



# Quaestio facti

Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio  
International Journal on Evidential Legal Reasoning

Vol. 1 | 2020

ISSN: 2604-6202

Presentación, Diego Dei Vecchi y Jordi Ferrer Beltrán

## ENSAYOS

*Judging Expert Testimony: From Verbal Formalism to Practical Advice*, Susan Haack

*Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos*, Pablo Rovatti

*Quaestio facti e Quaestio iuris*, Giulio Ubertis

*En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales*, Perfecto Andrés Ibáñez

*La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile*, Mauricio Duce J.

*Scientific questions of fact between free evaluation of evidence and proof beyond any reasonable doubt in the criminal trial*, Gaetano Carlizzi

*La prueba ilícita ante la bifurcación del tribunal penal*, Juan Pablo Aristegui Spikin

## CONJETURAS Y REFUTACIONES

*El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género*, José Luis Ramírez Ortiz

*Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género*, Federico José Arena

*Garanzia del contraddittorio e testimonianza della sola vittima*, Roberta Casiraghi

*La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género»*, Olga Fuentes Soriano

*Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico*, Raymundo Gama

## CIENCIA PARA EL PROCESO

*Cuando el derecho es poco fiable. Respuestas jurídicas a la prueba de huellas dactilares latentes*, Gary Edmond

## IURIS PRUDENTIA

*Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la CIDH*, Jordi Ferrer Beltrán



Qf

# Quaestio *facti*

Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio  
International Journal on Evidential Legal Reasoning

VOL. 1 | 2020

[www.quaestiofacti.com](http://www.quaestiofacti.com)

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA

© MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISSN: 2604-6202

Depósito legal: M. 3.518-2020

Fotocomposición: Ene Estudio

Impresión: ELECÉ, Industria Gráfica, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2020

## DIRECTORES

Diego Dei Vecchi  
Universitat de Girona, España

Jordi Ferrer Beltrán  
Universitat de Girona, España

## COMITÉ DE REDACCIÓN

Daniela Accatino  
Universidad Austral de Chile, Chile

Daniel González Lagier  
Universidad de Alicante, España

Edgar Aguilera  
Universidad Autónoma del Estado de México.  
Universitat de Girona, España

Carmen Vázquez  
Universitat de Girona, España

## COMITÉ EDITORIAL

Christian Dahlman  
Lund University, Suecia

Antonio Manzanero  
Universidad Complutense de Madrid, España

Mauricio Duce  
Universidad Diego Portales, Chile

Paul Roberts  
University of Nottingham, Reino Unido

Mercedes Fernández  
Universidad de Alicante, España

Sarah Summers  
University of Zurich, Suiza

Raymundo Gama  
Instituto Tecnológico Autónomo de México

Giovanni Tuzet  
Università Bocconi, Italia

Ho Hock Lai  
National University of Singapore, Singapur

Jonatan Valenzuela  
Universidad de Chile, Chile

## CONSEJO ASESOR

- Ronald Allen  
Northwestern University, EEUU
- Amalia Amaya  
Universidad Nacional Autónoma de México, México
- Perfecto Andrés Ibáñez  
Magistrado emérito de la Sala Segunda del Tribunal  
Supremo Español
- José María Asencio  
Universidad de Alicante, España
- Lorena Bachmaier  
Universidad Complutense de Madrid, España
- Zhang Baosheng  
University of Political Science and Law (CUPL),  
China
- Juan Carlos Bayón  
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Lorenzo Bujosa  
Universidad de Salamanca, España
- Rodrigo Coloma  
Universidad Alberto Hurtado, Chile
- Margarita Diges  
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Gary Edmond  
University of New South Wales, Australia
- Luigi Ferrajoli  
Università degli Studi di Roma, Italia
- Paolo Ferrua  
Università degli Studi di Torino, Italia
- Marina Gascón  
Universidad de Castilla-La Mancha, España
- Joaquín González  
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Susan Haack  
University of Miami, EEUU
- Juan Igartua  
Universidad del País Vasco, España
- John Jackson  
University of Nottingham, Reino Unido
- Larry Laudan  
University of Texas, EEUU
- Giuliana Mazzoni  
University of Hull, Reino Unido
- Dale Nance  
Case Western Reserve University, EEUU
- Jordi Nieva-Fenoll  
Universitat de Barcelona, España
- Eduardo Oteiza  
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
- Andrés Páez  
Universidad de los Andes, Colombia
- Jairo Parra Quijano  
Universidad Libre, Colombia
- Catherine Piché  
Université de Montréal, Canadá
- Joan Picó i Junoy  
Universitat Pompeu Fabra, España
- Geraldo Prado  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
- Giovanni Priori  
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
- Vitor Lia de Paula Ramos  
Uniritter, Brasil
- Frederick Schauer  
University of Virginia, EEUU
- Paulo de Sousa Mendes  
Universidade de Lisboa, Portugal
- Michele Taruffo  
Università degli studi di Pavia, Italia
- William Twining  
University College of London, Reino Unido
- Giulio Ubertis  
Università Cattolica del Sacro Cuore, Italia
- Alan Uzelac  
University of Zagreb, Croacia
- Adrian Zuckerman  
University of Oxford, Reino Unido

## ÍNDICE

DEI VECCHI, DIEGO; FERRER BELTRÁN, JORDI: <i>Presentación</i> .....	9
---	---

### ENSAYOS

HAACK, SUSAN: <i>Judging Expert Testimony: From Verbal Formalism to Practical Advice</i> .....	13
ROVATTI, PABLO: <i>Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos</i> .....	31
UBERTIS, GIULIO: <i>Quaestio facti e quaestio iuris</i> .....	67
ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO: <i>En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales</i> .....	75
DUCE J., MAURICIO: <i>La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile</i> .....	103
CARLIZZI, GAETANO: <i>Scientific questions of fact between free evaluation of evidence and proof beyond any reasonable doubt in the criminal trial</i> .....	133
ARISTEGUI SPIKIN, JUAN PABLO: <i>La prueba ilícita ante la bifurcación del tribunal penal</i> .....	177

### CONJETURAS Y REFUTACIONES

RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUIS: <i>El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género</i> .....	201
---	-----

ARENA, FEDERICO JOSÉ: <i>Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género</i> .....	247
CASIRAGHI, ROBERTA: <i>Garanzia del contraddittorio e testimonianza della sola vittima</i> .....	259
FUENTES SORIANO, OLGA: <i>La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género»</i> .....	271
GAMA, RAYMUNDO: <i>Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico</i> .....	285

#### CIENCIA PARA EL PROCESO

EDMOND, GARY: <i>Cuando el derecho es poco fiable: respuestas jurídicas a la prueba de huellas dactilares latentes</i> .....	301
--	-----

#### IURIS PRUDENTIA

FERRER BELTRÁN, JORDI: <i>Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la CorteIDH</i> .....	359
--	-----

## PRESENTACIÓN

Es un gran placer escribir la presentación del primer número de esta revista, que esperamos poder consolidar en un espacio hasta ahora no ocupado por ninguna otra en nuestra área cultural: el estudio y el debate del razonamiento probatorio desde una perspectiva transversal que abarque la epistemología jurídica, el derecho procesal y las distintas disciplinas empíricas con relevancia forense. Lo hacemos con mucha ilusión por el proyecto y con profundo agradecimiento a los colegas que se han incorporado a la iniciativa desde el primer momento: muy especialmente a los autores que publican en este primer número y al conjunto ciertamente impresionante de especialistas de todo el mundo que conforman el comité de redacción, el comité editorial y el consejo asesor de la revista. A todos ellos queremos expresarles nuestra gratitud por creer en el proyecto y prestar su apoyo desinteresado para el mismo.

Pero no es la ilusión la única emoción que nos invade en estos momentos. También, no está de más decirlo, un cierto vértigo ante un proyecto de envergadura, que solo los años, la buena recepción de la comunidad jurídica y mucho trabajo conjunto podrán consolidar. Esperamos ser capaces de hacerlo y en ello pondremos todo nuestro empeño. Hace no tantos años era habitual iniciar un trabajo sobre teoría de la prueba o sobre razonamiento probatorio señalando la escasa atención que nuestra doctrina había prestado históricamente al tema. Hoy, afortunadamente, puede decirse que las cosas han cambiado mucho; por eso, pensamos que el interés en la materia, la cantidad de trabajos que se publican al respecto y su calidad hace ya viable una revista dedicada específicamente a esa área temática. Esperamos que el tiempo y la recepción de la comunidad jurídica nos lo confirme.

*Quaestio facti* acepta trabajos en cuatro idiomas (español, portugués, italiano e inglés) con la pretensión de llegar a un gran número de especialistas y difundir análisis y provocar debates entre distintas áreas culturales. La composición de la revista se divide en cuatro secciones: Ensayos, Conjeturas y refutaciones, Ciencia para el proceso y *Iuris prudentia*. La sección de *Ensayos* recibe trabajos sobre cualquier temática probatoria, con el requisito de que su alcance e interés sea general, evitando

las discusiones estrictamente locales o de interpretación de una legislación nacional. *Conjeturas y refutaciones* es una sección de debate. En cada número se publicará un artículo principal, a modo de conjetura, que será sometido a las refutaciones de la discusión por otros tres o cuatro trabajos más cortos. En el número siguiente se podrá encontrar la réplica a sus críticos del autor del artículo principal. *Ciencia para el proceso* es una sección que albergará artículos que presenten a la comunidad jurídica problemas o avances de las distintas disciplinas científicas o técnicas relevantes para el proceso judicial, normalmente a través de su integración como pruebas periciales. Con ello, pretendemos facilitar una mejor comprensión de ese tipo de pruebas, de su fiabilidad, de sus problemas, etc. Finalmente, *Iuris prudentia* es la sección dedicada al análisis de decisiones judiciales. El objetivo es discutir tesis jurisprudenciales nacionales o de tribunales internacionales que tengan un alcance más allá del caso concreto resuelto y presenten puntos de interés para el análisis teórico.

La revista funciona con un sistema de admisión de trabajos mediante dictamen en doble ciego, para así garantizar la imparcialidad que debe regir el proceso de admisión. La periodicidad de publicación será anual, a pesar de lo cual difundiremos *online* la prepublicación de los artículos una vez aceptados.

En definitiva, esperamos que el proyecto que arranca con este primer número de la revista sea de su interés y satisfacción, resultando de utilidad para la mejora de nuestra comprensión de los problemas probatorios, de nuestros diseños procesales y de las prácticas jurisdiccionales al respecto. No es poco, pero de grandes objetivos están hechos los pequeños pasos que nos permiten avanzar.

Diego Dei Vecchi  
Jordi Ferrer Beltrán  
Directores

# ENSAYOS



## JUDGING EXPERT TESTIMONY: FROM VERBAL FORMALISM TO PRACTICAL ADVICE

Susan Haack

Distinguished Professor in the Humanities,  
Cooper Senior Scholar in Arts and Sciences,  
Professor of Philosophy and Professor of Law  
at the University of Miami  
[shaack@law.miami.edu](mailto:shaack@law.miami.edu)

**ABSTRACT:** Appraising the worth of others' testimony is always complex; appraising the worth of expert testimony is even harder; appraising the worth of expert testimony in a legal context is harder yet. Legal efforts to assess the reliability of expert testimony—I'll focus on evolving U.S. law governing the admissibility of such testimony—seem far from adequate, offering little effective practical guidance. My purpose in this paper is to think through what might be done to offer courts more real, operational help. The first step is to explain why the legal formulae that have evolved over the years may seem reassuring, but aren't really of much practical use. The next is to suggest that we might do better not by amending evidentiary rules but by helping judges and attorneys understand what questions they should ask about expert evidence. I focus here on (i) epidemiological testimony, and (ii) the process of peer review.

**KEYWORDS:** evidence law; expert testimony; reliability; epidemiology; peer review; the *Daubert-Joiner-Kumho* régime.

*In order that we may have the right to accept [someone's] testimony as ground for believing what he says, we must have reasonable grounds for trusting his veracity, that he is really trying to speak the truth so far as he knows it; his knowledge, that he has had opportunities of knowing the truth about this matter; and his judgement, that he has made proper use of those opportunities in coming to the conclusion which he affirms.*

W. K. Clifford (1877).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CLIFFORD, 1947: 79 (first published in 1877).

If had to choose between these thoughts of Clifford's and the enormous mountain of literature on the "epistemology of testimony" produced over the last couple of decades, I'd take Clifford's briskly commonsense words any day. Just as he says, whenever we have to assess the trustworthiness of what another tells us, we must have some sense of our informant's honesty, his competence, and how well he has judged where *his* evidence points. But there are many layers of complexity here; so this is just a starting point.<sup>2</sup>

## 1. WHY IS ASSESSING EXPERT TESTIMONY SO PECULIARLY HARD?

Often, dealing with what others tell us seems quite simple. When we're consulting an airline representative about plane schedules, asking a passer-by for directions to the train station, or asking someone on the other end of the phone what the weather's like where he is, we hardly think about what is involved in figuring out whether, or to what degree, what we're told is credible. In fact, however, even in these familiar kinds of case it's quite a complicated business; it's just that we only notice the complexities when things don't go smoothly—when we're not sure the airline representative heard, or understood, our question correctly, when we're not sure an informant isn't deceiving us for reasons of his own, when we're not sure we followed our informant's rapid Spanish directions, when we're not sure whether our informant really knows himself, or is just guessing, ..., and so on. If we have to repeat our question several times, if the answer is given in a hard-to-understand accent or in a language in which we're not fluent, if our informant is hesitant or changes his initial answer ("go left at the church; no, sorry, right—no, sorry, I was right the first time, left"), if he may be trying to deceive us ("the robbers went that way!"), if it seems his vision may be less than perfect, ..., etc., we grow suspicious, and start wondering if his testimony can be relied on.

