide afirmar que en el caso concreto existiera una relación de dependencia que colocara a la denunciante en una situación de vulnerabilidad, favoreciendo la plausibilidad del acoso sexual.

Por otra parte, la denunciante aportó datos trascendentes que podrían haber sido objeto de corroboración a través de las testificales omitidas. En concreto, dijo que, tras la agresión, ella se quedó llorando en el local (este extremo fue negado por el acusado), y que llegó el hermano del apelante y otro empleado, a los que, en la sede de la empresa, les explicó lo sucedido, y quienes le respondieron que estaba en su derecho de denunciar. Además, dichas personas le ayudaron a buscar su bolso, que el acusado habría tirado por el pasillo del inmueble. Los datos probatorios relevantes, en este caso, habrían sido los signos objetivos de victimización de la denunciante (dijo que estaba llorando y asustada), la existencia o no de destrozos en el despacho (lo que confirmaría o refutaría la declaración del acusado), y el hallazgo del bolso y el estado de éste. En definitiva, la dificultad probatoria no deriva de la «naturaleza de los hechos» sino de la falta de diligencia investigativo-acusatoria. Y el dato de que no hubiera más prueba cuando pudo haberla no puede dejar de tomarse en consideración cuando, abocándose a tal situación, se pretende una condena sobre la base de un testimonio único no corroborado.

A tal efecto, existe otro dato, que en ausencia de prueba ajena a la declaración de la testigo tampoco es concluyente. Tanto la denunciante como el acusado manifestaron que en la mañana de los hechos estuvo de visita un inspector de industria en el local. Dicho inspector no presencié hecho alguno, pero su testimonio podría haber servido de apoyo a la tesis acusatoria de haber quedado acreditado que la denunciante se marchó cuando

⁵ Algunas reflexiones en materia de investigaciones insuficientes y perspectiva de género pueden leerse en CORLETO, Julieta di, “Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género”, en CORLETO, Julieta di (Comp.), *Género y justicia penal*, editorial Didot, Buenos Aires, 2017; FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Lucía, “Principio de inocencia, perspectiva de género y generaciones: notas para su armonización”, en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Lucía; MARTÍNEZ MORALES, Santiago; SOBA BRACESCO, Ignacio (Coords.), *La prueba: un cruce de caminos*, IJ editores, Buenos Aires, 2022, p. 52; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *Prueba y perspectiva de género*, op. cit., pp. 126 y ss.; SOBA BRACESCO, Ignacio, «Prueba y perspectiva de género: tres cuestiones controversiales», *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 24, núm. 1, 2023, pp. 209 y 210.

aquél llegó para evitar dar la impresión de que trabajaba para el denunciante. El inspector no prestó declaración; de modo que, nuevamente, tal aserto carece de aval externo, pues el acusado no confirmó dicho extremo”.

El segundo ejemplo que quisiéramos traer a colación no alude expresamente a la perspectiva de clase, aunque de la lectura de la sentencia se desprende su aplicación por parte de la Audiencia Provincial de Alicante.

El recurso de apelación resuelto *ex SAP* Alicante (Sección 7ª) 338/2001, de 25 de junio, se refería al ejercicio de una acción de filiación no matrimonial⁶. A este respecto, conviene recordar que la Ley de Enjuiciamiento Civil no impone coactivamente la práctica de la prueba de ADN –la única que, a pesar de su escasísimo margen de error, podría determinar el vínculo–. Es más, ni siquiera la negativa supone, como en otros ordenamientos jurídicos, una *ficta confessio*. Antes bien, lo que prevé el 767.4 LEC es que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, pero siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.

En el caso de autos, se contaba con los siguientes indicios: la madre del actor había trabajado como empleada del hogar en casa del demandado durante los años sesenta; había dado a su hijo el mismo nombre que el de él; y, al registrar el nacimiento, había indicado el nombre de su empleador en calidad de progenitor. A todo ello se sumaba la negativa del demandado a someterse a la prueba de ADN, sin ofrecer explicación alguna.

Tras reseñar estos datos, la Audiencia no obvia las particulares dificultades que la aportación de indicios entraña en un supuesto como éste: “éste es un caso muy especial, porque la paternidad no deriva de unas relaciones prematrimoniales públicas, que puedan dar lugar a pruebas palpables de la situación sentimental de la pareja, como pueden ser la existencia de fotografías o cartas, sino de una relación oculta, y no consentida en el contexto social, *dadas las fechas en que acaece, años sesenta, la relación laboral de patrono-trabajadora entre los padres, la edad de la madre al quedar embarazada, 13 años, y especialmente el estado civil del demandado, casado en aquellas fechas*. Por ello si a esta prueba indiciaria primeramente mencionada en el anterior fundamento, no se adicionara como prueba determinante de cargo, la reiterada negativa del demandado a la práctica de los exámenes biológicos de paternidad, el actor quedaría en la más absoluta indefensión provocada de propósito” (la cursiva es nuestra).

Como puede observarse, el tribunal toma en consideración factores como, por ejemplo, el vínculo de dependencia laboral existente y las circunstancias socio-históricas (una relación extramatrimonial en plena dictadura franquista) para acabar estimando el recurso de apelación y declarando la filiación reclamada.

⁶ Un estudio detallado sobre perspectiva de género y declaración de filiación ante la negativa injustificada a someterse a la prueba de ADN puede encontrarse en RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *Prueba y perspectiva de género*, op. cit., pp. 23 y ss.

El tercer ejemplo puede extraerse del AAP Sevilla (Sección 4ª) 111/2006, de 17 de febrero. A través de este auto, la Audiencia se pronuncia acerca de la denegación del permiso penitenciario solicitado por una interna de la prisión de Alcalá de Guadaira.

Una de las cuestiones debatidas pasaba por considerar como factor de riesgo que aconsejaría la denegación del permiso el “afán de lucro fácil” que supuestamente había guiado su actividad delictiva (había sido condenada por tráfico de drogas). A juicio del Ministerio Fiscal, ello “revelaría «un sistema de valores y actitudes de aprobación del delito como alternativa válida de ingresos económicos», lo que se relacionaría, entendemos, con el riesgo de comisión de nuevos delitos”.

El tribunal discrepa de esta conclusión y, con una empatía encomiable, explica cómo las difíciles circunstancias de la interna la han colocado en una tesitura tan complicada. No trata de justificar la Audiencia la infracción penal, pero sí de poner negro sobre blanco cómo determinadas historias de vida pueden abocar con mayor probabilidad a cometer un delito, no con el afán de enriquecerse, sino de sobrevivir: “Sin dejar de ser cierto que la ausencia de problemática toxicofílica de la interna parece dejar el ánimo de lucro como único móvil de su delito, lo que, a su vez, no abona precisamente que en la fecha de su perpetración aquella adoleciera de conciencia escrupulosa ni tuviera eso que se llama un sistema de valores prosociales, el Tribunal no puede compartir, en las circunstancias del caso, la relevancia que el Ministerio Fiscal otorga a este factor, que no puede dejar de ponerse en relación con la biografía y situación personal de la interna en las fechas de autos, que se detallan precisamente en el mismo informe que le reprocha ese “ánimo de lucro fácil”: huérfana desde muy joven, con ocho hermanos y criada en las lindes de la pobreza, era madre soltera desde los diecisiete años –en la fecha del delito su entonces única hija tenía cuatro años– y no tenía otra fuente de recursos lícitos que su trabajo temporal y precario como limpiadora. No hace falta acudir a las novelas de Dickens⁷, al rancio teatro social de Joaquín Dicenta o al más moderno cine de compromiso de Ken Loach, para darse cuenta de que *en esas condiciones vitales la tentación de prestarse a servir de depositaria remunerada de una droga ajena era para la hoy apelante, más que un afán de lucro fácil, un impulso que habría exigido dotes casi heroicas para resistirlo*” (la cursiva es nuestra)⁸.

Fuera de España y en lo que al ámbito iberoamericano respecta, merece la pena destacar el caso de Valentina Rosendo Cantú *et al.* contra México, resuelto por la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos el 31 de agosto de 2010. En él se muestra cómo la concurrencia de diversas causas (en este supuesto concreto, el hecho de que la víctima

⁷ Sobre el uso de referencias literarias en las resoluciones judiciales –como aquí hace la Audiencia Provincial de Sevilla–, véase RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “Jurisprudencia literaria: ¿hacia una Justicia poética?”, en TORRES ÁLVAREZ, José (Dirs.), *Derecho y lingüística. Entre la concepción teórica y los ciudadanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021, pp. 161-181.

⁸ SOBA BRACESCO, Ignacio, «El hecho notorio en el Derecho Procesal comparado (desafiando los límites de la obviedad)», en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Lucía; MARTÍNEZ MORALES, Santiago; SOBA BRACESCO, Ignacio (Coords.), *La prueba: un cruce de caminos*, IJ editores, Buenos Aires, 2022, pp. 158-162, aborda la vinculación entre la notoriedad y determinados fenómenos estructurales como podría ser, entre otros, la discriminación racial o étnica. Entre otras cuestiones, el autor menciona un caso canadiense –Ontario Court of Justice, en *R. vs. Hazell*, 2020 ONCJ 358, de 14 de agosto de 2020–, en el que el abogado defensor se remitió a “una creciente jurisprudencia que respalda la capacidad de los tribunales de Ontario para considerar la historia de la violencia colonial y el racismo sistémico experimentado por los canadienses negros al redactar sentencias justas y apropiadas”.

fuera una mujer indígena de clase baja) incidió de manera determinante en el modo en que se condujeron las autoridades mexicanas, vulnerando el derecho de acceso a la Justicia de la Sra. Rosendo.

La señora Rosendo Cantú es una mujer indígena que habitaba en una población montañosa y aislada del Estado de Guerrero. El 16 de febrero de 2002, mientras se encontraba lavando ropa en un arroyo cercano a su casa, la víctima –que por aquel entonces contaba con diecisiete años– fue golpeada y violada por dos militares destinados en la zona.