Still, in these everyday cases what our informant is telling us is nothing arcane or (linguistic snafus aside) hard for us to understand; and we have some idea what to look for in judging whether such an informant might have reason to mislead or misinform us, whether he is really in a position to know what he is telling us, and whether he might have jumped to a conclusion his evidence doesn't warrant. But when we are dealing with expert information, and our informant is telling us something technical that we are in no position to know for ourselves, judging his credibility is significantly harder.

To be sure, the line between everyday testimonial evidence and expert testimonial evidence is somewhat fuzzy. Perhaps, for example, I ask someone more expert than myself at word-processing how to ensure that my copyright notice appears as a footer on the first page of my paper but not on subsequent pages; I may not understand all

---

<sup>2</sup> See HAACK, 2014a.

the computer jargon in his response, but I can probably easily enough check whether following his instructions gives the desired result. But if I ask an expert what is known about the age of the earth, what the paleontological evidence is for the theory of evolution, whether exposure to this chemical is a possible cause of someone's developing Lou Gehrig's disease, or even whether this design of seat-belt buckle will lock solid in a serious car-crash..., etc., though I'll no doubt understand the take-home message, I'll be very hard-pressed to understand the reasons for the expert's conclusion, or even to follow the technical language he will use.

Because it takes years of specialized work and study to become an expert on a certain subject, a lay person won't find it easy to assess an expert's competence, his judgment, or even, always, his honesty—after all, it's hard to spot implausibly exaggerated claims, or even inconsistencies, in testimony you only half-understand. Often you can do little more, besides looking for the familiar signs of dishonesty or uncertainty, than look to supposed experts' qualifications, their degree of confidence, the extent to which others in the field agree with them, and so on.

When we are assessing the worth of what witnesses say in a legal context, we need to take further complexities into account: that (normally) they speak on behalf of one side or another; that they will likely have been instructed not to volunteer information, but only to answer the questions they are asked; that they are bound by evidentiary rules that will make some relevant testimony inadmissible; and that—given that a great deal of money, or a person's freedom or even his life may be at stake—there may be strong emotions at work, encouraging witnesses to tell less than the whole truth, or even to lie outright.

And when it comes to evaluating the worth of expert testimony in a legal context we must deal, not only with the complications of appraising regular testimony in everyday contexts, the complications of appraising expert testimony in regular contexts, and the complications of appraising regular testimony in legal contexts, but all of these together; plus *further* complications. Experts hired by the parties will usually have been carefully screened and prepared to be as helpful as possible to their side; they may well have been drawn from the margins of those in their field—those most willing to reach a conclusion when others are unsure; their professional pride is likely to be at stake; and the scientific or other technical questions on which they testify may very well, as yet, be far from settled either way.

It's no wonder, then, that courts have such a hard time when they're faced with the unenviable task of determining whether expert testimony is reliable enough to be admitted, or whether it is sufficiently strong to establish a claim to the required degree of proof. They will need to master material presented in a technical jargon that may be far beyond their ken, and to make judgments about its relevance, its reliability and, in a bench trial,<sup>3</sup> its weight—when experts in the field involved disagree among themselves. A federal judge once told me how she was struggling to

---

<sup>3</sup> A trial where there is no jury, only a judge or panel of judges.

make sense of the expert testimony in a case involving a contested biotech patent: “What wouldn’t I give for a nice, simple curling-iron case!” Indeed; I’m sure I’d have felt the same way.

More to the present purpose, perhaps, it’s no wonder, either, that legal efforts to assess the reliability of expert testimony—I’ll focus in what follows on evolving U.S. law governing the admissibility of such testimony—seem so far from adequate, offering reassuring-sounding forms of words, but little effective practical guidance. Hence my sub-title, and my purpose, in what follows: to think through what might be done to offer courts more real, operational help. The first step, though, is to explain why I say that the legal formulae that have evolved over the years, though they may seem reassuring, aren’t really of much practical help.

## 2. HOW HAVE U.S. COURTS HANDLED THE PROBLEM?

U.S. law distinguishes the question of the admissibility of testimony (whether it may be heard by, or if it is heard but then challenged, whether it may be taken into account by, the finder of fact), from the question of its sufficiency to establish a given claim. Admissibility of evidence is regarded as a question of law; sufficiency of evidence is regarded as a question of fact. As we shall see, however, as U.S. law on the admissibility of expert testimony has evolved, there has been some blurring of this line.

For a long time—though there were already many complaints about expert witnesses, especially their willingness to say whatever the side that hired them wanted<sup>4</sup>—all that was required for admissibility was that the evidence be relevant and the proffered expert suitably qualified. Then in 1923 a federal appeals court in D.C.—asked to determine whether the testimony of an expert on a brand-new technique for determining whether a defendant was lying by tracking changes in his systolic blood pressure under questioning had been correctly excluded—ruled that such testimony was inadmissible: the technique was just too new and untried to be heard. The court went on to articulate the first legal test for the admissibility of novel scientific testimony—that the theory or technique on which it is based must be “suffi-

---

<sup>4</sup> “[E]xperience has shown that opposite opinions of persons professing to be experts can be obtained in any amount.” *N.Y. & Erie R.R. Co.*, 62 U.S. 88, 101 (1858). “[The expert witnesses’ views] cannot fail generally to be warped by a desire to promote the cause in which they are enlisted. ... [Medical expert witnesses] come with such a bias on their minds to support the cause in which they are enrolled, that hardly any weight should be given to their evidence.” *Ferguson v. Hubbell*, 97 N.Y. 507, 514 (1884). “[Scientific witnesses] are selected on account of their ability to express a favorable opinion, which, there is great reason to believe, is in many instances the result alone of employment [in the case] and the bias growing out of it.” *HIMES*, 1893: 409. “The position of an expert on the witness stand, who does not testify to what he has observed but merely expresses his opinion as to a situation or on facts which have been established by other witnesses, is anomalous in Anglo-Saxon law... [T]here is constant complaining and mistrust on the part of judges, juries, and lawyers of the expert witness.” *FRIEDMAN*, 2010: 247.

ciently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs”;<sup>5</sup> though it said nothing about how to identify, let alone appraise the soundness of, a scientific field. This test is known, after the name of the defendant, as the *Frye* Rule. It took a long while to catch on; but by the early 1980s it had been adopted by many states, and several large states still follow it to this day.<sup>6</sup>

In 1975, however, the common-law evidentiary rules were codified in the Federal Rules of Evidence. Rule 702, which applies to testimony regarding “scientific, technical, or other specialized knowledge,” said only that a qualified expert may testify if his testimony is relevant, and not otherwise excluded by law; it didn’t mention *Frye* or “general acceptance.” For many years, it was unclear whether FRE 702 had, or hadn’t, superseded *Frye*; until in 1993 the U.S. Supreme Court ruled in *Daubert*—an otherwise routine case against Merrell Dow for its morning-sickness drug Bendectin, in which, most unusually, *Frye* had been used in a civil case—that it had.<sup>7</sup> Federally at least, *Frye* was gone.

Nevertheless, Justice Blackmun’s ruling continued,<sup>8</sup> though the new régime was more hospitable to the admissibility of expert testimony than the old, courts still had an obligation to screen expert testimony not only for relevance, *but also for reliability*—which, as I hinted earlier, shifted the line between admissibility and weight somewhat. To determine whether expert testimony is reliable enough to be admitted, Justice Blackmun argued, they should not look to the expert’s conclusions, but to his methodology—presumably so that the admissibility inquiry not trespass too far onto the turf of the fact-finder. What courts should ask, according to Justice Blackmun, is whether experts’ methodology is genuinely “scientific”; and to help them do this, he offers a “flexible list” of factors they may consider: can [the technique or method on which the testimony is based] be tested, and has it been? Has it been subject to peer review and publication? What is the known or potential error rate? And (in a nod to *Frye*) has it gained widespread acceptance in its field?

In 1995, when *Daubert* was finally decided on remand to the Ninth Circuit, Judge Kozinski added a new factor to Justice Blackmun’s list: Was the work on which the testimony is based litigation-driven, or was it conducted independently of litigation?<sup>9</sup>

<sup>5</sup> *Frye v. United States*, 293 F. 1013, 1014 (D.C. Cir. 1923).

<sup>6</sup> The story about Florida law on this matter is too extraordinary not to include. Florida first adopted *Frye* in *Kaminski v. State*, 63 So.2d 339, 340 (1952). For decades afterwards, it followed. *Frye*—mostly, except when it didn’t. In 2013 the Florida legislature voted to change to *Daubert*, and the governor signed off on the change. See 2013 Fla. Laws 107 (codified as Fla. Stat. § 90.702 (2018)). But the change is procedural, and so the last word rests with the Supreme Court of Florida. In late 2018, a decision of this court rejected *Daubert* and stuck with *Frye*. *DesLisle v. Crane Co.*, 258 So.3d 1219 (Fla. 2018). (Fla 2019). But in May 2019, the same court (though with three new members) ruled that Florida now is, after all, a *Daubert* state! In re: Amendments to the Florida Evidence Code, No.SC19-107 (Fla. May 23, 2019).

<sup>7</sup> *Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 509 U.S. 579, 587 (1993).

<sup>8</sup> *Ibid* 594-95.

<sup>9</sup> *Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 43 F.3d 1311, 1317 (9th Cir. 1995). Notably, Judge Kozinski makes an exception in the case of forensic testimony. *ibid* 1317 n.5.

Only a few years after constructing the elaborate apparatus of *Daubert*, however, the Supreme Court began *deconstructing* it. *G.E. v. Joiner* (1997) primarily concerned the standard of review of exclusions of expert testimony; which, the Court ruled, remained abuse of discretion. But—probably because *Joiner*’s attorneys had argued on appeal that, since their experts had used the *same* methodology as G.E.’s, it had been a legal error to exclude their experts and admit their opponents’—the *Joiner* ruling also quietly repudiated the distinction between methodology and conclusions that had been central in *Daubert*. Courts could look to experts’ conclusions as well as their methodology, Justice Rehnquist wrote for the majority; and expert testimony could be ruled inadmissible should the judge deem the “analytical gap” between data and conclusions too great.<sup>10</sup>

And only a couple of years after *Joiner*, faced with a case that obliged it to determine whether *Daubert* (where all the expert testimony involved had been scientific) also applied to *non*-scientific experts, the Supreme Court qualified the role of that “flexible list” of factors that courts might consider in determining whether expert testimony was reliable enough to be admitted—to the point where everything was, in effect, left to courts’ common sense. Where non-scientific experts like the expert on tire design in this case were concerned, Justice Breyer wrote for the majority in *Kumho Tire* (1999), these factors might or might not be relevant; indeed, he continued, they wouldn’t all always be helpful even where the expertise concerned *was* scientific. So courts should use any, all, or none of those factors, or such other factors as might seem appropriate to the case. And he warned—improving, in this respect, on *Frye*—that they should bear in mind, when considering whether some theory or technique is widely accepted in the relevant field, that not all fields are equally sound, and some may be downright illegitimate; in which case, of course, widespread acceptance in the field is no assurance whatever of reliability.

The following year, FRE was revised; the new rule, requiring that the testimony be based on *sufficient* data, *reliably* arrived at by *reliable* methods, didn’t reflect the *Daubert-Joiner-Kumho* trilogy very closely; but it *did* reflect the fact that these decisions, rather than making it easier to get expert testimony admitted, had in fact made it harder. This 2000 version of the Rule remains in force.

\*\*\*

I don’t suppose anyone imagines that the *Daubert-Joiner-Kumho* trilogy and the revised FRE 702, or the courts’ efforts to apply them over the years—though they have doubtless taught us some useful lessons—have entirely resolved the core problems with expert testimony, or even very significantly ameliorated them. Part of the trouble, of course, is that, while it’s clear that the underlying idea is to ensure that fact-finders aren’t misled by unreliable expert testimony, it’s completely *unclear* how reliable is reliable *enough*. But this is not a problem that can be solved by legal *epistemology*, however sophisticated. It calls, rather, for a legal *decision*, presumably

<sup>10</sup> Gen. Elec. Co. v. Joiner 522 U.S. 136, 146 (1997). See also HAACK, 2016.

informed by policy considerations: e.g., that the standard is higher than “scintilla,” or than “reasonable suspicion,” but lower than “clear and convincing.” Another part of the trouble, however, is that these standards of admissibility are ambiguous between formulae which courts can apply relatively straightforwardly, but which correlate only very weakly with reliability, and formulae that better correlate with reliability, but that courts are understandably at a loss to put into operation. We see this with *Frye*, and all through the various standards since.

The first phrase of the *Frye* standard, “*sufficiently established to be generally accepted in the field to which it belongs*,” has almost always been dropped,<sup>11</sup> and the Rule truncated to “generally accepted in the field to which it belongs.” No wonder: this is a lot easier for a lay judge than deciding how well-established a scientific claim is. But the *Frye* Rule tells courts nothing about how to determine what the relevant field is; nor, as mentioned, does it address the problems raised by the possibility that an entire field (e.g., forensic bite-mark identification)<sup>12</sup> may be flaky; and it is obviously susceptible to the guild problem, the danger that a group of practitioners in an iffy field will readily testify as to the general acceptance of their techniques. So the impression that *Frye* really gives judges a simple, operational way to decide whether novel scientific evidence is reliable enough to admit is a kind of illusion.

The original, 1975, version of FRE 702 says nothing explicit about reliability; and appears on its face to be very hospitable to the admission of expert testimony. Arguably, however, it might be thought implicit that such testimony should, in accordance with FRE 403b, be reliable enough that hearing it will help, rather than confuse or mislead, the finder of fact. At any rate, the Supreme Court’s ruling in *Daubert*, interpreting FRE 702 as formulated in 1975, finds the requirement that expert testimony be reliable implicit in the requirement that it be helpful to the finder of fact. But it’s quite clear that, whatever the Supreme Court’s intention, *Daubert* has proven less, not more, hospitable to the admissibility of expert testimony than *Frye* and than the original FRE 702, which it supposedly interprets.