Como explica la Corte en su prolija sentencia: “En el estado de Guerrero un importante porcentaje de la población pertenece a comunidades indígenas, quienes conservan sus tradiciones e identidad cultural y residen en los municipios de gran marginación y pobreza. En general, la población indígena se encuentra en una situación de vulnerabilidad, reflejada en diferentes ámbitos, como la administración de justicia y los servicios de salud, particularmente, por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos económicos para acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud o a los órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas abusivas o violatorias del debido proceso. Lo anterior ha provocado que integrantes de las comunidades indígenas no acudan a los órganos de justicia o instancias públicas de protección de los derechos humanos por desconfianza o por miedo a represalias, situación que se agrava para las mujeres indígenas puesto que la denuncia de ciertos hechos se ha convertido para ellas en un reto que requiere enfrentar muchas barreras, incluso el rechazo por parte de su comunidad y otras «prácticas dañinas tradicionales»”.

A pesar de este desolador panorama, la Sra. Rosendo acabó denunciando los hechos, si bien, como ya he señalado, las autoridades mexicanas estuvieron lejos de respetar sus derechos –entre otros, el derecho de acceso a la Justicia sin sufrir discriminación–.

Aunque no resultará posible detenerse en todos los pormenores de esta extensísima resolución (que supera las cien páginas), sí nos gustaría resaltar cómo la Corte tiene presente la situación subalterna de la víctima –entre otros factores por su origen étnico, pero también por sus escasos recursos económicos– a la hora de valorar su testimonio: “de las circunstancias propias de la situación de la señora Rosendo Cantú, la Corte no encuentra elementos que afecten la credibilidad de sus declaraciones. La presunta víctima es una mujer indígena, en el momento de los hechos menor de edad, que vivía en una zona montañosa aislada, que tuvo que caminar varias horas para recibir asistencia médica por las agresiones físicas sufridas, y para denunciar la violación sexual ante diversas autoridades que hablaban un idioma que ella no dominaba, la cual probablemente tendría repercusiones negativas en su medio social y cultural, entre otros, un posible rechazo de su comunidad. Asimismo, denunció y perseveró en su reclamo, sabiendo que en la zona en la que vive continuaba la presencia de militares, algunos de los cuales ella estaba imputando penalmente la comisión de un delito grave”⁹.

⁹ En relación a otros contextos de vulnerabilidad, resulta de interés la lectura de FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Lucía, “Apuntes para pensar la prueba de la violencia sexual en centros penitenciarios. Una mirada multidisciplinaria para el caso uruguayo”, en ALONSO SALGADO, Cristina; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ,

En conclusión, a pesar de que los ejemplos a fecha de hoy –al menos en España– quizás no sean muy abundantes, ya contamos con precedentes que aplican una perspectiva, la de clase, en la que a nuestro juicio convendría ahondar¹⁰.

3. PERSPECTIVA DE CLASE Y VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

Llegados a este punto, cabría preguntarse cuál es la vinculación que existe entre valorar con perspectiva de clase y valorar racionalmente la prueba. Y a este respecto, dada la inexistencia de referencias doctrinales –al menos por el momento–, nos vamos a remitir a las reflexiones vertidas en materia de valoración racional y perspectiva de género, pues los argumentos allí esgrimidos pueden trasladarse a esta sede¹¹.

Lo primero que podríamos afirmar es que la valoración con perspectiva de clase no es contraria a la valoración racional de la prueba: al contrario. Difícilmente se podrá calificar de racional una valoración si está permeada de sesgos, prejuicios y estereotipos (sean de clase o de otro tipo). Ahora bien, habría que determinar si la aplicación de la perspectiva de clase encaja en la mera valoración racional –en el sentido de que suponen una equivalencia–, o si implica algo más. Sobre esta cuestión, si bien circunscritas a la perspectiva de género, existen posiciones discrepantes.

Por un lado, FERRER BELTRÁN sostiene que valoración con perspectiva de género equivale a valoración racional, en la medida en que la aplicación de la perspectiva de género en este momento no aporta ninguna especificidad: “Si valorar la prueba con perspectiva de género es valorar sin sesgos y sin prejuicios, bienvenidos al club de la valoración racional de la prueba”¹².

Un planteamiento distinto es el defendido por LIMARDO¹³, quien considera que la concepción racionalista de la prueba es condición necesaria pero no suficiente para la valoración con perspectiva de género. Y ello porque existen determinadas generalizaciones que, aun siendo válidas desde el punto de vista epistemológico, son el reflejo y la consecuencia de prácticas discriminatorias: “En otras palabras, utilizar esa clase de generalizaciones implicaría tomar un enunciado general que describe la realidad que sólo es verdadero en virtud de prácticas discriminatorias que llevaron a ese estado de cosas [...] y, por lo tanto, la decisión de un caso concreto en función de ello consistiría en una convalidación y perpetuación de esas prácticas”.

Ana; VALIÑO CES, Almudena (Dirs.), *Nuevas tendencias en Derecho probatorio*, Dykinson, Madrid, 2024, en el que la autora analiza las dificultades probatorias añadidas que presentan los delitos sexuales cometidos contra mujeres privadas de libertad.

¹⁰ Del mismo modo que cabría hacer con las relativas a otros potenciales motivos de discriminación: raza, orientación sexual, etc.

¹¹ Cfr., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *Prueba y perspectiva de género*, op. cit., pp. 143 y ss.

¹² La fuente del trabajo de FERRER BELTRÁN no es en este caso un texto doctrinal, sino la conferencia impartida y que lleva por título «La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género». Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=SlsoI3WQLy4>

¹³ LIMARDO, Alan, «¿Valoración de la prueba y perspectiva de género: una réplica a Jordi Ferrer Beltrán» (inédito). Agradezco al autor su generosidad al permitirme acceder al texto. Véase también «Valoración de la prueba y perspectiva de género. Una réplica a Jordi Ferrer Beltrán». Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=tMAunRxCuq0>

La consecuencia de ello, a juicio del autor, es que con base en razones como sería la consecución de la igualdad y la prohibición de la discriminación, habría que excluir “de los razonamientos sobre hechos algunas generalizaciones con capacidad epistémica al momento de valorar la prueba”.

También GAMA se pronuncia en una línea similar a LIMARDO¹⁴. Partiendo de nuevo de los vínculos existentes entre la valoración racional y la valoración con perspectiva de género, esta última “mantiene abierta la crítica ahí donde la concepción racional de la prueba parece insistir en la pretensión de neutralidad y objetividad de los métodos y presupuestos de la concepción racional de la prueba. [...], las epistemologías feministas cuestionan la idea de una realidad que está ahí fuera esperando a ser conocida, la escisión entre el observador y lo observado y la creencia de que el observador no tiene interacción ni participa en la construcción de la realidad. Asimismo, las epistemologías feministas destacan el papel de los sujetos y sus experiencias en la construcción de la realidad, la manera en que las construcciones de género influyen en nuestras concepciones sobre el conocimiento, la objetividad, las prácticas de investigación y justificación y, en general, la manera en que las prácticas epistémicas afectan y discriminan a la mujer (por ejemplo, negándole autoridad epistémica mediante descuentos de credibilidad basados en estereotipos). Por otra parte, las epistemologías feministas plantean la necesidad de tener en cuenta y privilegiar el contexto del sujeto epistémico, la idea de un conocimiento socialmente situado y un punto de vista feminista que tome en cuenta las experiencias de las mujeres como punto de partida”.

Trasladando estas argumentaciones a la perspectiva de clase, compartimos con estos dos últimos autores el hecho de que existe una relación entre ambas (difícilmente una valoración será racional si, por ejemplo, está cuajada de estereotipos). Ahora bien, al igual que ellos –y discrepando de lo manifestado por FERRER– tenemos dudas de que lo que se considera concepción racional de la prueba sea un mero equivalente, una tautología. Y ello porque, ya de base, bajo la concepción racional podrían llegar a ampararse argumentos y nociones en apariencia objetivos pero que, como señala LIMARDO, responden a prácticas discriminatorias históricamente arraigadas¹⁵.

Al margen de este debate, lo cierto es que la valoración de la prueba difícilmente puede considerarse una actividad absolutamente aséptica, objetiva y de precisión quirúrgica. En consecuencia, si los tribunales no están atentos, a través de ella se pueden introducir en el proceso judicial –voluntaria o involuntariamente– todo tipo de sesgos, prejuicios y

¹⁴ GAMA, Raymundo, «Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico», *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, vol. 1, 2020, pp. 290 y 291.

¹⁵ En la misma línea –y con respecto también a la perspectiva de género–, se pronuncia la Profesora Flavia CARBONELL en una entrevista concedida al Foro Uruguayo de Derecho Probatorio: “es ineficaz el discurso racionalista para visibilizar y desarticular prácticas de discriminación de género, tan profundamente enraizadas en nuestra sociedad; en muchísimos años, no ha permitido el cambio, sino que ha perpetuado las situaciones de desigualdad. Es decir, hasta la erradicación de estas prácticas, es necesario abordarla como un problema en sí mismo”.

Es más, la autora propugna por la ampliación a otras perspectivas: “En cierta medida, estas perspectivas son reacciones a demandas sociales estructurales, profundas e insatisfechas y que impactan en la creación y aplicación del derecho”.

La entrevista puede leerse en: <https://forouruguayoderechoprobatorio.blogspot.com/2023/06/seis-preguntas-sobre-razonamiento.html>

estereotipos. Reconocer este hecho no implica que se defienda el regreso a un sistema basado en la prueba tasada. Nada más alejado de nuestro posicionamiento¹⁶. Pero sí creemos que es imprescindible ser conscientes de esta realidad para poder atajarla. Y a tal fin, una adecuada formación de los operadores jurídicos, que vaya más allá de lo cosmético, resulta, sin duda, fundamental.

En definitiva, la aplicación de la perspectiva de clase en la etapa de valoración de la prueba permitiría al juzgador identificar los eventuales sesgos, estereotipos y prejuicios que le pueden conducir a una conclusión errónea.

4. PARA TERMINAR SIN CONCLUIR –TODAVÍA–

Una falsa premisa recorre los sistemas de Justicia democráticos: la de la neutralidad de las normas jurídicas. Ello ha arrastrado al pensamiento jurídico a rehuir del ajuste de calibre que en ocasiones resulta imprescindible para transicionar de la abstracción de la generalidad a la individualización de la aplicación del Derecho. Por fortuna, la necesidad de ese ejercicio de precisión se está abriendo paso en el Foro cada vez con mayor fuerza.

Las intersecciones que atraviesan al ser humano son innumerables. Sin embargo, las que en efecto cuentan con un peso específico son limitadas. En ese contexto, diluida entre otras tantas circunstancias y condiciones, la ponderación de la clase social –no como nebulosa de circunstancias personales, sino como condicionante derivado de la estratificación social– cobra todo el sentido. No se trata de trazar un mapa de subjetividades, sino de facilitar una hoja de ruta y nombrar lo que debe ser nombrado, porque lo que no se nombra no existe.

Así las cosas, se trata de enriquecer la aplicación del Derecho, no con la suma adicionada de subjetividades, sino como enfoque interseccional que permita examinar lo macro y lo micro, posibilitando el análisis tanto de las variables tangibles como las intangibles. Se trata, además, de atender a una reivindicación justa que conecta a nuestros tribunales con la realidad social.

Dado que somos conscientes de los muchos aspectos de esta materia en los que convendría ahondar –unido lo incipiente de nuestra investigación–, no pretendemos llegar en este momento a conclusiones más o menos definitivas. Con todo, confiamos en que estas líneas sirvan de disparador para ulteriores debates que tanto la doctrina como la jurisprudencia se deberían plantear. Ojalá eso suceda más pronto que tarde.

¹⁶ Convenimos con BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl, “Cómo hacer visible lo invisible: los estereotipos de género en la argumentación probatoria”, en BRAVO BOSCH, María José (Dir.), *Justicia y género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 292, en que “Las reglas de la sana crítica, entendidas de manera rigurosa, permiten combatir las desigualdades de género que todavía subsisten en nuestra práctica jurídica”. De hecho, en este trabajo, el autor ofrece un interesantísimo ejemplo práctico sobre cómo desmontar los estereotipos que se emplean como premisas tácitas en las argumentaciones probatorias (*vid.* pp. 285 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

- BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl, “Cómo hacer visible lo invisible: los estereotipos de género en la argumentación probatoria”, en BRAVO BOSCH, María José (Dir.), *Justicia y género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- CORLETO, Julieta di, “Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género”, en CORLETO, Julieta di (Comp.), *Género y justicia penal*, editorial Didot, Buenos Aires, 2017.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Lucía, “Apuntes para pensar la prueba de la violencia sexual en centros penitenciarios. Una mirada multidisciplinaria para el caso uruguayo”, en ALONSO SALGADO, Cristina; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana; VALIÑO CES, Almudena (Dirs.), *Nuevas tendencias en Derecho probatorio*, Dykinson, Madrid, 2024.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Lucía, “Principio de inocencia, perspectiva de género y generaciones: notas para su armonización”, en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Lucía; MARTÍNEZ MORALES, Santiago; SOBA BRACESCO, Ignacio (Coords.), *La prueba: un cruce de caminos*, IJ editores, Buenos Aires, 2022.
- FERREIRO BAAMONDE, Xulio, *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Las Rozas, 2005.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GAMA, Raymundo, “Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, vol. 1, 2020.
- GIMENO PRESA, María Concepción, *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.
- HERNÁNDEZ MOURA, Belén, “Consideraciones en clave de género sobre la valoración del testimonio en delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en atención a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 59, 2022.
- LIMARDO, Alan, “¿Valoración de la prueba y perspectiva de género: una réplica a Jordi Ferrer Beltrán” (inédito).
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “La suficiencia probatoria de la declaración testifical de la víctima”, en CERRATO GURI, Elisabet (Dir.), *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial*, La Ley, Madrid, 2022.
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género (2). Respuesta a los comentarios (Réplicas a las refutaciones de *Quaestio facti*, 1 2020)”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, vol. 2, 2021.
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, vol. 1, 2020.
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “El testimonio único de quien afirma ser víctima desde la perspectiva de género”, *Boletín de la Comisión penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, monográfico “Perspectiva de género en el proceso penal”, volumen 2, 2018.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *Prueba y perspectiva de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “Tres reflexiones sobre la (des)igualdad en torno a la vida y la obra de Artemisia Gentileschi”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela; DEL POZO PÉREZ, Marta (Dirs.), *Enseñar en igualdad de género: aspectos multidisciplinares*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “Jurisprudencia literaria: ¿hacia una Justicia poética?”, en TORRES ÁLVAREZ, José (Dirs.), *Derecho y lingüística. Entre la concepción teórica y los ciudadanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “Perspectiva de género y Justicia: un esbozo preliminar”, en ALONSO SALGADO, Cristina; SÁNCHEZ RUBIO, Ana; RAMOS HERNÁNDEZ, Pablo (Dirs.), *Retos jurídicos de actualidad*, Dykinson, 2021.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La víctima frente al sistema jurídico-penal: Análisis y valoración*, Servipost Ediciones Jurídicas, Barcelona, 1994.
- SOBA BRACESCO, Ignacio, “Prueba y perspectiva de género: tres cuestiones controversiales”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 24, núm. 1, 2023.
- SOBA BRACESCO, Ignacio, “El hecho notorio en el Derecho Procesal comparado (desafiando los límites de la obviedad)”, en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Lucía; MARTÍNEZ MORALES, Santiago; SOBA BRACESCO, Ignacio (Coords.), *La prueba: un cruce de caminos*, IJ editores, Buenos Aires, 2022.
- VARELA CASTEJÓN, Xermán; FERNÁNDEZ SUÁREZ, Natalia, “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género”, *Boletín de la Comisión penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, monográfico “Perspectiva de género en el proceso penal”, volumen 1, 2018.

LA OLVIDADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDIVIDUAL. SU CONTENIDO, IDENTIDAD Y FIABILIDAD

Jhony Batalla Mena Herrera

Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

Máster en razonamiento probatorio de las Universidades de Girona y de Génova

Como es ya costumbre hacerlo en las publicaciones cuando se pretende realizar un artículo académico, me suscribo en lo que se conoce como la tradición racionalista de la prueba, de las cuales se consideran como máximos exponentes internacionales a Michele TARUFFO, Jordi FERRER BELTRÁN, Daniel GONZÁLEZ LAGIER, Carmen VÁZQUEZ, Diego DEI VECCHI, Daniela ACCATINO, Marina GASCÓN ABELLÁN, entre otros.

Todos los autores mencionados en precedencia han desarrollado los pilares fundamentales sobre los cuales debe asentarse un estudio serio y riguroso sobre la prueba judicial. Dada la extensión del presente escrito únicamente será posible realizar un esbozo sobre un tema poco desarrollado por la academia jurídica nacional, como es la valoración de la prueba individual.

En ese orden de ideas, el artículo 380 de la Ley 906 de 2004 dispone que *“los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo”*¹. Lo propio ocurre con el artículo 238 de la Ley 600 de 2000 que establece que *“las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”*.

Estas disposiciones normativas admiten varias interpretaciones, siendo la más común aquella que otorga prevalencia a la valoración de la prueba en conjunto conforme a los criterios de la sana crítica racional, es decir, la lógica, la experiencia, las ciencias y artes afines. Si bien en ningún artículo de la Ley 906 de 2004 se hace referencia a este método, de manera reiterada ha sido extrapolado de la Ley 600 del 2000 al punto que la Corte Suprema de Justicia considera que el operador judicial comete un error de hecho por falso raciocinio por vulneración de la sana crítica (Radicado 52150, SP371-2021). De esta

¹ Congreso. Ley 906 de 2004 *“Código de Procedimiento Penal”*. Obtenido de Diario Oficial núm. 45.658: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html#1

manera, es válido señalar que al momento en que se adopta la sana crítica racional como el método de valoración en los procesos judiciales, el proceso penal se adscribe a la concepción o tradición racionalista de la prueba, por lo que los planteamientos teóricos de los autores mencionados anteriormente si bien no tienen fuerza vinculante (en términos kelsenianos), son doctrina internacional de “obligatoria” y necesaria consulta.

Ahora bien, los artículos 380 de la Ley 906 de 2004 y 238 de la Ley 600 conservan una misma estructura normativa, en la cual ubican de manera primaria la valoración en conjunto y luego hacen referencia a la valoración de la prueba individual, siempre supeditando o subordinando ésta a aquélla. Dicha jerarquización de los tipos de valoración solo refleja una falta de comprensión de los momentos de la actividad probatoria y un desconocimiento que la concepción racionalista en materia de valoración de la prueba exige: “(i) *Que no se haya excluido ninguna prueba relevante para la solución del caso; (ii) que se haya valorado individualmente cada medio probatorio para establecer su fiabilidad y valor probatorio; (iii) que las inferencias hayan sido formuladas a partir de generalizaciones fundadas en conocimientos científicos o empíricos; (iv) que como producto de la valoración conjunta, resulte que la hipótesis judicial está confirmada por los medios de prueba y no ha sido objeto de refutación; y, (v) que la evidencia sea suficiente, en el sentido que logre superar el estándar de prueba que rijan en el respectivo proceso*”².

Como puede observarse en la cita anterior, los momentos de la actividad probatoria son sucesivos y se encuentran entrelazados, pues la valoración de los elementos de juicio es dependiente de un adecuado uso de los criterios de admisibilidad de las pruebas, así como la valoración en conjunto requiere haber establecido de manera previa la fiabilidad y valor probatorio de cada medio.

Así pues, en consideración de FERRER BELTRÁN, los momentos de la actividad probatoria son los siguientes: “a) *la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; b) la valoración de esos elementos; y c) propiamente, la adopción de la decisión*”³. En lo que respecta al primero, el criterio primordial de admisibilidad de las pruebas es el de relevancia epistémica, por lo que apunta a obtener medios de prueba con la suficiente capacidad de proporcionar razones epistémicas, i. e., “*consideraciones que hacen más probablemente verdaderas las proposiciones factuales que pretenden justificarse*”⁴. Con base en ello es adecuado inferir que el diseño del proceso judicial más conveniente en cuanto fines epistémicos es aquel que facilite la incorporación del máximo número de pruebas relevantes, pues como bien lo ha señalado LAUDAN⁵ los errores judiciales respecto de los hechos disminuirán en la medida en que el juzgador disponga de los elementos de juicio relevantes del caso, pues “*cuanta más información relevante está a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto en la decisión*”.

² ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, “La justificación racional de los hechos”, en VV. AA., *La argumentación jurídica en el estado constitucional*, Palestra editores, Lima, 2013.

³ FERRER, Jordi, “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 9 (18), 2017, p. 154.

⁴ DEI VECCHI, Diego, “Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión”, en ROVATTI, Pablo; LIMARDO, Alan (Dirs.), *Pensar la prueba*, Ediciones del sur, Buenos Aires, 2020, p. 32.