The *Daubert* ruling is more complex, and in a sense much more sophisticated, than *Frye* or FRE 702; and for that very reason, it has proven far more expensive in terms of experts’, attorneys’, and judges’ time. Unfortunately, however, it confusedly identifies *reliable* expert testimony with *scientific* expert testimony—when obviously not all, and not only, scientific expert testimony is reliable. Most to the present purpose—and even if the distinction between methodology and conclusions were easily applicable, which it surely isn’t—those “*Daubert* factors” are much less operationally effective than they might at first appear.

The first *Daubert* factor (“can [the testimony] be and has it been tested?”), rests on a confused *mélange* of Karl Popper’s and Carl Hempel’s incompatible philosophies of science.<sup>13</sup> It might be helpful in, for example, a case of knife-mark identi-

<sup>11</sup> Not always, however. See *Ramirez v. State*, 810 So. 2d 836, 843 (Fla. 2001).

<sup>12</sup> See BEECHER-MONAS, 2009.

<sup>13</sup> See HAACK, 2005.

fication testimony that could easily enough be tested, but hasn't been. More often, though, it has understandably proven simply baffling to courts.<sup>14</sup> The second, which Justice Blackmun himself acknowledges is “not dispositive,” is ambiguous: are courts to look to whether the relevant work has passed pre-publication peer review—relatively easy to determine, but only a very weak indication of reliability—or to whether it has survived, or will survive, the long-run scrutiny of the scientific community after publication—a much better indicator of reliability, but impossible for judges to determine.<sup>15</sup>

The third *Daubert* factor (“known or potential error rate”), though certainly pointing to something one would want to know when deciding whether a technique or test is good enough to admit, is too lacking in specificity to be very helpful: what level of error rate is too high, one wonders, and what exactly is the force of that “potential”?<sup>16</sup> And shouldn't courts also look to the *kind* of error to which a technique is susceptible: to false positives or false negatives, for instance? And the last factor, of course, is essentially a slightly weakened version of the *Frye* Rule, with all its troubles.

The new *Daubert* factor introduced by Judge Kozinski—is the science litigation-driven?—suffers the same problem as the first two of the Supreme Court's original factors: it's relatively easy for a court to determine whether scientific work was undertaken before, or after, litigation had begun, but this has little bearing on its reliability; while whether the work was motivated or otherwise biased by the need to find evidence helpful to litigants, while a better indicator of reliability, is often nearly impossible to determine.<sup>17</sup>

*Joiner* takes away the methodology/conclusions distinction, a central plank of the *Daubert* platform; and as a result opens the door to admitting one party's experts while excluding the other's even when they employ the *same* methodology.<sup>18</sup> And it replaces the methodology/conclusions distinction by something even more legally-formulaic, the talk of “analytical gaps” between data and conclusions.

*Kumho Tire*, however, is a different kettle of fish. It takes the deconstruction of *Daubert* a step further, making that “flexible list” of factors to consider *so* flexible as to leave almost everything to courts' discretion: they may use any, all, or none of them, or other factors they deem more appropriate. At the same time, however, it includes much good sense; for it's perfectly true, as Justice Breyer writes, that not every

<sup>14</sup> HAACK, 2010. See also *United States v. Bonds*, 12 F.3d 540, 552 (6th Cir. 1993) (arguing that, since the FBI's DNA work has been tested and found to be unreliable, testimony of its results should be admitted—as reliable!).

<sup>15</sup> See HAACK, 2007.

<sup>16</sup> I suspect that Justice Blackmun may be recalling *Barefoot v. Estelle*, where admitting psychiatric testimony that Mr. Barefoot would be dangerous in future was held to be acceptable even though an amicus brief from the American Psychiatric Association reported that such predictions are wrong two times out of three, 463 U.S. 880, 899 (1983), and he wrote a passionate dissent. *ibid* 916.

<sup>17</sup> See HAACK, 2008.

<sup>18</sup> Of course, it's not easy to say when two methodologies are the same, and when different.

factor (such as “peer-review and publication”) will be relevant to every instance even of scientific testimony, much less of non-scientific expert testimony; and perfectly true, too, that consensus in a poor field is no indication of reliability, so that courts must pay attention to the legitimacy of the field in question.

The revised FRE 702 (2000) is a little more helpful than the original insofar as it indicates that courts are to look at the sufficiency of the data, the methods by which the data were arrived at, *and* the application of the theory or technique; but its repeated calls for “reliability” and “sufficiency” tell courts nothing specific about how to determine this, leaving an impression of ritual incantation rather than practical advice.

In 1994, in the wake of *Daubert*, the first edition of the *Reference Manual on Scientific Testimony* was issued by the Federal Judicial Center; a second edition appeared in 2000, and a third in 2011.<sup>19</sup> As with any team-written work, the various chapters of the book are variable in quality; some are weaker, but others are very competent statements of the state of the art in various scientific fields that are likely to come up in court with some frequency. I’m sure it has its uses; I’m less sure, however, that it has much to offer in the way of practical advice either for courts determining the reliability of expert scientific testimony, or for attorneys preparing to mount, or to defend against, a *Daubert* challenge. The 2009 NRC report, *Strengthening the Forensic Sciences in the United States*<sup>20</sup> (which of course is narrower in scope than the *Reference Manual*) offers more in the way of practical advice, but this is primarily advice about how forensic techniques and forensic labs might be improved, not advice about how courts might better appraise forensic evidence. In short, courts aren’t given as much practical help as they might wish in handling the formidable responsibilities *Daubert* requires of them if the admissibility of expert testimony is challenged.

### 3. HOW MIGHT WE DO BETTER?

But doing better isn’t easy: the task is a formidable one.

Courts have to determine whether expert testimony is reliable enough to be admissible in circumstances where experts in the field in question can’t agree about what’s reliable and what isn’t. This, however, is not so much a problem to be solved as a simple, unavoidable fact. Moreover, when they are applying *Daubert*, courts must decide whether the proponent has shown, *by a preponderance of the evidence*, that their expert testimony is *reliable enough to be admitted*—a double-barreled legal formula the meaning of which is, to say the least, far from transparent. But what this problem requires is close legal attention to that key word, “enough.” On top of this, though, the sheer variety of kinds of expert testimony with which courts may be faced means that the kind of very generic advice the Supreme Court has offered

<sup>19</sup> Federal Judicial Center, 1994; Federal Judicial Center, 2000; Federal Judicial Center, 2011.

<sup>20</sup> National Research Council, 2009.

may not always be apropos. And this suggests a place to begin my practical-epistemological reflections.

Some kinds of issue arise over and over with respect to a wide variety of different kinds of expert testimony: issues about the soundness of statistical evidence proffered, for example, or the relevance of peer-reviewed publication to the likelihood that proffered scientific conclusions will prove solid. Other kinds of issue, though specific to certain kinds of testimony, arise many times because this kind of testimony is so frequently proffered and presented: issues about DNA identification evidence in criminal cases, for example, or epidemiological evidence in toxic torts. To deal with all of this would take at least a fat book or maybe, more realistically, a whole series of books; here, I can only make preliminary suggestions about a couple of issues—one in each of the two large categories just mentioned—to which I have given a lot of thought: (i) the kinds of epidemiological evidence frequently proffered in toxic-tort cases and (ii) the matter of peer-review and publication. My strategy will be to suggest the kinds of question those concerned to evaluate the reliability of expert testimony might reasonably ask, and to indicate what answers are to some degree favorable, what to some degree unfavorable, and what neutral with respect to the reliability of the testimony concerned.

### 3.1. Epidemiological Testimony

Like legal proof, the reliability of expert testimony isn't a matter of "yes" or "no," but always a matter of degree, of more and less; and what I can offer will be only indicia, not "criteria"—the *Daubert* Court was right to insist that its list of factors could not be used as a checklist, but must be treated as flexible.

Epidemiological testimony will be to the effect that a correlation, an increased relative risk, has, or hasn't, been found, between exposure to some substance (the alleged toxin at issue in the case) and some disease or disorder (the alleged disease or disorder the plaintiff claims to have suffered); it may, or may not, also include some more speculative statements about a possible causal connection. Here are some questions it might be helpful to ask in determining how reliable such testimony is likely to be.<sup>21</sup>

*Is the disease or disorder alleged by the plaintiffs well-recognized and well-understood in the relevant medical field*—or is it more like the "smoldering" Guillain-Barré Syndrome, a hitherto unheard-of form of the disease, that Mr. Manko claimed was caused by his swine-flu vaccination<sup>22</sup> or, like the conglomeration of connective-tissue disorders claimed to have been caused by silicone breast-implants, a new congeries of disorders? If the existence of the disease/disorder/syndrome is contested in court, does this seem to be because one party's expert is adapting standard definitions to suit his side, or is it a matter of honest but as yet unresolved disagreement in the relevant field of medicine?

<sup>21</sup> I draw in part, here, on an earlier paper, HAACK, 2018.

<sup>22</sup> *Manko v. United States*, 636 F. Supp. 1419, 1427-28 (W.D. Mo. 1986).

Sometimes, there is legitimate disagreement within a medical field about what mix of symptoms constitute a disease or disorder; and sometimes, the consensus on how best to characterize a disorder shift over time. One reason such a big scare was caused by (very weak) evidence that there might be a connection between MMR vaccine and autism, for example, was that diagnoses of autism shot up after this vaccination was made compulsory; not, however, because there were more cases of autism in the older sense, but because the medical community had adopted a new, broader definition of “autism-spectrum disorders.”<sup>23</sup> That the plaintiff’s disorder is well-defined and understood is a favorable sign; that there’s legitimate disagreement about its definition is neutral; that there seems to be disagreement only in litigation contexts where one side is trying to stretch or shrink a standard definition is unfavorable.

*Are the alleged injuries supported by medical diagnoses, or are the diseases or disorders self-reported?*

That the alleged injuries are self-reported, as in the Henneckens Study<sup>24</sup>—the only study to find a correlation between silicone breast-implants and connective-tissue disorders—is an unfavorable sign; the more so if, as in this instance, there has been a good deal of publicity about the possible side-effects of a drug, a medical device, or a pollutant.

*Is the substance involved in the study the same as that at issue in the case, a variant of it, or something chemically similar?* Were the doses in the study similar to those suffered by the plaintiff(s) in the case? What about the manner of delivery (ingestion, inhalation, etc.)—was that the same or different from in the instant case?

That the same substance was involved is a favorable sign; that the substance was different is unfavorable, to a degree depending on how different it was; that the mode of delivery was the same is a favorable sign, that it was different, unfavorable. The fact that the studies cited by Joiner’s experts (at least, those still in the record by the time the case came to the Supreme Court) involved different substances, sometimes in significantly larger doses than Mr. Joiner’s exposure, and delivered differently, was doubtless why the Court thought they were at best indirectly relevant, and not reliable evidence in support of Joiner’s claim.

*How large was the sample size?* How probable is it that a correlation was found by chance, simply because the sample was too small?

I am deliberately avoiding the phrase “statistically significant,” both because it is so often confused with simple significance or importance, period, and because the level of statistical significance deemed acceptable is purely a matter of convention, set high by epidemiologists so as to avoid sounding false alarms. But of course, the larger the sample is, then, other things being equal, the better the study. Andrew Wakefield’s dreadful work supposedly finding a correlation between MMR vaccina-

<sup>23</sup> According to the standards of the 1992 edition of the *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (published by the American Psychiatric Association), 1 in 68 children had autism; while according to the standards of the 1994 edition, the figure was 1 in 59. MCGINTY, 2018.

<sup>24</sup> HENNECKENS, et al., 1996.

tion, bowel disorders, and autism—based on a sample of only 12 children<sup>25</sup>—is a paradigm example of a bad study.

*Was the study reported appropriately designed?* Was it properly conducted? Was it randomized, controlled, double-blinded? Did it use the statistical techniques it said it used, and did it apply them correctly? Might those techniques (e.g., some programs for meta-analysis of multiple studies) potentially introduce bias?

The more serious the problems with the design and/or the conduct of a study, obviously, the less solid and reliable the results it reports. I have mentioned only some of the most obvious pitfalls; but other design faults, though harder to spot, are well within the reach of a layperson—such as the Seattle pharmacist who noticed that Merck’s VIGOR study of Vioxx underestimated the likelihood of adverse cardiovascular effects by tracking them for a shorter period than gastrointestinal effects, and many times urged the *New England Journal of Medicine*, which published the study, to issue a warning.<sup>26</sup>

To be sure, even a not-very-well designed or not-very-well conducted study *may* uncover a real correlation. But we need to be alert to the possibility that the flaws in the design or the conduct of a study are such as predictably to skew the results: as the failure of some of Merrell Dow’s studies of Bendectin to distinguish women who took the drug during the period of pregnancy when limbs were forming and those who took it before, or after, that period predictably underestimated the relative risk of limb-reduction birth-defects in their children.<sup>27</sup>

In this context we may start to ask about the purpose for which the study was undertaken:

*Do those who paid for or conducted a study have an interest in reaching a given conclusion* (were they, for example, scientists working for manufacturers hoping to establish that their medication is effective and safe, or were they scientists working, like Wakefield, with attorneys for one party or another)?

That those conducting a study had an interest in its coming out this way rather than that is, of course, an unfavorable sign—though not, to be sure, necessarily fatal.

*Were there other such studies? Were those other studies published?* If other studies were conducted, were they unfavorable, or less favorable, to the product than the published studies?

There *might* be epistemologically good reasons for not publishing a study (e.g., that as you were writing it up you realized there was something wrong with the design). But if there are other less-favorable studies that went unmentioned or unpublished, and especially if this is all work conducted or paid for by a manufacturer

<sup>25</sup> WAKEFIELD, 1998.

<sup>26</sup> ARMSTRONG, 2006.