⁵ LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Además de la relevancia, otros criterios de admisibilidad de la prueba son el peso probatorio inferencial –en palabras de ANDERSON, SCHUM y TWINING⁶–, la utilidad y la fiabilidad. Este último en particular se relaciona de manera especial con el segundo momento de la actividad probatoria, la valoración de los elementos de prueba, pues tiene que ver con “la verosimilitud del elemento probatorio mismo”⁷, su credibilidad o autenticidad. El juez está en la obligación de verificar si el documento aportado por una de las partes es auténtico, si el testimonio es creíble y si las conclusiones del perito son plausibles; en suma, debe constatar la confiabilidad del medio de prueba antes de extraer la información que requiere para la decisión del caso.

Luego del análisis de la fiabilidad de cada medio, el operador judicial debe efectuar este mismo ejercicio pero respecto de la información extraída, pues no es fiable un enunciado probatorio que se sustente solo en una pequeña parte de la declaración de un testigo o de un documento. En otras palabras, lo que se reclama desde la concepción racionalista es un respeto a la identidad y al contenido de cada prueba individual, lo cual de ser trasgredido se constituye en causal de un yerro judicial que da paso a una modalidad de casación penal denominada en la jurisprudencia colombiana como “falso juicio de identidad” y se genera por tergiversación, cercenamiento o adición.

Además, para ZAVALETA RODRÍGUEZ: “El análisis de la fiabilidad de los medios de prueba forma parte de la denominada valoración individualizada de las pruebas, la cual es presupuesto para su valoración conjunta. Mientras la *valoración conjunta* se dirige a determinar el grado de confirmación de una hipótesis fáctica (o de las dos), la *valoración individualizada* está orientada examinar la fiabilidad de la prueba misma y, de ser el caso, establecer su valor probatorio. Ambos tipos de valoración son la expresión de distintos métodos: la *valoración individualizada* es la manifestación del método analítico; por su parte, la *valoración conjunta* constituye la expresión del método holista (cursiva fuera de texto original)”⁸.

Para terminar, este planteamiento del autor sustenta la idea inicial del presente texto en cuanto a la interrelación y sucesión entre los diferentes momentos de la actividad probatoria, porque evidencia que luego de comprender la importancia de valorar individualmente las pruebas (segundo momento) es indefectible la adopción de un método analítico de justificación (tercer momento). En consideración de GASCÓN ABELLÁN⁹, esto se debe a que mientras el método holista o globalizador realiza una exposición conjunta de los hechos a manera de relato, como una historia con una estructura narrativa, el método analítico: “Entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión [...]”.

⁶ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William, *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

⁷ DEI VECCHI, Diego, “Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión”, *op. cit.*, p. 37.

⁸ ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, “La justificación racional de los hechos”, *op. cit.*

⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La motivación de la prueba”, en VV. AA., *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

En la práctica judicial domina abrumadoramente la técnica del relato, que basa la justificación en la coherencia y persuasividad de la narración y que está muy vinculada al principio de valoración o apreciación conjunta de la prueba; de hecho, la configuración del relato de los hechos de la causa “se produce teniendo en cuenta valoraciones de conjunto más que los concretos elementos de prueba”. *Es más, el principio de valoración conjunta propicia esta técnica, pues si el juez puede valorar libremente la prueba con fundamento en la apreciación conjunta, no debe extrañar que, con el exceso de trabajo que pesa sobre los tribunales, termine haciendo un relato genérico de los hechos probados sin razonar los motivos ni las fuentes mediante los cuales la prueba se ha conseguido*” (cursiva fuera de texto original).

En suma, tal como lo refiere GASCÓN ABELLÁN¹⁰ es necesario que la cultura jurídica colombiana inicie un proceso de interiorización de la concepción racionalista de la prueba, por consiguiente, un reconocimiento a la valoración de la prueba individual y una adopción de una motivación analítica de los hechos. La técnica del relato en la cual el operador judicial cuenta la historia de lo ocurrido con una estructura narrativa propia del género literario debe reemplazarse por aquella que otorgue prevalencia a los elementos de prueba, su peso probatorio y a la cadena inferencial realizada. En pocas palabras, la tradición racionalista requiere jueces con la suficiente capacidad para emitir providencias que integren de manera integral el derecho propio de su especialidad con la lógica, la interpretación y la argumentación jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William, *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- DEI VECCHI, Diego, “Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión”, en ROVATTI, Pablo; LIMARDO, Alan (Dirs.), *Pensar la prueba*, Ediciones del sur, Buenos Aires, 2020, pp. 27-54.
- FERRER, Jordi, “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 9 (18), 2017, pp. 150-169.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La motivación de la prueba”, en VV. AA., *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 773-794.
- LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, “La justificación racional de los hechos”, en VV. AA., *La argumentación jurídica en el estado constitucional*, Palestra editores, Lima, 2013, pp. 401-424.

¹⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La motivación de la prueba”, *op. cit.*

APUNTES PARA PENSAR LA PRUEBA DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN CENTROS PENITENCIARIOS. UNA MIRADA MULTIDISCIPLINARIA PARA EL CASO URUGUAYO

Lucía Fernández Ramírez

Abogada y consultora independiente

Aspirante de Cátedra en la materia Derecho Procesal (Universidad de la República)

Presidenta del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio

*“Habitar un (no) espacio...
sin miedo.
Malas, cautivas, y presas
viviendo la espera y
el descanso interrumpidos,
arrojadas a la servidumbre
voluntaria del hastío”¹*

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Las siguientes líneas abordan un tema concreto, pero muy complejo. El contexto carcelario actual² constituye un entorno violento. La literatura especializada ha dado cuenta de ello aludiendo diversas razones, pero en particular a que dentro de los establecimientos de reclusión se debe garantizar la coexistencia de un número por lo general elevado de personas que conviven contra su voluntad en un mismo espacio, durante períodos más o menos prolongados.

Este carácter forzado de la convivencia, acompañado de la concepción del castigo penal como la imposición de un “dolor” o “mal” a quien ha roto el pacto social³, deriva en la producción de entornos con diversos grados de conflictividad. Así,

¹ Texto propio en verso, escrito para esta publicación.

² La temporalidad de las expresiones es importante, desde que exigiría un estudio de mayor envergadura, analizar la violencia sexual en centros de detención bajo el contexto de la dictadura uruguaya. En este trabajo nos referiremos al contexto sociopolítico y cultural actual de Uruguay.

³ CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, México: Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

el contexto carcelario de por sí, como espacio de convivencia, se convierte en un espacio inherentemente doloroso y que implica, de manera inevitable, la privación en sus más diversas formas⁴.

El ambiente violento de las prisiones genera una serie de efectos negativos. El primero y más evidente se refiere a la vulneración de derechos de los grupos que las habitan (ya sean funcionarios o detenidos). Esta vulneración de derechos no se acota al período o al espacio de la propia prisión, sino que trasciende sus muros y tiene un impacto negativo también sobre las familias y el entorno afectivo y comunitario del personal y de los internos⁵, así como sobre las posibilidades de reinserción exitosa una vez finalizado el castigo formal.

La violencia también tiene un impacto negativo en la vida diaria de ese contexto adverso, influyendo negativamente en los objetivos socioeducativos de la prisión, en particular en el funcionamiento y los resultados de los programas de tratamiento, y en las actividades de la vida diaria (laborales, recreativas o educativas), que se expresa mediante la disminución del interés por ellas, la reducción de las posibilidades reales de participación o la alteración de diversos aspectos que hacen a su implementación⁶.

Así las cosas, la prueba de todo lo que suceda en ese contexto, se torna más compleja. El contexto adverso y violento hace que aumenten los niveles de incertidumbre esperables de por sí en la acreditación de los hechos dentro de un proceso judicial.

Me propongo entonces un riesgo analítico: el de explorar el ámbito probatorio, marcado por una fuerte influencia de las teorías sociológicas sobre las prisiones, y algunos aportes de la antropología, como fórmula que nos ayude a entender e interpretar muchos de las acciones que operan intramuros, en un tema tan dificultosamente probatorio, como la violencia sexual.

2. POSIBLE PUNTO DE PARTIDA PARA LA SITUACIÓN DE URUGUAY

Se estructura el tema en cuatro grandes apartados. En primer lugar, un espacio para argumentos teóricos que entiendo sustentan el tema de análisis propuesto. En segundo lugar, la cita de un caso de jurisprudencia de Uruguay –con la vigencia del anterior Código de Procedimiento Penal–. En tercer lugar, categorías

⁴ SYKES, Gresham, *The society of captives: a study of a maximum security prison*, Princeton University Press, New Jersey, 1958; LIEBLING, Alison, "Moral performance, inhuman and degrading treatment and prison pain", *Punishment and Society*, 13 (5), 2011.

⁵ En cuanto al uso del lenguaje, destacar que se utilizan a menudo expresiones o fórmulas genéricas solo por simplicidad del lenguaje, sin que ello importe desconocer que muchas veces replican desigualdades. La intención no es replicarlas, sino favorecer que las y los lectores no se agoten por un uso extensivo de fórmulas.

⁶ VIGNA, Ana, "Violencia y cárceles: una mirada a los sistemas penitenciarios del Cono Sur", *Revista de Ciencias Sociales*, 32 (45), 9-13, 2019.

analíticas que aplican al caso. Por último, breves reflexiones para seguir pensando el tema.

2.1. Elementos normativos y teóricos de la temática

La interpretación de todo lo que sucede en un ámbito diferenciado de la vida “extramuros”, conlleva una mirada interdisciplinar. Autores fundacionales de la sociología de las prisiones, como CLEMMER⁷, han establecido que el concepto de cultura carcelaria es complejo, por las diversas dimensiones que abarca, y por la dificultad que supone delimitar sus componentes y abordar lo carcelario como un universo en el que se desarrollan construcciones culturales con particularidades en relación al mundo extramuros. En *The prison community*, el autor expone una definición de la cultura carcelaria, que entiende como el conjunto de hábitos, códigos, sistemas de conducta, tradiciones, ideas y opiniones que orientan a los reclusos en relación a la prisión, sus guardianes, los otros internos, el Estado, sus familias, el trabajo, el sistema educativo y el universo de extramuros en general.

POLLOCK agrega que la cultura carcelaria se constituye como una cultura subterránea o paralela, que se desarrolla dentro de la cultura formal de la prisión, pero que es diferente a ella, entendiendo a la cultura formal como el producto de todos los actores en el entorno carcelario, incluyendo al personal penitenciario, los reclusos y los funcionarios administrativos⁸.

Por otra parte, la información sobre la situación de las personas privadas de libertad en Uruguay es parcializada. Los Estados tienen el deber de proteger a todas las personas privadas de libertad (en adelante, ppl) que se encuentran bajo su custodia, desde el rol de garantes de todo lo que sucede intramuros. En el contexto de privación de libertad, opera fuertemente una interacción de especial sujeción entre la ppl y las autoridades penitenciarias. Este deber se ve reforzado en el caso de personas en condiciones de vulnerabilidad, como las mujeres, integrantes del colectivo LGBTIQ+ y/o situaciones de discapacidad⁹.

La Constitución Nacional establece que los centros de reclusión no serán lugares de tortura y que se garantizará un trato digno y respetuoso de los derechos

⁷ CLEMMER, Donad, *The prison community*, Cristopher Publishing Co, Boston, 1940.

⁸ Citado por KAISER, Daniela, *La comunidad del rigor: estudio de la cultura carcelaria de una prisión de mujeres*, Tesis de grado, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República (Uruguay), 2015, p. 1.

⁹ Aquí destacan antecedentes extranjeros, como el caso del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, donde quedó en evidencia que la falta de consentimiento no se da sólo por el uso de la fuerza e intimidación, sino también por la presencia de “circunstancias específicas” como, por ejemplo, en supuestos en los que la víctima es particularmente vulnerable o incapaz de resistir por una discapacidad física o psicosocial, o cuando fue inducida al hecho por sorpresa o por engaño (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Caso No IT-96-23-T & IT-96-23/1-T. Fiscal vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač y Zoran Vuković. Sentencia del 22 de febrero de 2001).

humanos (como indican, además, todos los tratados de derechos humanos vigentes). Adicionalmente, en el caso de las mujeres, *“Las reclusas estarán a cargo exclusivamente de personal femenino. Esto no excluye que, por razones técnicas o de servicio, funcionarios del sexo masculino, desempeñen sus tareas en establecimientos para mujeres. Ninguna persona del sexo masculino, penetrará en dependencias de un establecimiento de mujeres, sin ser acompañada por un integrante del personal femenino del mismo”* (art. 26, Ley Nacional N° 14.470). Adicionalmente, cabe citar las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), donde se prohíbe el acceso en solitario a celdas femeninas por parte de personal masculino, marcando esto un estándar mínimo de derecho internacional (regla 81).

Viendo esto, si bien todas las personas detenidas están expuestas a violencia institucional, en el caso de mujeres y disidencias¹⁰ la posibilidad de padecer ataques sexuales aumenta¹¹.

A esta altura, destacan dos cuestiones. Por un lado, las mujeres, las niñas y el colectivo LGBTIQ+, *“están particularmente expuestas a sufrir torturas y malos tratos en las situaciones de privación de libertad, tanto en los sistemas de justicia penal como en otros entornos ajenos a la esfera penal”*¹². Por otro lado, en cuanto hace al acceso a la justicia, los casos de violencia sexual, sea que sucedan en un ámbito intrafamiliar o bajo la custodia del Estado, la decisión y posibilidad de realizar una denuncia exige superar diversos obstáculos, entre ellos *“la naturalización de la violencia por parte de las víctimas y el desconocimiento de sus posibilidades de denunciarla”*¹³.

El temor por denunciar y enfrentar represalias es exponencial. En general los centros no cuentan con mecanismos independientes donde comunicar estos hechos, y las víctimas enfrentan mayor violencia al ponerlos en conocimiento. Dado ello, es que muchas veces se opta por el silencio¹⁴.

¹⁰ La expresión genérica “disidencias” utilizada en este contexto refiere de manera amplia a las diversas identidades de género no hegemónicas o no normativas, sin necesidad de especificar cada una de las identidades, comportamientos y características que conforman esta comunidad. No se desconoce que el tema tiene particularidades según las trayectorias de vida y otros factores a analizar, sobre todo desde la intersección de factores de análisis. Lo que se pretende es una denominación extensiva que no sólo refiera a “mujeres” partiendo de una división binaria de las identidades sexo-genéricas.

¹¹ ATABAY, Tomris, *Women in detention: a guide to gender-sensitive monitoring*, Penal Reform International, Londres, 2015. Recuperado de <https://www.penalreform.org/resource/women-detention-guide-gendersensitive-monitoring/> (Fecha de consulta: 28 de enero de 2024).

¹² NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 5 de enero de 2016.

¹³ DI CORLETO, Julieta. “La prueba de la violencia sexual en centros penitenciarios. Notas al fallo «Rivero» de la Cámara Nacional de Casación Federal”, en ROVATTI, Pablo y LIMARDO, Alan (Dirs.), *Pensar la prueba* N° 2, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021.

¹⁴ RYTTER, Teresa y HUBER, Andrea, “Women in the Criminal Justice System and the Bangkok Rules”, en VV. AA., *Gender perspectives on torture: Law and Practice*, Center for Human Rights & Humanitarian Law Washington College of Law, Washington, 2015.

Tal es la realidad de Uruguay. De ello da cuenta el escaso registro de denuncias. De la base de jurisprudencia nacional sólo fue posible rastrear un caso jurisprudencial, sobre el que hablaremos en el próximo apartado.

2.2. El caso. Plataforma fáctica

Diré que para el caso de que la situación se llegue a denunciar, no es novedad que este tipo de violencias presenta dificultades probatorias impuestas por el propio sistema de justicia penal. Pretendo explorar algunos aspectos del único caso jurisprudencial que surge de la base de jurisprudencia en Uruguay, para pretender expandir con ello las consideraciones teóricas de la temática.

El caso¹⁵ se resume en lo siguiente: en el año 2011 el procesado AA de cincuenta años de edad, se desempeñaba como enfermero (además también, al momento de los hechos, era agente policial y encargado de guardia) en la Cárcel Departamental de Lavalleja “Campanero”, en el sector donde se encontraban alojadas mujeres privadas de libertad. Su función consistía en suministrar la medicación prescrita por los médicos tratantes a las mujeres privadas de libertad. En el correr del referido año el procesado comenzó una relación con la reclusa CC, de treinta y cuatro años de edad; para ello concurría a la celda que la misma ocupaba, allí le suministraba medicación, mientras que en otras oportunidades con el pretexto de realizar “ayuda psicológica” a la misma, ingresaba a su celda donde permanecía por el lapso de media hora junto a ella. En dichas oportunidades el enjuiciado mantuvo relaciones sexuales con la ppl CC, a quien amenazaba con solicitar el traslado del centro de reclusión a otro si contaba lo que sucedía a las otras reclusas, así como si no accedía a tener las mismas. Finalmente, la víctima contó lo sucedido a otras reclusas y se presentaron a la guardia de la cárcel a denunciar la situación en que se encontraba CC; en primera instancia, ésta negó los hechos por miedo, pero meses después frente a otra denuncia admitió los hechos brindando detalles.

La víctima CC declaró que “...aparte de Parlodel él me daba un cóctel, eran 5 pastillas de mañana, 7 al mediodía y 5 de noche... yo le negué al Comisario por miedo a un traslado porque por mi causa en otro lado me dan palo abierto. Los mensajes están todos grabados y en poder del Ministerio del Interior”. “La relación empezó cuando mi hija se fue de la cárcel, ella tenía un año y medio, yo quedé muy mal psicológicamente, algunas veces me puse a llorar delante de él, AA le pidió para darme algunas charlas, a lo primero todo bien, un día me compró un chip para el celular y como a los dos días empezó a mandar mensajes y poesías, él se aprovechó de mi debilidad y de mi situación, se aprovechó porque yo no

¹⁵ Tribunal de Apelaciones de 2° Turno, Sentencia N° 339/2015, de 2 de diciembre de 2015 (ficha 273-752/2011). Puede notarse que dicho caso se instruyó y resolvió bajo la vigencia del anterior Código de Procedimiento Penal.

dejaba entrar a nadie a mi pieza, ni a mis compañeras, yo me pasaba llorando y tirada en la cama ...”.

También agregó que según su percepción lo había tomado *“como una violación cuando él venía a la celda”, “yo estaba re-empastillada, antes habíamos tenido relaciones, en momentos que se estaba abrochando el pantalón me decía «ahora vengo» y «cojo otra vez», yo no denuncié nunca, la primera vez fue una policía que mostró preocupación por el largo tiempo que él permanecía conmigo en las supuestas «charlas de sicología». Después dos compañeras GG y HH mostraron preocupación por lo que me estaba pasando, me dijeron esto no da para más, me sacaron el celular de las manos y lo entregaron en la Guardia de la mañana”.*

El guardia le decía a la ppl que tenía muchos contactos, que sabía muchas cosas de los *“grandes en Jefatura”*, que por eso a él no le iban a hacer nada, y agrega: *“me decía que en otra cárcel yo la iba a pasar peor por la causa que tengo”.*

En diligencia de careo¹⁶ con el encausado, la ppl CC, ratificó lo anteriormente declarado. Según el Tribunal *“su relato fue espontáneo, firme, coherente y con elementos que no pudieron ser destruidos por el imputado”*, expresando: *“Me daba pastillas que no estaban recetadas por el Doctor. Me enviaba poesías y me entregó un chip, pero eso fue antes de la relación. Todo empezó con una amistad, porque mi hija no estaba ahí, él me daba charlas psicológicas y me daba medicamentos que según él, el Dr. DD había autorizado. Yo tenía relaciones sexuales consensuadas, pero él sutilmente sabía el miedo que yo tenía al traslado”.*

Según recoge la sentencia, otra testigo manifestó: *“Un día presentí que ella iba a atentar contra su vida... pidió autorización para ir al vivero... yo la seguí... en eso pateo la puerta y en eso veo que ella corre la silla para caer y ahorcarse, por suerte llegué a tiempo para arrimarle la silla otra vez e impedir que llegara a cometer el hecho, me pidió por favor que no dijera nada”. “Ella le tenía miedo a él (AA), hasta lloraba cuando nos dijo que estaba embarazada, recuerdo que nos decía que no le fuéramos a contar a él”.*