<sup>27</sup> Blum v. Merrell Dow Pharm., Inc., 33 Phila. Cnty. Rep. 193, 214-17 (1996).

with an interest in getting FDA<sup>28</sup> approval to market his drug or in finding information useful in advertising, we have reason for caution about how reliable the published study is. The more serious the problems with the design and/or the conduct of a study, obviously, the less solid and reliable the results it reports.

But, before we turn our attention to issues about publication more generally, we should note—remembering that epidemiological studies can only show correlations, not causation—that there are further questions that judges and attorneys should ask if an expert witness offers epidemiological studies to establish causation.

*Is there further evidence to indicate that the correlation is not, e.g., the result of some common cause both of exposure to the substance and the development of the disorder, but is a matter of the exposure's causing the disorder? Does the witness suggest what causal mechanism might be at work? If so, what independent evidence is there of its biological soundness? Does he relate this postulated causal relationship to other, well-established biomedical knowledge? Does he refer to the factors that Austin Bradford Hill famously suggested decades ago? And if so, is he aware that these are only indicia, nothing like "criteria," or a checklist?*<sup>29</sup>

If the witness simply *assumes* that a correlation is sufficient to show causation, that's a very bad sign; but the more, and the stronger, the reasons he offers for thinking that, in the present instance, there is a causal relationship, the better sign it is.

We might also look, as the courts involved did in *Daubert*, following Merrell Dow's lead, at whether the epidemiological studies cited have been published in peer-review journals, or only in court reporters' accounts of cases. This leads us directly to the second topic on which I'll try to offer some practical advice, issues about peer-review and publication.

### 3.2. Peer Review and Publication

A necessary preliminary to assessing the weight that peer-reviewed publication should carry is to distinguish fields where such publication is usual and expected from others where it isn't. In an academic field, such as epidemiology or toxicology, looking to whether an expert witness's publications, or the publications on which an expert witness relies, are peer-reviewed makes sense; in fields where it's more a matter of a technique or specialized skill, such as police-training techniques<sup>30</sup> or the proper design of folding lawn-chairs, it is unrealistic to expect such publications.

---

<sup>28</sup> "FDA" abbreviates "Food and Drug Administration," referring to the body that regulates drugs, medical devices, etc., in the U.S.

<sup>29</sup> HILL, 1965; HAACK, 2014b.

<sup>30</sup> *Berry v. City of Detroit*, 25 F.3d 1342, 1347 (6th Cir. 1994).

Supposing questions about peer-review *are* apropos, though, there's a good deal one would like to know before deciding that having survived this process is any indication of reliability; for example:<sup>31</sup>

*If the work concerned is in a field where peer-reviewed publication might reasonably be expected, but hasn't been published in a "peer review journal,"<sup>32</sup> why is this? What it completed too recently to have been submitted yet? Or was it submitted but rejected—and if so, by what journal(s)?*

That work too recent yet to have been submitted for publication and refereeing hasn't been peer-reviewed isn't in itself any indication of unreliability; though of course very recent work hasn't had time to prove itself, and might turn out to be unreliable. That work has been submitted but rejected isn't a good sign, but isn't necessarily a strong indicator of unreliability, either; it depends what journal(s) rejected it, and why. Some journals have very high rejection rates, others much lower. If the *New England Journal of Medicine (NEJM)* rejects an article on a restricted-interest topic by a young, unknown scientist at an undistinguished university, that would hardly be surprising; but it wouldn't necessarily be a sign that the work is flawed.

*Even if the work is published in a peer-review journal, was it in fact peer-reviewed, or was it published by invitation? If by invitation, was this because the author is a well-known leader in the field, or because he's a friend of the editor's, or a member of the editorial board?*

That work appears in a "peer-review journal," by itself, means nothing; many such journals also publish invited papers, and/or papers given at symposia whose organizers have paid a substantial publication fee. But invited papers aren't necessarily less reliable than invited ones. They *may* represent important work by major figures in the field; on the other hand, they *may* be weak efforts by the editor's cronies, or simply papers that reflect the editor's prejudices.<sup>33</sup>

*If there are many authors, what role did each play in the work? Are any of those listed "ghost" writers whose names are there simply to add prestige,<sup>34</sup> or attorneys involved in relevant litigation?*

Most scientific articles today have many authors; and in some instances—as with Dr. Wakefield's paper on MMR vaccine and autism—some names may appear, not because these people really had much, or anything, to do with the work, but to lend an appearance of solidity to the paper. This is never a good sign; and when, as with

---

<sup>31</sup> I refer readers to *Blum v. Merrell Dow* (1986), where Judge Bernstein's ruling reveals that Merrell Dow's support had created a body of peer-reviewed literature indicating that it was generally accepted that Bendectin was harmless. See also HAACK, 2007.

<sup>32</sup> Because not all articles published in self-described "peer-review journals" are peer-reviewed: some are invited, others symposium papers the publication of which is subsidized organizers.

<sup>33</sup> Dr. Robert Brent, who served for many years as expert witness for the defendants in the Bendectin cases against Merrell Dow, also served for many years as editor of *Teratology*, where some of the papers finding Bendectin harmless were published. See *Blum v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 33 Phila. Cnty. Rptr. 193, 222-28 (1996).

<sup>34</sup> As, it seems, were those listed as co-authors of Wakefield's paper.

some of Dr. Brent's work on Bendectin, the "co-authors" are actually attorneys working for one party in the litigation, it is a very bad sign indeed.

*If an article was peer-reviewed, was the author (or were the authors) asked to suggest referees themselves?*<sup>35</sup> How many referees were consulted? Were any of them colleagues or friends of the authors? How long were they given to turn in their reports? Were they given access to the authors' raw data? Were they asked to check any statistical calculations in the work?

It's apparently routine at medical journals for authors to be asked to suggest referees; so, while one might well feel that this in itself threatens to introduce conflicts of interest,<sup>36</sup> this can't be treated as disqualifying. And mostly, as I understand it, referees are given only a short time to report back, don't have access to the raw data, and don't check statistical calculations. These, of course, are some of the reasons why the fact that an article was peer-reviewed is at best only a very weak indication of its quality.

*What is the status of the journal concerned?* Is it highly ranked, or a journal of last resort for those who must publish something to get tenure?

To be sure, there's an element of self-fulfilling prophecy about journal rankings (e.g., people want to publish in the highly-ranked journals, so these have higher rejection-rates, which in turn feeds into their high ranking). Still, by and large and on the whole, the quality of a publication in a "prestigious" journal is likely to be better than a publication in the *Journal of Desperation*. But even publication in the most prestigious forum is no guarantee: witness the badly flawed study of Vioxx published in the *NEJM*, the premier English-language medical journal.

*How is the journal supported financially?*

The fact that a defendant manufacturer supports a journal, for example, or advertises heavily in it, would be an unfavorable sign; as would be the fact that a journal clearly represents only one view in a field where opinion is split.

*Has there been any subsequent "Expression of Concern" about, or retraction of, the work at issue?*

Expressions of concern and, especially, retractions are obviously bad signs; and so, equally obviously—though this will take serious work to discover—is the reliance of work cited by an expert on other work that has been retracted.

*Has the work been widely cited?* If so, is this because it's so important it has attracted others' attention, or because it's so weak it's an easy target of criticism?

As the second part of the question indicates, numerous citations *may* be a good sign, but aren't always so.

<sup>35</sup> A common practice at medical journals. See HAUG, 2015.

<sup>36</sup> And has, we know, led to outright fraud on the part of some Chinese medical scientists. *ibid.*

#### 4. WHAT WOULD BE THE “PARTICULAR GO” OF THIS ADVICE?

My proposals are not intended as an alternative to the *Daubert* trilogy; nor are they meant to suggest how to conduct any and every *Daubert* hearing involving these issues. The *Daubert* régime arguably already absorbs too much of judges’ and attorneys’ time and energy,<sup>37</sup> and I don’t want to make this task more burdensome than it already is.<sup>38</sup>

What *would* be practically helpful, I believe, is for judges and attorneys to have available a book, or series of books, regularly updated, suggesting what questions it might be advisable to ask and what answers are favorable, and what unfavorable, to the reliability of expert testimony, should this or that kind of issue arise. The hope is that some courts and some lawyers will ask those questions and draw reasonable conclusions from those answers; and that other attorneys and other courts will gradually, over time, learn from their experience, ..., and so on. The idea, if you like, is to provide the means gradually to nudge legal players in the direction of identifying better experts, and undertaking better-informed scrutiny of expert testimony. This won’t be a panacea; there *can be no* simple, one-shot solution to such a complex and multi-faceted problem. But it could be one useful step in the direction of improving both the quality of expert testimony, and courts’ appraisals of its worth.<sup>39</sup>

#### BIBLIOGRAPHY

- ARMSTRONG, D., 2006, May 15: «How the New England Journal missed warning signs on Vioxx: Medical weekly waited years to report flaws in article that praised drug», in *Wall Street Journal*: <https://www.wsj.com/articles/SB114765430315252591>
- BEECHER-MONAS, E., 2009: «Reality bites: The illusion of science in bite-mark evidence», in *Cardozo Law Review*, 30 (4): 1369-1410.
- CAPON, R., 2016: «The performance of the Italian civil justice system: An empirical assessment», in *Italian Law Journal*, 2 (1): 15-31.
- CLIFFORD, W.K., 1947: «The ethics of belief» (1877), in *The ethics of belief and other essays* (eds. Stephen, L., & Pollock, F). London: Watts & Co., 70-96.
- Federal Judicial Center, 1994: *Reference manual on scientific evidence*. Washington, D.C.
- 2000: *Reference manual on scientific evidence*. Washington, D.C.
- 2011: *Reference manual on scientific evidence*. Washington, D.C.
- FRIEDMAN, L. M., 2010: «Expert testimony, its abuse and reformation», in *Yale Law Journal*, 19 (4): 247-257.

<sup>37</sup> One reason, I suspect, why the Florida Supreme Court initially declined to endorse the legislature’s shift to *Daubert*. See HAL, 2016 (reporting the former head of the Florida Bar Association as saying that the shift to *Daubert* was taking up far too much of judges’ time); and *DeLisle v. Crane Co.*, 258 So.3d 1219, 1233 (Fla. 2018) (Pariente, J., concurring), making the same point.

<sup>38</sup> I think here of the troubles of the Italian Civil Justice System: notoriously slow, and made even slower by some attempts at reform. See e.g., CAPON, 2016.

<sup>39</sup> My thanks to Mark Migotti for helpful comments on a draft, and to Nicholas Mignanelli and Bianca Anderson for help with footnotes, references, and formatting.

- HAACK, S., 2005: «Trial and error: The Supreme Court's philosophy of science», in *American Journal of Public Health*, 95 (Supplement 1): S66-73. Reprinted as «Trial and error: Two confusions in *Daubert*» in HAACK, 2014a: 104-21.
- 2007: «Peer review and publication: Lessons for lawyers», in *Stetson Law Review*, 36 (3): 789-819. Reprinted in HAACK, 2014a: 156-79.
- 2008: «What's wrong with litigation-driven science? An essay in legal epistemology», in *Seton Hall Law Review*, 38 (3): 1053-83. Reprinted as «What's wrong with litigation-driven science? » in HAACK, 2014a: 180-207.
- 2010: «Federal philosophy of science: A deconstruction—and a reconstruction», in *NYU Journal of Law and Liberty*, 5 (2): 394-435. Reprinted in HAACK, 2014a: 122-55.
- 2014a: «Credulity and circumspection: Epistemological character and the ethics of belief», in *Proceedings of the American Catholic Philosophical Association*, 88: 27-47, available at [https://www.pdcnet.org/acpaprocc/content/acpaprocc\\_2015\\_0999\\_11\\_16\\_25](https://www.pdcnet.org/acpaprocc/content/acpaprocc_2015_0999_11_16_25).
- 2014b: «Correlation and causation: The “Bradford Hill Criteria” in epidemiological, legal, and epistemological perspective», in HAACK, 2014a: 239-63.
- 2014c: *Evidence matters: Science, truth, and proof in the law*. New York: Cambridge University Press.
- 2016: «Mind the analytical gap! Tracing a fault line in *Daubert*», in *Wayne Law Review*, 61 (3): 653-90.
- 2018: «In the epistemological spotlight: Epidemiological evidence in toxic torts», in *Memoria XV Congreso Panameño de Derecho Procesal*: 361-78.
- HAL, N., 2016, September 1: «Fla. high court weighs changes to expert witness standard», in *Law360*: <https://www.law360.com/articles/790136/fla-high-court-weighs-changes-to-expert-witness-standard>.
- HAUG, C., 2015, December 17: «Peer-Review fraud—hacking the scientific publication process», in *New England Journal of Medicine*, 373 (25): 2393-95.
- HENNECKENS, C. H., et al., 1996: «Self-Reported breast implants and connective tissue diseases in female health professionals: A retrospective cohort study», in *Journal of the American Medical Association*, 275 (8): 616–21.
- HILL, A.B., 1965: «The environment and disease: Association or causation? », in *Proceedings of the Royal Society of Medicine*, 58 (5): 295-300.
- HIMES, C. F., 1893, « The scientific expert in forensic procedure», in *Journal of the Franklin Institute*, 135 (6): 407-436.
- MCGINTY, J. C., 2018, May 5: «Shifting standards cloud autism's progress», in *Wall Street Journal*: <https://www.wsj.com/articles/on-autism-shifting-u-s-standards-cloud-the-number-of-cases-1525446011>.
- National Research Council, 2009: *Strengthening the forensic sciences in the United States*. Washington, D.C.: National Academic Press.
- WAKEFIELD, A., et al., 1998, February 19: «Ileal-lymphoid-nodular hyperplasia, non-specific colitis, and pervasive developmental disorder in children», in *The Lancet*, 351 (9103): 637-41.

## Cases and Statutes Cited

- 2013 Fla. Laws 107 (codified as Fla. Stat. § 90.702 (2018)).
- Barefoot v. Estelle, 463 U.S. 880 (1983).
- Berry v. City of Detroit, 25 F.3d 1342 (6th Cir. 1994).
- Blum v. Merrell Dow Pharm., Inc., 33 Phila. Cnty. Rep. 193 (1996).
- Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc., 509 U.S. 579 (1993).
- Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc., 43 F.3d 1311 (9th Cir. 1995).
- Delisle v. Crane Co., 258 So. 3d 1219 (2018).
- Ferguson v. Hubbell, 97 N.Y. 507, 514 (1884).
- Frye v. United States, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).
- Gen. Elec. Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997).
- In re: Amendments to the Florida Evidence Code, No.SC19-107 (Fla. May 23, 2019).

Kaminski v. State, 63 So.2d 339 (1952).  
Kumho Tire v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).  
Manko v. United States, 636 F. Supp. 1419 (W.D. Mo. 1986).  
N.Y. & Erie R.R. Co., 62 U.S. 88, 101 (1858).  
Ramirez v. State, 810 So. 2d 836 (Fla. 2001).  
United States v. Bonds, 12 F.3d 540 (6th Cir. 1993).

## TESTIGOS NO DISPONIBLES Y CONFRONTACIÓN: FUNDAMENTOS EPISTÉMICOS Y NO EPISTÉMICOS\*

Pablo Rovatti

Universidad de Buenos Aires

pablorovatti@hotmail.com

**RESUMEN:** El autor critica una tesis extendida en materia de derecho de confrontación, según la cual la falta de una oportunidad de interrogar a un testigo de cargo no disponible para el juicio vedaría la admisión de la declaración previa. Se analiza primero esa tesis desde una perspectiva instrumental-epistémica de la confrontación. Pero el aporte más significativo es el análisis de aquellas propuestas teóricas que defienden una regla rígida de inadmisión con base en razones no epistemológicamente dependientes. Por un lado, se examina si tiene sentido la idea de derechos procesales de intervención del acusado valiosos en sí mismos, no-instrumentales. Por el otro, se evalúa la capacidad de rendimiento de algunas de las posiciones más relevantes en esa línea, para concluir en que no alcanzan para justificar la tesis criticada.

**PALABRAS CLAVE:** derecho de confrontación; testigos no disponibles; sole or decisive rule; racionalidad epistemológica; derechos de intervención intrínsecamente valiosos.

## UNAVAILABLE WITNESSES AND CONFRONTATION: EPISTEMIC AND NON-EPISTEMIC FOUNDATIONS

**ABSTRACT:** The author criticizes an extended thesis on the right of confrontation, according to which the lack of an opportunity to cross-examine a prosecution witness unavailable for trial would pre-

---

\* Agradezco especialmente las críticas y sugerencias del profesor Arturo Bárcena Zubieta a los sucesivos borradores de este artículo. Asimismo, agradezco las observaciones y comentarios de los profesores Edgar Aguilera García y Jordi Ferrer Beltrán, que integraron con el profesor Bárcena Zubieta el jurado que evaluó una versión preliminar de este texto presentada como trabajo de culminación del Máster en Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona. El agradecimiento se extiende a dos dictaminadores/as anónimos/as y a mis colegas de la Universidad de Buenos Aires Alan Limardo, Pablo Larsen, Juan Lucas Finkelstein Nappi, Damián Radiminski y Agustín Varela, por sus atentas lecturas y comentarios críticos.

clude the admission of the prior statement. Epistemic arguments are analyzed in the first place, but the paper's central contribution deals with non-epistemic reasons underlying confrontation right. In this context, the paper advances reasons for being skeptical about free-standing evidential rights. Then, it develops an analysis about the ways in which confrontation has been theorized from a non-epistemic perspective. The author concludes that these theoretical proposals are not sufficiently compelling to support a strong confrontation right.

**KEYWORDS:** Right to test witness evidence; unavailable witnesses; sole or decisive rule; epistemic rationality; free-standing evidential rights.

**SUMARIO:** 1. Introducción.— 2. Para alcanzar la verdad: la confrontación como garantía de confiabilidad.— 3. Cuando la verdad no alcanza: argumentos no-instrumentales como clave de interpretación? 3.1. Presentación: dos preguntas para encarrilar el análisis. 3.2. La primera pregunta: pensar en un mundo de decisores infalibles. 3.3. La segunda pregunta: qué tipo de fundamentos y a dónde nos llevan (si es que nos llevan a algún lado).— 4. Palabras de cierre.

## 1. INTRODUCCIÓN

**1.1.** Hay consenso acerca de que la facultad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo es una garantía procesal que integra la noción de debido proceso<sup>1</sup>. Este derecho es parte integrante de los derechos procesales de intervención, que incluyen facultades de control de la evidencia, durante su práctica y con posterioridad, y se complementa con otras manifestaciones del derecho a la prueba, como las de proponer pruebas de refutación o pruebas de segundo orden, aportar todas las pruebas relevantes de las que se dispone y obtener una decisión racionalmente motivada sobre la *quaestio facti* (FERRER BELTRÁN, 2007:54-9, 87-90; TARUFFO, 1992:56-8).

El ejercicio de ese derecho tiene lugar, en principio, en el juicio o vista pública. Más allá de las peculiaridades de cada arreglo institucional, por una cuestión de simple necesidad, al juicio precede una fase de investigación o indagación, que servirá de base a la acusación. Al menos en el caso de los delitos de acción pública o perseguibles de oficio, la policía, y luego la fiscalía o el juzgado de instrucción, según el sistema de que se trate, entre otras actividades encaminadas a la averiguación de

---

<sup>1</sup> Así está reconocido, con fórmulas ligeramente distintas en los artículos 6(3)(d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en vigor desde 1953), 14(3)(e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) y 8(2)(f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978). La fórmula de la Sexta Enmienda de Constitución de los Estados Unidos de América (1791) es la siguiente: «*in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to be confronted with the witnesses against him*». Suele citarse como antecedente remoto el diálogo entre Festo y el rey Agripa sobre el trato debido al prisionero Pablo. Los sumos sacerdotes y ancianos judíos presentaban contra Pablo graves e insistentes acusaciones, y le pedían a Festo lo hiciera trasladar de Cesarea a Jerusalén, mientras preparaban una celada para matarlo en el camino. Más tarde, Festo expone al rey el caso, y recuerda: «A estos respondí que no es costumbre de los romanos entregar un hombre a la muerte antes de que tenga delante de sí a sus acusadores, y pueda defenderse de la acusación presentada en su contra» (Hechos de los Apóstoles, 25:16).

la verdad, reciben declaraciones a los testigos del hecho posiblemente criminal o de otros hechos vinculados. De esta actividad, más o menos formalizada, se deja algún tipo de registro: puede consignarse en un acta, grabarse en cinta de audio o filmarse y obtener un registro de audio y vídeo.

El caso es que incluso en las investigaciones más diligentes (y, por incontables factores, la mayoría no lo son tanto como desearíamos) el tiempo pasa entre la noticia de un hecho posiblemente delictivo y su enjuiciamiento. Sucede, en ciertas ocasiones, que un testigo declara ante la policía o ante la autoridad a cargo de la investigación, pero muere antes del juicio, o no está en condiciones psíquicas para declarar, o no es posible encontrarlo, o está demasiado atemorizado como para presentarse. A veces es posible prever alguno de estos factores e intentar remediarlo de antemano, otras veces no.

Sabedores de estas complicaciones, los códigos procesales de la tradición continental-europea y sus herederos latinoamericanos, del mismo modo que la regulación de la *hearsay rule* en el *common law*, contemplan, por lo general, una cláusula o set de cláusulas que especifican en qué casos y bajo qué condiciones cabría admitir la lectura o exhibición del registro de la declaración anterior cuando una testigo, por alguna razón atendible, no está disponible.

Aquí no acaba la cosa. Como el derecho de examinar, interrogar o confrontar a los testigos es uno de orden constitucional —una garantía procesal mínima, según los instrumentos de derechos humanos— una posición bastante extendida en la jurisprudencia y la doctrina sostiene vehementemente que la falta de una oportunidad de interrogar a la testigo de cargo no disponible veda la introducción por lectura o exhibición de la declaración previa. Tanto da que la testigo haya muerto repentina e inesperadamente, que los profesionales de la salud indiquen que su estado psíquico le impide volver a declarar o que se hayan hecho todos los esfuerzos razonablemente posibles para dar con una testigo que ha desaparecido. Si no hubo alguna oportunidad previa de confrontación, se dice, la declaración, por más confiable que parezca, no ingresa<sup>2</sup>. Otros han relativizado un poco esta afirmación, y se han preguntado además por el peso relativo de esa declaración en la fundamentación de la condena.

---

<sup>2</sup> A grandes rasgos, esa es la interpretación que ha hecho de la *Confrontation Clause* la Corte norteamericana, para el caso de *testimonial hearsay*, a partir de *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004). Otras altas cortes de justicia han seguido esa línea. Sirva como ejemplo —que debo al Prof. Arturo Bárcena Zubieta— el caso de la Sala Primera de la Suprema Corte mexicana (Amparo directo en revisión 243/2017, Acuerdo de 10 de enero de 2018) que declaró inconstitucional el art. 374, fracción II, inciso d), del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, «en la parte que prevé la incorporación a la audiencia oral, mediante lectura, de la declaraciones de testigos que consten en diligencias anteriores, cuando se ignore su residencia actual y, por ello, no haya sido posible solicitar su desahogo anticipado», con base en que vulnera los principios de contradicción e intermediación. Pareciera, no obstante, que esa misma Sala Primera dio marcha atrás en una sentencia dictada meses después (Amparo directo en revisión 2929/2018, Acuerdo de 28 de noviembre de 2018), en la que se analizó la constitucionalidad del art. 376 fracción IV de la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato, muy similar al citado artículo del CPP para el Estado de México. En ese fallo se reproduce de modo algo confuso la *sole or decisive rule* europea.

Si la declaración es la prueba única o si ha sido decisiva, habría una infracción al derecho en cuestión, en otro caso no<sup>3</sup>.

Pocos temas han despertado tanto debate<sup>4</sup> y es comprensible que así sea. Es mucho lo que está en juego en las discusiones sobre confrontación: si el caso de la fiscalía depende de la declaración de la testigo no disponible, la acusación fracasará, incluso cuando sea evidente que la admisión de ese elemento de prueba, en conjunto con otros, habría conducido a demostrar más allá de toda duda razonable<sup>5</sup> la culpabilidad del acusado.

En este trabajo intento explicar por qué esas interpretaciones del derecho de confrontación son insostenibles. Para ello, empiezo por la mirada dominante, que llamo *instrumental-epistémica*, para la cual el fundamento de la garantía está en dar a la defensa una herramienta que le permita testear la calidad de la información que introduce la testigo de cargo y, con ello, asegurar la *confiabilidad* de la evidencia.

<sup>3</sup> Puede rastrearse la historia de la *sole or decisive rule* europea a partir de: TEDH, *Doorson v. Países Bajos*, no. 20524/92, 26-mar-1996, esp. §76; *Lucà v. Italia*, no. 33354/96, 27-feb-2001, esp. §40-45, *Al-Khawaja y Tahery v. Reino Unido*, nos. 26766/05 y 22228/06, 20-ene-2009, esp. §36-37. Para un análisis crítico y riguroso de la vasta jurisprudencia de la Corte Europea hasta el primer *Al-Khawaja* (2009), consúltese [2009] UKSC 14, §63-105 y Anexos 2 y 3 a la sentencia. Antes había emprendido esa misma tarea la División Penal de la Corte de Apelaciones británica: [2009] EWCA Crim 964, §30-58.

<sup>4</sup> Sirva como prueba el hecho de que, en un período de apenas quince años: (i) la Corte norteamericana modificó sustancialmente su comprensión de la *Confrontation Clause*, abandonando la línea de *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980) e iniciando una nueva con *Crawford*; a este *leading case* le siguieron un buen número de precedentes que intentaron arrojar luz sobre la distinción *testimonial/non-testimonial* y otros aspectos sobre *hearsay* y confrontación: *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813 (2006); *Giles v. California*, 554 U.S. 353 (2008); *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305 (2009); *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344 (2011); *Bullcoming v. New Mexico*, 564 U.S. 647 (2011); *Ohio v. Clark*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015); (ii) la División Penal de la Corte de Apelaciones y la Suprema Corte del Reino Unido, después de que ese Estado fuera condenado por la Corte Europea en el primer *Al-Khawaja*, dictaron dos pronunciamientos históricos en *R. v. Horncastle*, donde explican y defienden la regulación de la *hearsay rule* en la *Criminal Justice Act* (CJA) 2003, revisan la jurisprudencia europea sobre el art. 6(3)(d) del Convenio y le sugieren al Tribunal de Estrasburgo nada menos que mejoras en la manera de interpretarlo; (iii) la Corte Europea, que venía perfilando a la *sole or decisive rule* como una regla aparentemente absoluta e inflexible [y abandonaba así una línea más tópica que incluía precedentes como *Asch v. Austria* (no. 12398/86, 26-abr-1991) y *Artner v. Austria* (no. 13161/87, 25-jun-1992)], reconsideró la cuestión en *Al-Khawaja y Tahery v. Reino Unido* (nos. 26766/05 y 22228/06, 15-dic-2011) y luego en *Schatschaschwili v. Alemania* (no. 9154/10, 15-dic-2015), dos decisiones fundacionales de la Gran Sala. Estas discusiones, como podía esperarse, repercutieron en otros muchos lugares del mundo. Además del caso mexicano, ya recordado, puede ponerse como ejemplo el argentino. La Corte Suprema de este país, cuya posición no es del todo clara y ha dado lugar a muchos debates, se pronunció en dos precedentes importantes: *Benítez* (2006) y *Gallo López* (2011), publicados en Fallos: 329:5556 y 334:725, respectivamente. La lista, desde luego, podría extenderse, pero un relevamiento exhaustivo de la jurisprudencia de esos y otros tribunales no está entre los objetivos de este trabajo. Por otro lado, ofrecer una referencia completa de los académicos que se han ocupado del asunto es una tarea impracticable.