De todo el cúmulo, el Tribunal sentenció que: *“CC está recluida por delitos graves, es una paciente con problemas psiquiátricos, medicada y esa medicación le era suministrada por el imputado. Ella quería permanecer en «Campanero» lo cual le otorgaba, de por sí, por su sola condición de reclusa en alta situación de vulnerabilidad respecto de sus encargados en el caso de AA, enfermero de la cárcel departamental de Lavalleja, agente policial y por ende estatal, encargado de la guardia autorizado por el Crio EE a ingresar a la celda lo que de por sí parece un despropósito hacerlo sin compañía de una policía femenina”.* “[...] En opinión unánime del Tribunal, los medios probatorios

¹⁶ Con la legislación nacional actual, el careo de la víctima y la reconstrucción de los hechos en ningún caso son admisibles dado que contraviene la prohibición de confrontación y genera en la víctima situaciones de revictimización, lo que constituyen actos de violencia institucional. En tal sentido es de aplicación la prohibición del careo (art.166.2 del C.P.P.; art. 63 Ley N° 19.580) entre el imputado y la víctima intimidada. A la fecha del caso, dichas normas no estaban vigentes.

allegados a la causa (las declaraciones de la víctima, las declaraciones del encausado, las pericias psiquiátricas, la diligencia de careo, las declaraciones de las guardias carcelarias, los informes médicos, los mensajes de texto y demás actuaciones cumplidas en sede administrativa), llevan inequívocamente a concluir que el encausado fue el autor material de los hechos narrados en primera instancia y que las relaciones sexuales mantenidas por el encausado y la reclusa no eran consentidas sino temidas y padecidas por ésta, por miedo a ser trasladada a otra cárcel”.

2.3. Categorías de análisis aplicables a la temática

En términos generales destacan: la discusión sobre la autonomía sexual en contextos coactivos, la persecución penal de la violencia de género, el debate en torno al consentimiento en casos de violencia sexual, el debate sobre si el contexto adverso puede entenderse como un hecho notorio o requiere (admite) prueba, lo mismo en relación a las desigualdades estructurales y a ciertas particularidades de la violencia sexual; entre otros. Por último, destacar un tema en extremo desafiante como la *“condición de reclusa en alta situación de vulnerabilidad”*¹⁷. Además, en cuanto al caso planteado, existen varias posibilidades de análisis, a saber: valoración de la declaración de la víctima, prueba testimonial, prueba pericial, prueba documental, indicios, medicalización y consentimiento. Por razones de extensión de este trabajo, me centraré en los últimos tres aspectos.

2.3.1. Indicios. análisis de la libertad de acción desde el concepto de libertad de Friedberg

Al analizar el comportamiento de los individuos en distintos tipos de organizaciones, FRIEDBERG señala: *“El individuo en una organización no es [...] libre de actuar a su gusto. Su acción debe realizarse en un campo ya estructurado por canales de comunicación preestablecidos [...] por reglamentaciones que definen los derechos y los deberes de cada uno”*¹⁸. El autor señala que, en toda organización, existe un juego entre la misma y sus miembros, ya que *“Para obtener el comportamiento deseado de sus miembros, la organización dispone de la estructura, de la reglamentación y más generalmente, de la posibilidad de sanción”*¹⁹. Sin embargo, los miembros de la organización *“... dispondrán siempre de una zona de libertad que no se logra reglamentar y que van a utilizar para desarrollar sus estrategias”*²⁰. Según el autor citado, la existencia de esta zona de libertad se debe a que por más que la

¹⁷ La condición de vulnerabilidad, o la “vulnerabilidad” sin más como categoría analítica es en sí misma una categoría amplia. Debatible en cuanto a si se puede discutir en el caso concreto, y en caso afirmativo ante qué contornos. Podríamos preguntarnos, entre otros aspectos, si existen mínimos de corrección que nos muestren estándares al respecto. Son aspectos que –al menos en Uruguay– entiendo no están del todo zanjados.

¹⁸ FRIEDBERG, Erhard, *El análisis sociológico de las organizaciones*, CLAEH, Montevideo, 1987, p. 27.

¹⁹ FRIEDBERG, Erhard, *El análisis sociológico de las organizaciones*, op. cit., p. 29.

²⁰ FRIEDBERG, Erhard, *El análisis sociológico de las organizaciones*, op. cit., p. 30.

reglamentación institucional sea sofisticada y específica, siempre quedarán cuestiones no reglamentadas, o resultará imposible controlar todo lo que ocurre en el seno de la organización para asegurar el cumplimiento del reglamento. Por este motivo, el funcionamiento de una organización depende del juego entre el reglamento y la utilización de los miembros de su zona de libertad para elaborar estrategias.

Como ha detallado KAISER²¹ a nivel nacional, es posible analizar la construcción de normas, valores y tácticas por parte de las reclusas en el marco de esa zona de libertad que inevitablemente existe en la organización carcelaria.

Lo que FRIEDBERG llama “estrategias” refiere a las prácticas que son elaboradas haciendo uso de la zona de libertad. Podemos utilizar el concepto de táctica de DE CERTEAU, y ubicarlo en esa zona de libertad. Bajo las nociones de DE CERTEAU en el marco de su estudio de las relaciones de poder y dominación, el autor distingue entre dos tipos de prácticas: las estrategias y las tácticas. Las primeras son definidas como las prácticas desarrolladas por aquellos que se encuentran en posiciones de mayor poder, desde las cuales tienen la capacidad de definir la realidad y las acciones que deben realizarse²², prácticas que en nuestro caso corresponden a las de las autoridades carcelarias y que se exteriorizan en comportamientos o expresiones que serán luego objeto de prueba.

Ese lugar de las “tácticas” en terminología de de CERTEAU, opera como ese “... *cálculo que no puede contar con un lugar propio [...] No dispone de una base donde capitalizar sus ventajas, preparar sus expansiones y asegurar una independencia en relación con las circunstancias. Lo «propio» es una victoria del lugar sobre el tiempo. Al contrario, debido a su no lugar, la táctica depende del tiempo, atenta a «coger al vuelo» las posibilidades de provecho. [...] Necesita constantemente jugar con los acontecimientos para hacer de ellos «ocasiones». Sin cesar, el débil debe sacar provecho de fuerzas que le resultan ajenas*”²³.

Como lo analiza KAISER²⁴, los cálculos de las reclusas pueden ser concebidos como tácticas, ya que son prácticas implementadas por actores que no disponen de un lugar de poder desde el cual “capitalizar sus ventajas”, sino que cada oportunidad de sacar ventaja de una circunstancia parte de la capacidad de sacar provecho de una fuerza ajena. El “no lugar” de las reclusas responde a su subordinación a las autoridades penitenciarias, lo cual las obliga a estar atentas a los acontecimientos, para “transformarlos en ocasiones de provecho”.

²¹ KAISER, Daniela, *La comunidad del rigor...*, op. cit., p. 7.

²² DE CERTEAU, Michel, *La invención de lo cotidiano. I. Artes de hacer*, Universidad Iberoamericana, México D. F., 2000.

²³ DE CERTEAU, Michel, *La invención de lo cotidiano...*, op. cit., p. 50.

²⁴ KAISER, Daniela, *La comunidad del rigor...*, op. cit., p. 7.

2.3.2. Medicalización²⁵ y “ajustes secundarios” a la prisión

En el marco de la institución total se desarrolla una jerga institucional, “... que sirve a los reclusos de vehículo para describir los acontecimientos cruciales en su mundo particular”²⁶.

El autor afirma que, al ingresar al mundo carcelario, los reclusos se inician en el conocimiento de la estratificación que rige las relaciones entre los individuos que interactúan en la institución. Otro concepto acuñado por GOFFMAN es el de los ajustes secundarios, que refiere a las prácticas de los reclusos que, si bien no desafían directamente a los funcionarios, constituyen un medio para obtener “satisfacciones prohibidas”, o incluso en algunos casos lograr mecanismos de sobrevivencia. GOFFMAN destaca que los ajustes secundarios permiten que los reclusos sientan que aún tienen cierto dominio sobre su acción y entorno, y presuponen el desarrollo de un código que les impide informar a las autoridades acerca de los ajustes secundarios. Dichas prácticas bien podrían verse exteriorizadas en el consumo inadecuado de sustancias, algunas prescritas y otras no, así como ciertas prácticas abusivas sobre el cuerpo de las ppl, que acontecen justamente por gestarse en un contexto particular, como el carcelario, y que además ese mismo contexto es el que luego hace casi imposible su desarticulación o denuncia, cayendo los involucrados en círculos viciosos de violencia e invisibilización.

2.3.3. Consentimiento, dependencia y cautiverio

Para hablar de las posibilidades de consentir en un ambiente carcelario, tomaré prestados los conceptos de “dependencia” y “cautiverio”, esbozados por LAGARDE²⁷. Existe una dependencia que involucra a las mujeres y que según la autora refiere a todo lo que es exterior a ellas: dependencia de los hombres, de los hijos, de los padres, de otras mujeres, de los otros, de las relaciones sociales, de las instituciones. Lo que sobresale, fundamentalmente, es que esa dependencia opera en condiciones de subordinación, “de subalternidad, de dominio, es decir, de opresión”²⁸.

²⁵ Para mayores profundizaciones acerca de autonomía sexual en escenarios de consumos de sustancias alcohólicas o estupefacientes, casos de sumisión química y casos de vulnerabilidad química, puede consultarse una reciente obra de ÁLVAREZ, Javier Teodoro, *Debates actuales sobre violencia sexual: consentimiento: concurso de delitos: autoría: prueba: prescripción*, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, pp. 68 y ss.

²⁶ GOFFMAN, Erving, *Internados. Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*. Amorrortu, Buenos Aires, 2012, p. 62.

²⁷ LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, Siglo XXI Editores, México, 2015.

²⁸ LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres...*, op. cit., p. 151.

Un “cuerpo cautivo”, refiere a un cuerpo que tiene como eje de su sexualidad una mirada en los otros y que se explicitan en términos de preconcepciones mediante las construcciones sociales de “madre-esposa”, “putas”, “monjas”, entre otros estereotipos que encasillan formas de vida, de los cuales surgen características como la expropiación del cuerpo, de su sexualidad y de su subjetividad, por ello lo de “la mirada en o hacia el otro”. También está presente la noción de actuar desde una “no conciencia”, una “no voluntad” en la definición de sentido de sus vidas, y el “no protagonismo” en la definición de su ser. Más bien todo lo contrario, es decir, opera la sujeción de las mujeres a los poderes encarnados por hombres y sus instituciones.