<sup>5</sup> Uso, solo por comodidad, este estándar de prueba, sin entrar en la enorme discusión sobre sus virtudes y defectos, ni en el debate anexo acerca de si un estándar tal viene impuesto por la presunción de inocencia.

Aclaro que no voy a detenerme demasiado aquí por dos razones. Por un lado, si la confiabilidad es el norte de la confrontación, bastan algunos ejemplos significativos para demostrar que la regla de inadmisión es exageradamente sobreinclusiva. Lo ha demostrado ya la Corte británica en *Horncastle*<sup>6</sup> y, justamente a raíz de un diálogo fructífero con esta, la propia Corte Europea, aunque con alguna reserva, a partir de *Al-Khawaja*<sup>7</sup>. En lo que respecta a la academia, por otro lado, buena parte de los sostenedores de la tesis que aquí cuestiono admiten su derrota en la arena de los argumentos sobre la racionalidad epistemológica de la regla, pero —como veremos— añaden a renglón seguido que la confiabilidad no es el (único) objetivo o *raison d'être* de la confrontación.

Precisamente por esto, el aporte que considero más significativo consistirá en poner a prueba otras propuestas, en general teóricas más que jurisprudenciales, sobre los fundamentos del derecho y sobre sus alcances. Se trata de perspectivas que defienden la solución que critico, pero no lo hacen (o no lo hacen solamente) a través de una apelación a la racionalidad epistemológica de la regla. En cambio, apoyan la defensa de una *regla-Crawford* o de otra similar como la *sole or decisive rule* europea, en razones no-epistemológicamente-dependientes.

El análisis de tales propuestas se divide en tres apartados. En el primero, expongo algunas de ellas y presento los dos interrogantes que sirven para encarrilar la argumentación posterior. En el segundo, me ocupo de la pregunta acerca de si tiene realmente sentido la idea de derechos procesales de intervención del acusado *valiosos en sí mismos*, esto es, *no-instrumentales* a la evitación del riesgo de injusticia sustantiva. En el tercero, suspendo el juicio sobre esa pregunta más general, analizo algunas de las más frecuentes argumentaciones sobre los valores subyacentes a la confrontación y explico por qué, contrariamente a lo que afirman, no alcanzan para justificar la interpretación criticada en casos de testigos no disponibles.

Finalmente, formulo una serie de conclusiones a partir de los argumentos expuestos. La misión de este texto estará cumplida si logra, sino destruir, al menos hacer tambalear la estructura argumentativa donde buscan refugio los defensores de la tesis que critico. Por razones de extensión, deberé dejar para otra oportunidad, en cambio, la presentación acabada de una propuesta propia de interpretación del derecho de confrontación, que permita resolver razonablemente los casos de testigos ausentes o no disponibles y que tenga en consideración el mecanismo procesal conocido como *anticipo de prueba*, que muchas legislaciones prevén.

**1.2. Algunas aclaraciones preliminares.** En primer lugar, como se habrá advertido ya, en el trabajo me refiero a ciertos precedentes de la Corte Europea, de la Suprema Corte británica y de la Suprema Corte norteamericana. Las mismas razones de ex-

<sup>6</sup> [2009] UKSC 14, §91. Véase, asimismo: [2009] EWCA Crim 964, §61-64.

<sup>7</sup> TEDH (GS), *Al-Khawaja y Tabery*, §129-147. Un análisis muy agudo del diálogo entre la Corte Europea y la británica es el de REDMAYNE (2012).

tensión me impiden presentar, siquiera resumidamente, la evolución y aspectos más salientes de esa jurisprudencia, lo que me obliga a asumir que son conocidos<sup>8</sup>.

En segundo lugar, en el texto utilizo indistintamente las expresiones de derecho de «confrontación», derecho a «examinar» a los testigos «de cargo», de «interrogarlos» o de «contrainterrogarlos». No es que el texto de las cláusulas me parezca irrelevante o que, a todo evento, las expresiones sean intercambiables. Desde luego no lo es, y hay buenos análisis que lo explican cuando es necesario. La Constitución norteamericana, por caso, pone énfasis en el derecho a ser confrontado con los testigos de cargo y así se explica un énfasis marcado en la idea de enfrentamiento cara a cara, pero la redacción de la cláusula puede dar lugar también a pensar que la *cross-examination*, venerada en *Crawford*, no era aquello en lo que estaban pensando los Padres Fundadores, pues el derecho, como quedó redactado, es uno pasivo a ser confrontado, y no uno activo de confrontar (MADDEN, 2012:409-412).

Los instrumentos de derechos humanos no usan esa misma expresión —la de la «confrontación»— y esto sugiere que el enfrentamiento *cara a cara* del acusado con el testigo no tiene el mismo peso, aunque no quiere decir que no tenga ninguno (DÍAZ CANTÓN, 2009:233-243). Más importante aún, el de «interrogar» a los testigos no es, ni puede ser, necesariamente equivalente a una oportunidad de «contra-examinar» o «contra-interrogar», si usamos estos términos estrictamente, sencillamente porque hay variadas maneras de preguntar y no en todas las tradiciones jurídicas esto se hace mediante el instrumento o técnica adversarial de la *cross-examination* (JACKSON y SUMMERS, 2012:335; SCHAUER, 2009:211-214)<sup>9</sup>.

En esta misma línea, «hacer interrogar» no es idéntico a simplemente «interrogar», y la coexistencia de ambas fórmulas en los instrumentos de derechos humanos parece consciente de que no en todos los sistemas los abogados conducen los interrogatorios; en algunos lo hace el presidente del tribunal y, en todo caso, las partes formulan preguntas a través suyo o con su aprobación previa (TRECHSEL, 2005:311).

Por último, en el art. 8(2)(f) de la Convención Americana el derecho de interrogar está referido los testigos «presentes en el tribunal», lo que podría querer decir que el instrumento hizo explícita la posibilidad de que los testigos no pudieran estar presentes para la etapa del juicio, o interpretarse como un

<sup>8</sup> El lector no del todo familiarizado con el tema encontrará buenos análisis y referencias en: TRECHSEL (2005:291-326); JACKSON y SUMMERS (2012:325-366); MIRANDA ESTRAMPES (2018:299-366); GARCÍA (2002), SANCINETTI (2002:831-892); TOMKOVICZ (2011:325-400); MADDEN (2012:397-409); NANZER (2008:347-358); DENNIS (2010); O'BRIAN (2005 y 2011); REDMAYNE (2010 y 2012); CHOO (2013); DE WILDE (2013).

<sup>9</sup> Más ampliamente sobre la *cross-examination*: TARUFFO (2009:179-84) y CAROFIGLIO (2007).

sustituto neutro para la expresión «testigos de cargo»<sup>10</sup>, o simplemente como una limitación del ámbito de operatividad de la garantía a la etapa de juicio (en este último sentido, TRECHSEL, 2005:291).

En suma, el análisis del texto no es para nada despreciable, especialmente cuando se conocen los antecedentes y se documentaron las discusiones que condujeron a optar por uno en lugar de otro. Sin embargo, a los fines que aquí me propongo, esas sutilezas de la interpretación literal no son de mucha ayuda.

En tercer lugar, voy a referirme de modo general a testigos *no disponibles* o *ausentes* o a la *indisponibilidad (unavailability)* de un testigo, sin especificar en la mayor parte de los casos si esa ausencia en el juicio obedece a que la persona ha muerto, no se la encuentra, no está en condiciones de declarar u otras. El objetivo de este trabajo no es discutir cuando hay *buenas razones* o *motivos atendibles* para considerar que, efectivamente, un testigo no está disponible. En ciertos casos esto no genera dudas, como cuando ha muerto repentina e imprevisiblemente. En otros, habrá espacio para la discusión<sup>11</sup>. Mi análisis se ubica, salvo que haga explícito lo contrario, en un momento posterior al de esa pregunta inicial y presupone una respuesta afirmativa a tal interrogante.

Por último, el trabajo se limita a los casos de testigos ausentes. No analizo aquí los casos de testigos anónimos o de identidad reservada, aunque estos han dado lugar a una rica jurisprudencia enfocada también en el derecho a la confrontación.

## 2. PARA ALCANZAR LA VERDAD: LA CONFRONTACIÓN COMO GARANTÍA DE CONFIABILIDAD

**2.1.** Se considera por lo general que el principal, o uno de los principales<sup>12</sup> objetivos del derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo es el de permitir al acusado controlar la confiabilidad de la información que estos introducen o sembrar dudas sobre su credibilidad. De este modo, la posibilidad de confrontación es un instrumento que se pone en manos de la persona expuesta a las consecuencias

<sup>10</sup> Lo que podría defenderse bajo esta lógica: la prueba admitida ante el tribunal es común, no *pertenece* a la parte que la ofreció (no se puede renunciar o desistir unilateralmente); además, no hay testigos *en contra* o *a favor* del acusado; a los testigos se les pide una identificación con la verdad y no con alguna de las partes. Sobre la idea contraria de «polarización de los medios de prueba» propia de un sistema adversarial, DAMAŠKA (1997:85-7, 104); sobre la idea de comunidad probatoria, MAIER (1989:876-7).

<sup>11</sup> Cabe debatir, por ejemplo, si el Estado ha hecho todos los esfuerzos que cabía razonablemente exigir para dar con un testigo clave de paradero desconocido; o si basta un temor general, no fundado en acciones concretas del acusado o personas asociadas a él para que el testigo no concurra a declarar o, en cambio, deben tomarse medidas alternativas que comprometan en menor medida la posibilidad de confrontación; entre otras cuestiones de la misma índole que merecerían un tratamiento separado.

<sup>12</sup> De los objetivos no instrumentales de la confrontación, que ciertas propuestas teóricas reconocen, me ocupo en el tercer apartado.

de una decisión potencialmente equivocada, en la asunción de que su empleo puede contribuir a evitar el error de las personas que juzgan<sup>13</sup>.

En esto se piensa cuando se sostiene que se trata de un derecho que provee a la defensa de medios para testear la fiabilidad de la evidencia y, de este modo, promover la rectitud del veredicto, evitando posibles casos de injusticia sustantiva (DE WILDE, 2013:157; al menos parcialmente, TRECHSEL, 2005:292-3). La garantía emerge de la desconfianza hacia los interrogatorios tomados unilateralmente y por ello aliena la práctica contradictoria de la prueba, el examen y contra-examen, actividad a partir de la cual el acusado no sólo tiene una oportunidad de exponer la mentira y desafiar la memoria del testigo, sino también de forzarlo a declarar frente al jurado (o tribunal), de modo que sus miembros puedan observar su comportamiento durante el interrogatorio y juzgar así si es digno de confianza<sup>14</sup>.

El derecho de confrontación le provee al acusado la facultad de requerir que aquellos que brindan evidencia de cargo lo hagan en su presencia y en presencia del llamado a decidir (FRIEDMAN, 1998a:1011), que lo hagan bajo juramento de decir verdad y que se sometan al contra-interrogatorio de la defensa (TOMKOVICZ, 2011:359-60). Un testigo que debe enfrentar la mirada del acusado y pronunciarse bajo juramento probablemente sea más cuidadoso, preciso y veraz, mientras que a través del contra-interrogatorio el acusado podrá poner de relieve donde están los agujeros en la historia, e invitar al testigo a complementar, aclarar o revisar esa historia, de modo que el decisor y el público puedan oír *toda* la verdad (AMAR, 1996:688-690).

Los análisis estándar de la *hearsay rule*, emparentada y al menos parcialmente superpuesta con el derecho de confrontación<sup>15</sup>, son claros a este respecto: juramento

<sup>13</sup> Como este derecho, otros muchos sirven a los fines epistémicos del proceso. Además del derecho a confrontar a los testigos de cargo, LAUDAN (2006:298) ejemplifica con el derecho a contar con un abogado, a conocer la información exculpatoria en poder de la acusación, a saber en qué consisten los cargos, a presentar testigos y otras pruebas, a ser juzgado en audiencia pública, a impugnar la decisión.

<sup>14</sup> Así explicado ya en *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237, 242-3 (1895). *Mattox* es generalmente considerado el primer precedente significativo de la Corte norteamericana sobre la relación entre cláusula de confrontación y regla *hearsay*. Ante de ese precedente, la Corte se había pronunciado en *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878). Véase, con mayor detalle, TOMKOVICZ, 2011:329-331.

<sup>15</sup> En *Crawford* la Corte norteamericana enfatiza la diferencia a partir de una mirada histórica de la cláusula de confrontación, que conduce a la afirmación de que la garantía no resulta aplicable a los casos de *non-testimonial hearsay*, que quedan así librados a la regulación no constitucional de las *Federal Rules of Evidence* (FRE) o del derecho probatorio estadual. Es notable la influencia de FRIEDMAN (1998a y b) en *Crawford*, como señala REDMAYNE (2010:13). No se hace un distingo semejante, en cambio, en la jurisprudencia previa (TOMKOVICZ, 2011:329-354). Tampoco la Corte británica diferencia en *Horncastle* entre subcategorías de *hearsay* según caigan o no bajo el alcance del art. 6(3)(d) del Convenio Europeo. De todos modos, hay algunas diferencias obvias entre confrontación y *hearsay*: la *hearsay rule* se aplica parejamente a la evidencia propuesta por la acusación y la defensa, mientras que el derecho de confrontación protege solo al acusado; la *hearsay rule* se aplica en general también en casos donde la persona que brinda una declaración *hearsay* está presente en el debate, mientras que esto difícilmente plantee un caso constitucional de confrontación; por último, como en *Crawford*, suele considerarse que el derecho de confrontación alcanza a los testimonios brindados o recibidos con el fin de ser empleados contra una persona en un proceso legal, mientras que la regla *hearsay* no se limita a esos casos (O'BRIAN,

de decir verdad, posibilidad del juzgador de apreciar el comportamiento del testigo y *cross-examination* son los componentes de la tríada, cuya ausencia, en conjunto con otros factores de organización institucional<sup>16</sup>, explican esa regla prototípica del derecho probatorio del *common law*, incluso en las elaboraciones más sofisticadas sobre sus fundamentos o principios subyacentes (STEIN, 2005:189-196; HO, 2008:231-283).

En la tradición continental-europea, que no conoce de una *hearsay rule* ni —más generalmente— de reglas de exclusión intrínsecas (DAMAŠKA, 1997:30-3; FERRER BELTRÁN, 2007:44-5, 85-6), el asunto de la confrontación se entronca con la preferencia por la inmediatez, oralidad y contradicción en la práctica de la prueba (NANZER, 2008:359-61; GUARIGLIA, 2005:26-8; ALCÁCER GUIRAO, 2013:3, 13)<sup>17</sup> que se interpretan, en conjunto, como un buen medio para la averiguación de la verdad, siempre que se lo use adecuadamente (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009:58-64).

FERRUA (1992:248-54) señala que, aunque los procedimientos por los cuales se articula «el contradictorio» no pueden definirse a priori, hay dos aspectos centrales de la garantía. Por un lado, «el derecho de las partes de buscar, desde sus opuestas perspectivas, las fuentes de prueba», lo que requiere tanto de un acto informativo de la imputación en determinado momento de la investigación, como del reconocimiento del tiempo y los medios adecuados para ese fin. Por el otro, en lo que aquí interesa especialmente, «la intervención de las partes en la formación de las pruebas», que varía según el tipo de que se trate, pero que «adquiere su nivel más alto» en el testimonio, pues allí «la prueba se forma directamente por obra de las partes». En este punto, FERRUA destaca el valor del examen cruzado, que «antes de ser un derecho individual», «es una técnica de reconstrucción de los hechos», un instrumento útil para obtener «la máxima contribución probatoria de los testigos y de los imputados, corriendo el menor riesgo posible de declaraciones falsas», y cuyo presupuesto epistemológico «es que la verdad se puede manifestar, independientemente de la voluntad de las partes, precisamente en la conflictividad generada por las opuestas perspectivas, en el choque dialéctico y ritual entre los antagonistas durante la formación de la prueba oral»<sup>18</sup>.

---

2011:93-94; REDMAYNE, 2010:3-6, donde destaca la importancia de la diferencia para apreciar en sus justos términos el valor de algunos de los argumentos y ejemplos de la Corte británica en *Horncastle*).

<sup>16</sup> DAMAŠKA, 1997:31-3, 41-115. Su lúcida explicación multifocal considera, entre otros factores, los siguientes: jueces legos, veredictos crípticos, tribunales de primera instancia divididos o bifurcados, procedimientos concentrados, preferencia histórica por *fresh evidence*, y varias derivaciones del sistema adversarial (polarización de los medios de prueba, impronta adversarial en la carga de aportar pruebas, la identificación de los testigos con las partes y las técnicas de *coaching*, etc.).

<sup>17</sup> De modo más general: FERRER BELTRÁN (2007:87-90) y UBERTIS (2015:56-9).

<sup>18</sup> El autor brinda las razones que apoyarían la «superioridad de esa técnica» sobre otros modos de interrogar, y esas razones también están en línea con la desconfianza hacia los interrogatorios unilaterales y la necesidad evitar posibles casos de injusticia sustantiva. En primer lugar, el acto de interrogar «nunca es plenamente neutral» y puede requerir una relación de contraposición con el interrogado a fin de lograr su eficacia, de modo que deberían ser las partes quienes formulan las preguntas, lo que permitiría a quien juzga mantener «una distancia y una lucidez que nunca podría haber tenido si a la vez hubiera sido el protagonista». En segundo lugar, la «consciencia acerca de los amplios márgenes de falta

En la misma línea, GUZMÁN (2006:147-57) recoge la distinción difundida entre los procesalistas italianos entre contradictorio *para* la formación de la prueba y contradictorio *sobre* la prueba ya producida, y considera al «principio de contradicción» como «una protección del imputado contra el ejercicio arbitrario del poder» y como un «método de búsqueda de la verdad» o un «modelo epistemológico que indudablemente coadyuva al conocimiento de la verdad».

**2.2.** De acuerdo con lo anterior, el derecho de interrogar a los testigos de cargo es uno eminentemente instrumental: la rectitud de la decisión es el objetivo final y, con ello, la evitación del riesgo de injusticia sustantiva. Si ese es el fin, estimo que una regla rígida de exclusión, inadmisión o prohibición de valoración<sup>19</sup> en los casos de testigos no disponibles resulta un instrumento verdaderamente torpe para alcanzarlo, lo que es equivalente a señalar su *irracionalidad* epistemológica.

Para ir directo al punto, la defensa de una regla inflexible de inadmisión requiere asumir que no hay otro modo de saber si la información contenida en una declaración es o no confiable más que el interrogatorio o examen cruzado del testigo practicado por la defensa. Esto es incorrecto por varias razones. Para empezar, porque implicaría afirmar que si la defensa, aun teniendo oportunidad en el debate, decide no interrogar al testigo clave de la fiscalía, esto hará de su declaración una no confiable. Pero nadie descarta la información provista por un testigo solo porque la contraparte decida no contra-examinar<sup>20</sup>. Desde esta perspectiva, admitir la potencial debilidad

---

de credibilidad que, sin las adecuadas cautelas, presenta la prueba testimonial» pone al contraexamen en un lugar de preeminencia para «enfrentar el problema del error», por exhibir mayor aptitud que la técnica de la narración interrumpida para poner al descubierto falsedades, omisiones, interpretaciones alternativas, imprecisiones, etc., en la declaración de un testigo.

<sup>19</sup> Uso indistintamente estas expresiones, en tanto la distinción entre casos de *exclusión* y de *prohibición de valoración* podría considerarse, a nuestros efectos, como una puramente semántica. El resultado sería siempre la no-valoración del medio de prueba por el juzgador, como explica GUARIGLIA (2005:19-21), aunque refiriéndose a los casos de prueba ilícitamente obtenida. Gracias a la observación de una de las personas revisoras de este trabajo, aclaro, no obstante, que la discusión sobre la admisibilidad de un elemento de juicio precede a la de su valoración y, por tanto, no hay que confundir los problemas que se presentan en los distintos momentos de la actividad probatoria (FERRER BELTRÁN, 2007:41-49).

<sup>20</sup> Esto no quiere decir, como a veces se afirma, que con esto quede demostrado que la confiabilidad de la evidencia no sea el único y ni siquiera el principal objetivo del derecho a la confrontación u otros derechos de intervención del acusado en el proceso (JACKSON y SUMMERS, 2012:362-6; DUFF et. al, 2007:97-102). Al menos a primera vista, este tipo de señalamientos me parece más bien un juego de palabras. Creo que cuando se sostiene una mirada *instrumental* de tales derechos y se afirma que el objetivo último de la confrontación es la confiabilidad, nadie quiere decir con ello que el ejercicio efectivo de la *cross-examination* haga por sí mismo confiable toda declaración, ni que la ausencia de su práctica la torne *necesariamente* poco confiable o insegura. Lo que sí se quiere decir, en cambio, es que conviene darle al principal interesado (quien soportaría las consecuencias de una condena errónea) la posibilidad de detectar y poner de relieve errores, inconsistencias, dudas, etc. Se trata de una herramienta, entre otras varias dentro de los derechos procesales y probatorios de la defensa, *idónea para alertar al decisor de la ausencia de confiabilidad* de la información provista por un testigo. Que la defensa no la use, ciertamente no hace *por esa sola razón* confiable a la información, aunque pueda ser algo a tener en cuenta (la defensa no tiene líneas de contra-examen, el testimonio no perjudica su caso, etc.), al menos si asumimos que la defensa se ha preparado bien. De modo inverso, que la defensa *no pueda* usarla en

de la evidencia, derivada de la pérdida de una herramienta útil para testearla, no es todavía un argumento suficiente para excluirla. Como se ha dicho de modo gráfico, excluir una prueba sólo con base en que no podría evaluársela del mismo modo que si hubiera sido expuesta a la *cross-examination* tiene tan poco sentido como la conducta de una persona hambrienta que rechaza un plato de comida solo porque no es tan nutritivo como podría ser (HO, 2008:237)<sup>21</sup>. Cuando no hay más remedio que acudir a una declaración previa porque la testigo no está disponible, un fuerte argumento de sentido común nos indica que algo es mejor que nada, y que no hay necesidad de andar a ciegas sólo porque la luminosidad no es perfecta (PARK y SAKS, 2006:976-7).

En segundo término, aunque la imposibilidad de examinar a una testigo de cargo pueda poner al acusado en una posición desaventajada, es indudable que hay vías alternativas al interrogatorio o *cross-examination* que la defensa puede emplear para sembrar dudas sobre la historia contada por una testigo a la que no pudo interrogar. El ejercicio del *contradictorio* no acaba con la posibilidad de contraexaminar, pues incluye otras variadas facultades de intervención en el proceso para llamar la atención sobre las debilidades de un cierto elemento de prueba o, más ampliamente, de la hipótesis de la acusación (FERRUA, 1992: 250-251; GUZMÁN, 2006:147-72; FERRER BELTRÁN, 2007:86-90).

Además, la aclamada efectividad de la *cross-examination*, en aquellos lugares del mundo donde no sólo se la menciona sino también se la practica, en general depende, en opinión de sus defensores, de que el interrogador conozca la respuesta a la pregunta. Fórmulas como «no haga preguntas centrales cuya respuesta no conoce» o «no haga la pregunta de más» (aquella cuya respuesta puede ser una razonable aclaración de la testigo, por ejemplo) suelen ser lemas elementales del «buen contra-examinador» (CAROFIGLIO, 2007:29-30; 79-80). El conocimiento sobre las respuestas posibles de la testigo se obtiene a través de sus declaraciones previas, de declaraciones anteriores de otras personas, de inferencias que puedan extraerse del resto de la evidencia o de la tarea de investigación que pudiese haber emprendido la defensa. Si el ejercicio de esa técnica de interrogatorio es idóneo en un caso concreto para sembrar dudas sobre credibilidad del testigo, la precisión de la información que vierte, la existencia de lagunas en el relato o de interpretaciones distintas, etc., ha de ser, entonces, gracias al conocimiento en que se basan las preguntas. Esto quiere decir que hay vías

---

caso de testigos no disponibles, debe llamar la atención de un decisor responsable, pero esto no es en absoluto equivalente a afirmar que esa información no controlada *de esa manera* (a través del examen cruzado) sea per se insegura y deba ser descartada.

<sup>21</sup> Aunque hay que aclarar que esta y otras referencias críticas de Ho le sirven como punto de partida para buscar, desde una mirada o perspectiva interna (la del decisor), otros argumentos en defensa de la *bearsay rule*. Véase: HO, 2008:232-283. AMAYA (2009:16-7 y 39-46), discute que los argumentos de Ho sirvan, en verdad, para fundar una regla de exclusión y explica por qué la idea de responsabilidad epistémica del juzgador como agente moral conduce, más que a privarlo de evidencia relevante (a veces crucial), a utilizar instrucciones que guíen a los jurados en sus deliberaciones, o a pedir que el juzgador explique las razones de su decisión.

alternativas para presentar ante las personas llamadas a decidir la información que ha permitido diseñar las líneas de conainterrogatorio cuyas respuestas se conocían de antemano<sup>22</sup>.

Por último, en la mayoría de los procesos la información resultante de la declaración previa se pone en relación con una serie de elementos de juicio. Así como existen casos donde la confiabilidad del relato puede ser puesta seriamente en duda, hay muchos otros donde se puede justificar racionalmente por qué la información es perfectamente confiable, con independencia de la falta de oportunidad de interrogar a uno o más testigos de cargo. Aunque volveré sobre esto último luego, basta con decir ahora que los casos más claros son aquellos donde la declaración previa del testigo no disponible está corroborada por varios elementos de prueba independientes entre sí, que no obstante requieren de esa declaración como elemento aglutinante que les da sentido.

Estos dos últimos puntos, cabe añadir, tienen cabida en la jurisprudencia actual de la Corte Europea dentro de lo que se ha denominado medidas de *contrapeso* o *contrabalanceo*, que remiten al análisis del modo en que el juzgador se ha aproximado a la valoración de la declaración previa del testigo ausente, de la disponibilidad y fuerza probatoria de otra evidencia de cargo y de la existencia e idoneidad de medidas procesales que hubieran sido adoptadas para compensar la falta de una oportunidad de interrogar a uno o más testigos en el juicio<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Desde luego que puede ser más espectacular que el propio testigo, frente al auditorio expectante, se entregue a contradicciones o divagues, admita que ahora tiene dudas sobre lo que dijo o lo que vio, o lisa y llanamente confiese que ha mentado, como cuando Coronel Mayor Nathan R. Jessep (Jack Nicholson) sucumbe ante el conainterrogatorio agresivo de Daniel Kaffee (Tom Cruise) en *Cuestión de Honor (A Few Good Men)*, y acaba por admitir sin más que había ordenado el *Código rojo* («*Did you order de Code Red? - I did the job... - Did you order de Code Red? - You're goddamn right I did!*»). Esa mayor eficacia persuasiva, no obstante, no desmiente que existan y puedan ser empleadas por la defensa vías alternativas a la *cross-examination*, como la posibilidad de ofrecer prueba de refutación, presentar evidencia en la que se basarían las líneas de contraexamen, o argumentar sobre la prueba y el nivel de suficiencia en el alegato de cierre. En la regulación de la CJA 2003, en *Horncastle* de la Corte británica y, con alguna reserva, en *Al-Khawaja y Tahery* de la Gran Sala de la Corte Europea, lo que está de fondo es, precisamente, la admisión de que hay variados instrumentos de los que la defensa puede echar mano para evitar el riesgo de injusticia sustantiva, si es que realmente tiene algo para decir.