En términos de FOUCAULT²⁹, el territorio de la microfísica del poder es el cuerpo. Justamente uno de los mecanismos de opresión y apropiación del cuerpo de las mujeres, es la violencia. Manifestada, la mayor parte del tiempo, como violación³⁰. No hay unanimidad en cuanto a cómo ver la violación, pero creo que bien podemos partir de lo siguiente: la violación es síntesis de una sexualidad dominante en un contexto que se ha construido a partir de una cultura de expropiación, que se apodera del cuerpo –sobre todo– de niñas, mujeres y disidencias.

Como ha establecido BORGES³¹, el encarcelamiento siempre significó más que la privación de libertad. En el caso de las mujeres, mientras la violencia doméstica se ha planteado en el debate público, no se ha logrado aún colocar en el centro del debate la invisibilización y situación extrema de violencia en la cárcel. Las prisiones dependen de la violencia para funcionar.

²⁹ FOUCAULT, Michel, *Microfísica del poder*, Las Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1979, p. 143.

³⁰ No es el objetivo de este artículo, pero conviene expresar unas líneas sobre la anatomía de la violación –solo a los efectos enunciativos–. También se detalla que al hablar de “violación” se consideran de manera genérica las manifestaciones de violencia sexual que pueden darse en los hechos, sin entrar, por exceder el objeto de este comentario, en configuraciones específicas de los tipos penales vigentes. Si bien en este artículo nos centramos en las dificultades que trae el contexto a la hora de la prueba de los hechos, no es menor la referencia de que jurídicamente no hay un consenso sobre qué se entiende bajo el rótulo de “delitos sexuales”, siendo esta denominación bastante criticada desde varias posiciones. Así las cosas, podría hablarse de una “concepción feminista” sobre la violación. En gran parte, dicha aproximación llega hasta lugares no convencionales del fenómeno, como darle centralidad al poder, el abuso, y los aspectos eróticos del tema (a veces, según han dicho algunas autoras, mal llamados “sexuales”), también el aspecto atentatorio de la integridad de la persona como un todo (no meramente física o sexual, como suele verse). También es posible rastrear antecedentes literarios que muestran a la violación como el grado de mayor violencia patriarcal generalizada hacia las mujeres. Así, la mayoría de los violadores son hombres, pero no la totalidad. Puede estudiarse la violencia patriarcal perpetrada también por mujeres en diversas situaciones, tales como aquellas que tienen bajo su custodia a otras mujeres en las instituciones totales (cárceles, hospitales, asilos). Al respecto puede verse: LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres...*, op. cit.; GREER, Germain, *Sexo y destino*. Plaza y Janés, Barcelona, 1985; BEAUVOIR, Simone, *El segundo sexo. Los hechos y los mitos. La experiencia vivida*. Siglo XX, Buenos Aires, 1949; MILLET, Kate, *Política sexual*. Aguilar, México, 1975; y BASAGLIA, Franca, *Mujer, locura y sociedad*. Universidad Autónoma de Puebla, México, 1983).

³¹ BORGES, Juliana, *Encarcelaciones masivas. Género, raza, clase y guerra contra las drogas*, Editorial Madreselva, Buenos Aires, 2021.

Así las cosas, en el debate sobre los delitos sexuales –en vínculos entre adultos–, la presencia o ausencia de “consentimiento” resulta clave para determinar la tipicidad de la conducta. Estas consideraciones necesitan más que una simple aseveración, dado que implica un sentimiento íntimo, también se ha entendido como un estado mental, de aceptación respecto de lo que otra persona propone³². Hay también una mirada filosófica que propone al consentimiento en relación con los sentidos o presupuestos que validan la posibilidad de consentir. Se concibe al consentimiento como una “pauta normativa”, donde más allá de haber existido una aceptación interna o una exteriorización verbal, lo relevante es si estas opciones fueron válidas³³. Es decir, sea que se trate de un estado mental o manifestación, tendremos que verificar si se trata de un acto válido en términos normativos³⁴.

Si miramos el caso a estudio, podría analizarse –dado el contexto con el plus de la medicalización– si realmente existió un “sí” libre de toda coacción.

En términos de GREEN³⁵, resaltan tres notas para este análisis: que el consentimiento sea “voluntario”, con “conocimiento” y con “capacidad”. Para ser voluntario, el consentimiento tiene que ser un ejercicio consciente de una persona y sin ningún tipo de coerción. Con “conocimiento” implica “informado”, es decir brindando datos, sobre el alcance de las prácticas y la identidad de la persona. Para evaluar la “capacidad” debe apreciarse si la persona está consciente, dormida o bajo algún tipo de intoxicación grave. En el terreno de la “capacidad”, la edad ha sido clave para negar la posibilidad de consentir determinadas prácticas sexuales.

Así las cosas, en el caso en comentario, según declararon, además, varios testigos: *“El agente AA entraba solo a la celda de CC y a veces estaba hasta media hora con ella, a veces estaba más y a veces menos tiempo, y duró hasta que saltó a la luz este tema”*. *“Ella*

³² Incluso existen antecedentes que le otorgan carácter performativo a la noción de “consentimiento”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que el silencio no es una expresión válida del consentimiento. El caso emblemático es *M. C. vs. Bulgaria*, en el que el TEDH sostuvo que debía penalizarse todo acto sexual no consentido, incluso en ausencia de amenazas, fuerza física o resistencia de la víctima. El caso involucraba a una niña de catorce años que fue violada por tres varones de más de veinte años. En la misma línea, el Tribunal de Estrasburgo destacó que, en el ámbito de la persecución de estos delitos, cualquier aproximación rígida que requiriese la aportación de pruebas de la existencia de resistencia física en cualquier circunstancia, vulneraría el Convenio (TEDH, *M. C. vs. Bulgaria*, núm. 39272/98, 4 de diciembre de 2003). Otras posiciones sostienen que el consentimiento debe ser afirmativo o positivo. En esa línea, también se ha dicho que el consentimiento afirmativo puede ser analizado en tres dimensiones: a) sí es sí; b) antes de cualquier acercamiento, pregunta; c) estándares de consentimiento claros. Puede verse COSSMAN, Brenda, “#MeToo, Sex Wars 2.0 and the Power of Law”, *Asian Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law*, septiembre de 2018; y SHULTZ, Vicki, “Reconceptualizing sexual harassment, again”, *Yale Law Journal Forum*, vol. 128, 2018.

³³ GREEN, Stuart. P, *Criminalizing sex: a unified liberal theory*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 26.

³⁴ Para un desarrollo muy interesante en términos probatorios, acerca de los feminismos jurídicos y la amplia gama de cuestionamientos en torno al consentimiento en mirada latinoamericana, puede verse DI CORLETO, Julieta. “La prueba de la violencia sexual en centros penitenciarios...”, *op. cit.*

³⁵ GREEN, Stuart. P, *Criminalizing sex...*, *op. cit.*, p. 29.

andaba media... ella tomaba mucha medicación, uno la veía andar media zombi". "... AA le daba trato preferencial, como que le prestaba más atención a ella, uno se daba cuenta, él a veces iba a la celda a charlar con ella, estaba horas hablando, a veces iba ella a la enfermería también".

Lo cierto es que –como se da en este caso– las relaciones de poder entre las personas involucradas juegan un rol clave, desde que sin igual racionalidad, libertad y autonomía, no habrá posibilidad de consentir³⁶.

Cabe reseñar que la condena del caso en cita, concluyó en la responsabilidad como autor penalmente responsable de reiterados delitos de “Agresión Sexual contra persona privada de libertad” (art 24 de la Ley Nacional N° 18.026)³⁷.

3. NOTAS PARA ANALIZAR EL CONSENTIMIENTO A PARTIR DE LA TIPIFICACIÓN DE “AGRESIÓN SEXUAL CONTRA PERSONA PRIVADA DE LIBERTAD”

A diferencia de otras legislaciones que exigen las notas de “*abuso coactivo*” o “*intimidatorio*”, la tipificación por la cual se condenó al denunciado es bastante amplia en su configuración, al hablar de “*cualquier acto de agresión sexual contra una persona privada de libertad o bajo su custodia o control...*”.

A partir de esta fórmula legal, planteo algunos puntos abiertos, para seguir pensando:

1. Si partimos de la base de la existencia de desigualdades estructurales de las mujeres y disidencias ppl, en tanto asimetrías de poder, ello determinaría *per se* la tipificación de la conducta ante todo tipo de contacto sexual que involucre a las personas detalladas en el tipo penal, en función de la dependencia/autoridad que las determina. Lo que es lo mismo a decir, el lugar que cada una ocupa en el contexto carcelario, siendo este un extremo objetivo.
2. Una posición intermedia sería quizás analizar en el caso a caso si, a partir o como consecuencia del acto sexual, ocurren dos cosas: a) que la ppl empeorará su tránsito por prisión si no acepta, y b) que sea razonable que la ppl acceda por temor a represalias.
3. Considero que no hay duda de que la variable del contexto no puede desconocerse, desde que partiendo de dicha base el ejercicio de la autonomía o agencia sexual de una persona podrá verse condicionada por

³⁶ PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolíniztli, “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 78, núm. 4, septiembre de 2016, p. 750.

³⁷ “Artículo 24. (Agresión sexual contra persona privada de libertad).- El que siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado, cometiere cualquier acto de agresión sexual contra una persona privada de libertad o bajo su custodia o control o contra una persona que comparezca ante la autoridad en calidad de denunciante, testigo, perito o similar, será castigado con dos a quince años de penitenciaría”.

daños físicos, psicológicos, y la limitación de oportunidades en su proyecto de vida.

4. No obstante, lo dicho no debería implicar sumir a mujeres y disidencias en una actitud paternalista, por el hecho de encontrarse en el contexto descrito, prácticamente anulando su capacidad de consentir. El análisis debe pararse en el lugar concreto en el que ocurre y mostrar cómo eso incidió en la persona en tanto espacio concreto de afectación, alterando o modificando las experiencias vitales de los involucrados.
5. De lo dicho, sería oportuno en cada caso, establecer de manera rigurosa quién determinó el acto sexual, bajo qué condiciones y dónde. En el caso en cita, se tuvo por probados los extremos declarados por la víctima: *“Yo tenía relaciones sexuales consensuadas, pero él sutilmente sabía el miedo que yo tenía al traslado”*. Luego, –aspecto corroborado con otras pruebas– declaró lo que sigue: *“él me daba un cóctel, eran 5 pastillas de mañana, 7 al mediodía y 5 de noche... yo le negué al Comisario por miedo a un traslado porque por mi causa en otro lado me dan palo abierto”*. *“La relación empezó cuando mi hija se fue de la cárcel, ella tenía un año y medio, yo quedé muy mal psicológicamente, algunas veces me puse a llorar delante de él, AA le pidió para darme algunas charlas, a lo primero todo bien, un día me compró un chip para el celular y como a los dos días empezó a mandar mensajes y poesías, él se aprovechó de mi debilidad y de mi situación, se aprovechó porque yo no dejaba entrar a nadie a mi pieza, ni a mis compañeras, yo me pasaba llorando y tirada en la cama...”*.
6. Me pregunto lo siguiente: ¿Es posible construir un estándar que asegure mayor protección a la víctima, sin afectar el derecho de defensa del acusado? ¿Es posible construir un estándar que asegure mayor protección a la víctima, sin anular su “derecho al deseo”³⁸ y a manifestarse de manera consensuada? ¿Podemos aspirar a un equilibrio posible en el contexto carcelario?
7. Al menos es dable pensar que puede admitirse que en prisión existan relaciones sexuales consentidas, pero no debe desatenderse –ante las denuncias– el contexto dado, esto es, la especial sujeción existente entre ppl y autoridades. Por ejemplo, del caso a estudio, con los elementos a la vista, no era posible afirmar que el consentimiento fue libre, analizando oportunamente de donde partieron esas situaciones, hasta dónde llegaron, quién las impulsó y en qué condiciones sucedieron. También rompiendo

³⁸ Coloco las comillas, por entender que implica un derecho en sí mismo, diferenciado de nociones como “voluntad” y “conocimiento”. No obstante, considero que no puede quedar encorsetado en el plano de lo jurídico, en tanto posibilidad de pactos, límites permisibles, etc. Es en sí misma, otra conversación, que excede a este artículo.

el círculo vicioso, del que hablábamos más arriba, habrá que garantizar que estén dadas las condiciones para denunciar, si fuera necesario.

4. REFLEXIONES FINALES

Si se parte de la base de que los Estados deben garantizar y mantener la seguridad de cuidar a las personas bajo su custodia, no parecería desproporcionado pensar en una presunción que en principio excluya la posibilidad de consentir de las ppl. A su vez si se tiene en cuenta la exposición y los mayores riesgos que enfrentan mujeres y otras identidades de género. También si tenemos en cuenta las dificultades en denunciar estos hechos³⁹. No obstante, se tendrá que aspirar a un balance adecuado entre la defensa por la libertad de agencia sexual desde el reconocimiento de la autonomía personal como derecho fundamental, pero sin invisibilizar que el encierro coloca a las personas a un sometimiento de especial sujeción, que ve acrecentada la exposición a la violencia, en razón del género. Transitar la prueba, mirando estos hechos como si sucedieran extramuros, sería, a mi juicio, imponer de manera –al menos, indirecta– una gran ceguera al conflicto.

En la misma línea, podría pensarse que la construcción de máximas de la experiencia necesitará nutrirse del aporte multidisciplinar. Reitero, implica en gran medida, mirar de manera rigurosa el contexto en el que se dan los hechos y especializar las técnicas de investigación y las pruebas a ofrecer en este tipo de casos.

Los delitos sexuales de por sí presentan serios desafíos probatorios (desde la investigación, recolección y valoración de la prueba), dado que es donde mayormente se impregnan los sesgos de género, siendo determinantes en muchos casos para la resolución de los casos. A ello se le suma otra complejidad en el caso de las cárceles, la mirada especial sobre el contexto que estamos mirando. No hay recetas mágicas. Pero sí varias cosas por hacer, entre ellas impedir que la prueba del consentimiento se mire a través del comportamiento sexual de la víctima, ergo su vida sexual previa y posterior. Y esto en términos amplios, ya que vida sexual previa y posterior no es solamente la exteriorización

³⁹ Como se explicó más arriba, requeriría un estudio aparte y de mayor profundidad analizar este tema, pero en relación a los delitos cometidos en las dictaduras latinoamericanas. No obstante, remarco que el hecho en sí de mirar las denuncias por violación en contextos coactivos ha llevado a la literatura especializada a esbozar respuestas que permitan entender el porqué de las dificultades en denunciar estos hechos. Existe además una discusión acerca de cómo categorizarlos frente a otros hechos atroces como las desapariciones forzadas, entre otras. En dicho contexto, que por supuesto no puede equipararse al momento histórico actual, simplemente se cita como antecedente que la literatura especializada, refiere a que no existen esbozos de consentimiento en los actos sexuales perpetrados en dicho contexto. Se ha hecho un buen análisis al entender que dichos precedentes bien podrían emplearse actualmente para ayudar a mirar cómo funciona el aludido desbalance entre la víctima y el acusado (DI CORLETO, Julieta. “La prueba de la violencia sexual en centros penitenciarios...”, *op. cit.*).

en relaciones sexuales, por ejemplo, sino que involucra otras tantas exteriorizaciones, que quedan invisibilizadas y hasta juzgadas, en gran parte por la falta de educación sexual integral. Por ello diría, impedir la utilización de la vida sexual integral (previa y posterior) a los efectos de querer probar el consentimiento⁴⁰. De lo contrario, cumplir con mantener un objeto de la prueba –y del proceso– libre de irrelevancias dilatorias, proteger a la víctima en su intimidad y dignidad, promover juicios libres de estereotipos y sesgos, será tan solo una utopía escrita en algún que otro pasaje legislativo.

Entre tanta incertidumbre, lo cierto es que este ejercicio analítico que me propuse retrotrae la mirada hacia un problema que no es nuevo: seguir asistiendo a una ola de mitos que aún permean –y por qué no–, sustituyen la prueba del consentimiento en la praxis forense. Y esto es un fenómeno, que se presenta tanto en la cárcel como fuera. Todos los mitos en torno a la violencia sexual son perjudiciales ya que de una u otra manera inciden en la forma en la que se investigan y juzgan los delitos. Podría decirse que es tangible que los mitos que influyen en la valoración del consentimiento afectan el punto neurálgico del tipo penal y obstaculizan, en definitiva, el acceso a la justicia de todas y todos.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Javier Teodoro, *Debates actuales sobre violencia sexual: consentimiento: concurso de delitos: autoría: prueba: prescripción*, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.
- ATABAY, Tomris, *Women in detention: a guide to gender-sensitive monitoring*, Penal Reform International, Londres, 2015. Recuperado de <https://www.penalreform.org/resource/women-detention-guide-gendersensitive-monitoring/> (Fecha de consulta: 28 de enero de 2024).
- BASAGLIA, Franca, *Mujer, locura y sociedad*. Universidad Autónoma de Puebla, México, 1983.
- BEAUVOIR, Simone, *El segundo sexo. Los hechos y los mitos. La experiencia vivida*. Siglo XX, Buenos Aires, 1949.
- BORGES, Juliana, *Encarcelaciones masivas. Género, raza, clase y guerra contra las drogas*, Editorial Madreselva, Buenos Aires, 2021.
- BOTTOMS, Anthony y TANKEBE, Justice, “Beyond procedural justice: A Dialogic approach to legitimacy in Criminal Justice”, *Journal of Criminal Law & Criminology*, 102 (1), 2012.

⁴⁰ No se desconoce la vigencia del art. 46 de la Ley Nacional N° 19.580, pero es tangible su mala aplicación, o su excesiva interpretación de llevarlo exclusivamente a la etapa de valoración de la prueba.

- CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, México: Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- CLEMMER, Donad, *The prison community*, Cristopher Publishing Co, Boston, 1940.
- COSSMAN, Brenda, “#MeToo, Sex Wars 2.0 and the Power of Law”, *Asian Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law*, septiembre de 2018.
- DE CERTEAU, Michel, *La invención de lo cotidiano. I. Artes de hacer*, Universidad Iberoamericana, México D. F., 2000.
- DI CORLETO, Julieta. “La prueba de la violencia sexual en centros penitenciarios. Notas al fallo «Rivero» de la Cámara Nacional de Casación Federal”, en ROVATTI, Pablo y LIMARDO, Alan (Dirs.), *Pensar la prueba* N° 2, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021.
- FOUCAULT, Michel, *Microfísica del poder*, Las Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1979.
- GOFFMAN, Erving, *Internados. Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*. Amorrortu, Buenos Aires, 2012.
- GREER, Germain, *Sexo y destino*. Plaza y Janés, Barcelona, 1985.
- GREEN, Stuart. P, *Criminalizing sex: a unified liberal theory*, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- HOGAN, Nancy L.; LAMBERT, Eric G. y BARTON-BELLESEA, Shannon M., “Evaluation of CHANGE, an involuntary cognitive program for high-risk inmates”, *Journal of Offender Rehabilitation*, 51 (6), 2012.
- KAISER, Daniela, *La comunidad del rigor: estudio de la cultura carcelaria de una prisión de mujeres*, Tesis de grado, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República (Uruguay), 2015.
- MILLET, Kate, *Política sexual*. Aguilar, México, 1975.
- LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, Siglo XXI Editores, México, 2015.
- LIEBLING, Alison, “Moral performance, inhuman and degrading treatment and prison pain”, *Punishment and Society*, 13 (5), 2011.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolíniztli, “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 78, núm. 4, septiembre de 2016.
- RYTTER, Teresa y HUBER, Andrea, “Women in the Criminal Justice System and the Bangkok Rules”, en VV. AA., *Gender perspectives on torture: Law and*

Practice, Center for Human Rights & Humanitarian Law Washington College of Law, Washington, 2015.

SHULTZ, Vicki, "Reconceptualizing sexual harassment, again", *Yale Law Journal Forum*, vol. 128, 2018.

SYKES, Gresham, *The society of captives: a study of a maximum security prison*, Princeton University Press, New Jersey, 1958.

VIGNA, Ana, "Violencia y cárceles: una mirada a los sistemas penitenciarios del Cono Sur", *Revista de Ciencias Sociales*, 32 (45), 9-13, 2019.