He ampliado en buena medida estas ideas sobre la existencia de alternativas a la *cross-examination* gracias a las observaciones del profesor Aguilera García, que me hicieron notar esa posibilidad en busca de darle al texto mayor claridad.

<sup>23</sup> Entre tales medidas, se considera si la aproximación del tribunal a la evidencia no testeada ha sido cuidadosa y demuestra que se ha tenido en cuenta la potencial debilidad de la declaración; la existencia de instrucciones en tal sentido al jurado; la motivación detallada del fallo sobre la confiabilidad de la declaración del testigo ausente; la existencia e importancia de otras pruebas que la defensa sí ha podido desafiar en el juicio y, especialmente, de prueba de corroboración; el modo en que ha sido registrada la declaración previa (por ejemplo, si lo ha sido en audio y video); si se ha dado al acusado y su defensa la oportunidad de exponer su propia versión de los hechos y de poner en duda la credibilidad del testigo ausente, señalando cualquier incoherencia o contradicción con las declaraciones de otros testigos; la posibilidad (cuando la identidad del testigo es conocida por la defensa) de que se adopten medidas de investigación destinadas a evaluar si el testigo puede tener ningún motivo para mentir o si

**2.3.** Al menos en alguna medida lo brevemente expuesto explica que actualmente la *rule against hearsay*, en tanto regla de exclusión de prueba relevante, esté plagada de excepciones, o directamente retroceda y ceda lugar a regulaciones más flexibles (Ho, 2008:254-6). Detrás de todo esto está, como telón de fondo, la imperecedera discusión entre benthamianos y no-benthamianos acerca de las reglas probatorias intrínsecas, pero no hace falta ir tan lejos. Aquí alcanza con poner de relieve que la evolución de la *hearsay rule* en el *common law*, hoy mayormente codificada, ha sido relativamente coherente con los fundamentos señalados arriba. Precisamente por eso se contempla como excepción a la regla de inadmisión, entre otras muchas, el caso de los testigos no disponibles, sea que esto se funde sólo en razones de necesidad, sea que se incorpore complementariamente una evaluación de confiabilidad<sup>24</sup>.

Por su parte, la tradición continental europea expresa, desde la reforma ilustrada y su simpatía hacia las instituciones inglesas, una preferencia por la producción de la prueba, sin intermediarios, ante el órgano decisor (el llamado principio de inmediación), pero nunca ha querido vedar la incorporación de declaraciones previas en casos donde hay buenos motivos para excepcionar el principio general<sup>25</sup>. Por otro lado, si bien el problema de la incorporación por lectura es equivalente, en buena medida, al de la admisibilidad de *testimonial hearsay*, no hay —en cambio— nada parecido a una regla general de inadmisión de *non-testimonial hearsay*, en el sentido de excluir la información que una testigo pueda brindar en juicio acerca de lo que dijo o implicó otra persona, para probar que esa aserción es verdadera. Sin embargo, creer que por ello los tribunales franceses, alemanes o españoles valoran la prueba de «segunda mano» sin considerar el riesgo de error sustantivo es simplemente infundado. La idea de reglas intrínsecas de exclusión es ajena a la tradición de *civil law*, por numerosas razones, pero, desde luego, no lo es la cautela en el tratamiento de la evidencia posiblemente débil (DAMAŠKA, 1992:444-58; DELMAS-MARTY y SPENCER et. al., 1995:618-9; HO, 2008:255; JACKSON y SUMMERS, 2012:332).

---

pudo haberse equivocado, etc. Véase: TEDH, GS, *Al-Khawaja and Tahery*, §147-165; *Schatschaschwili*, §107, 114-6, 125-31 y 145-60.

<sup>24</sup> Véanse, a modo de ejemplo: FRE, Reglas 804 y 807; CJA 2003, Parte 11, Capítulo 2, Secciones 114, 116, 121 y 124-126. En *Al-Khawaja y Tahery* (§42-87), además de reseñar la CJA 2003 y la jurisprudencia inglesa, la Gran Sala de la Corte Europea presenta breves pero útiles referencias de derecho comparado sobre Escocia, Irlanda, Australia, Canadá, Hong Kong, Nueva Zelanda, Sudáfrica y Estados Unidos de América. Antes, en *R. v Horncastle*, la Suprema Corte británica había analizado comparativamente otras jurisdicciones de *common law*: [2009] UKSC 14, §41 y Anexo I, preparado por Lord Mance.

<sup>25</sup> Sirvan como ejemplo: StPO §250, §251; LECrim, arts. 448, 449, 657, 730, 777, 781.1, 784.2 y 797; CPP Colombia, arts. 15-16, 284, 378-9, 381, 391, 437-438, 441 [véase también: CSJ SP 606-2017, 25-ene-2017, Rad. 44950]; CPPN Argentina, arts. 200 y 391. Para buenas referencias a la legislación y jurisprudencia alemana, francesa, inglesa, española, holandesa, canadiense, entre otras, pueden consultarse: MAFFEI (2006); JACKSON y SUMMERS (2012:332-4); HO (2008:254-259); CHOO (2013); VOGLER y HUBER et. al. (2008: 144-6, 243-4, 291, 318-9, 397, 409-11, 435-8, 456-7); YOUNGS (1998:199-211); DELMAS-MARTY y SPENCER et. al. (1995:616-20); ROXIN (1979:393-403); VOLK (1999:345-358); PRADEL (1976:771-779); MUERZA ESPARZA (2016).

2.4. Con estas bases, podemos analizar con algo más de detalle si reglas como la establecida por la Corte norteamericana en *Crawford* o la *sole or decisive rule* europea en su versión pre-*Al-Khawaja* son coherentes con los fundamentos del derecho de confrontación sintetizados arriba<sup>26</sup>.

De un lado, una *regla-Crawford* conduce a la inadmisión de todo *testimonial hearsay* si no hubo oportunidad previa de confrontación, sin importar el motivo por el cual el testigo no está disponible para el debate y sin importar cuán confiable resulte esa evidencia, considerada en sí misma, o a la luz del resto de los elementos de juicio que se ofrecen. Puede considerársela una regla rígida de inadmisión, de carácter atomista (JACKSON, 2018:8). La excepción es el caso de *forfeiture by wrongdoing* y probablemente el caso de *dying declarations*. En teoría, al menos, la distinción clave es *testimonial/non-testimonial hearsay* y los alcances de la excepción de pérdida del derecho, pero —aunque se la quiera desplazar de la escena— la cuestión de la *confiabilidad* emerge, disfrazada de *ongoing emergency* si es necesario, como supo notar (y lamentar) el propio redactor de *Crawford*, el juez Scalia, apenas unos años más tarde en *Bryant* (EPSTEIN, 2009:441-2; MADDEN, 2012:406-7, 414-7).<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Con esto no asumo que, de hecho, la *confiabilidad* haya sido reconocida como el norte de la confrontación en *Crawford*, o en la jurisprudencia de la Corte Europea. En este último caso, de todos modos, ello podría afirmarse sin demasiado riesgo de error. Un análisis de racionalidad teleológica en *Crawford* es bastante más difícil, porque la Corte apela a los antecedentes históricos como clave de interpretación *originalista* y, de ese modo, no reconoce más excepciones que las que existían al tiempo de la puesta en vigor de la cláusula constitucional. Puede decirse, siguiendo la frase que PARK (2007:467) atribuye a TILLERS (y que REDMAYNE, 2010:3 y 12, recoge), que para la Corte norteamericana *el objetivo o propósito de la confrontación es la confrontación*. Con otras palabras, en *Crawford* la pregunta acerca de qué excepciones a la confrontación reconocían efectivamente los Padres Fundadores reemplaza decididamente a la pregunta acerca de qué excepciones *habrían reconocido* (que es equivalente a indagar el *porqué* de las que entonces reconocían). Scalia y quienes lo siguieron cortaron los lazos con el *porqué* (*telos*) y, con ello, anularon toda posibilidad de interpretación finalista del derecho, sus alcances y excepciones.

<sup>27</sup> En *Bryant* [562 U.S. 344 (2011)], el juez Scalia redactó una cáustica disidencia donde denunció y criticó este regreso velado a la doctrina de *Ohio v. Roberts* [448 U.S. 56 (1980)]. El caso era el del asesinato de Anthony Covington, del que había sido acusado Richard Bryant. La policía acudió al lugar a raíz de una llamada de emergencia que indicaba que alguien había recibido un disparo, y encontró a Covington en una gasolinera con una herida de bala en el abdomen. Se le preguntó de inmediato quién lo había herido y dónde había ocurrido el hecho. Covington respondió que *Rick* (Bryant) era el autor y que le había disparado en la casa de este último. La policía entonces se dirigió al domicilio de Bryant y allí encontró un orificio compatible con el paso de un proyectil de arma de fuego en la puerta trasera, una vaina servida en el suelo y sangre en el patio trasero. Covington falleció más tarde en el hospital. En el juicio, ante la imposibilidad de contar con el testimonio de la víctima, los oficiales de policía que habían recibido de Covington la información inicial testificaron sobre el contenido de esa declaración. Un tribunal de jurados condenó a Bryant por homicidio (*second-degree murder*). Planteado el caso constitucional como uno de infracción a la Sexta Enmienda, la Corte fue llamada a decidir si la evidencia —los dichos de Covington, introducidos a través de las declaraciones en juicio de los policías— había sido correctamente admitida. La opinión de la mayoría, redactada por la jueza Sotomayor, retoma la distinción trazada en *Davis* [547 U.S. 813 (2006)] entre *testimonial* y *non-testimonial evidence*, de acuerdo con la cual la información provista a la policía en respuesta a una situación de emergencia en curso (*ongoing emergency*) ingresa en este segundo grupo, mientras los interrogatorios cuyo fin principal es probar hechos pasados, potencialmente relevantes en un futuro proceso criminal, entran en el primero

La *sole or decisive rule* de la Corte Europea, en cambio, no es atomista y ni siquiera es, estrictamente hablando, una regla de inadmisión o prohibición de valoración, aunque así se la interprete corrientemente. Incluso en su versión aparentemente inflexible, todo lo que la regla expresa es que una condena infringe el art. 6(3)(d) del Convenio Europeo si se apoya exclusiva o decisivamente en la declaración de un testigo que la defensa no ha tenido oportunidad de interrogar en algún momento del procedimiento. Se trata de una obligación de resultado (MAFFEI, 2006:71), que no necesariamente implica la obligación de una corte doméstica de inadmitir ese elemento de prueba. Además, es bueno notar que, aun en esta versión rígida, el funcionamiento práctico de la regla dependió siempre del alcance que se asignase a términos esquivos como *decisivo*, *dirimente* o *determinante* (JACKSON y SUMMERS, 2012:338-42; REDMAYNE, 2012:870).

TRECHSEL, uno de los comentaristas más serios de la jurisprudencia europea en materia de garantías aplicables al enjuiciamiento criminal, representa un inmejorable ejemplo de lo que buena parte de la doctrina, quizá dominante, sostiene acerca de la interpretación correcta o deseable de la *sole or decisive rule*. Dado que mi propósito en este apartado es explicar simplemente la irracionalidad epistemológica de una regla que inadmita sin más la declaración previa relevante de un testigo no disponible, utilizar la exposición de ese destacado autor como blanco de crítica está justificado<sup>28</sup>.

Para empezar, TRECHSEL advierte con razón que el derecho a examinar a los testigos de cargo es la única garantía del art. 6 del Convenio Europeo que se vincula directamente al modo en que se administra la evidencia. El aspecto más importante de la garantía no está expresado en el texto, pero es, a su ver, la consecuencia de su

---

(*testimonial*). La mayoría de la Corte norteamericana, luego, intenta justificar por qué ese caso sería uno de *ongoing emergency*, que caería dentro del conjunto de *non-testimonial hearsay* y, por ende, fuera del ámbito de cobertura de la *Confrontation Clause*, de acuerdo con la línea trazada a partir de *Crawford*. A ese fin, el argumento central es que los policías no sabían si el tirador seguía siendo una amenaza y que el caso involucraba un arma de fuego. En su voto disidente, Scalia indica que este caso «absurdamente fácil» debía resolverse de modo contrario: la declaración de la víctima, introducida por boca de los policías, era *testimonial hearsay* y, por ende, resultaba inadmisibile debido a la falta de oportunidad de confrontación. En la crítica al criterio de la mayoría no le falta razón cuando afirma irónicamente, entre otras cosas, que, en esa supuesta emergencia en curso, al menos cinco policías distintos habían interrogado a Covington, que los interrogatorios ocurrieron al menos veinticinco minutos después de que aquel fuera herido y que ninguno de los oficiales le hizo la pregunta que lógicamente esperaríamos en una verdadera situación de emergencia (¿dónde está el tirador?). En este escenario, Scalia no oculta su frustración ante el hecho de que la Corte estuviese creando «una narrativa revisionista en la cual la confiabilidad sigue guiando la jurisprudencia en materia de confrontación, al menos en lo concerniente a emergencias y falsas emergencias», y critica el intento de la mayoría de «encajar su resucitado interés en la confiabilidad en el marco de la doctrina *Crawford*».

<sup>28</sup> Debo aclarar que, aunque voy a examinar la posición que defiende desde ese punto de vista, el autor expone fundamentos no solo epistemológicos para el derecho reconocido en el art. 6(3)(d) del Convenio Europeo (TRECHSEL, 2005:292-3). Por otro lado, es bueno aclarar también que una crítica a la posición señalada encierra, asimismo, un ataque a la regla atomista norteamericana pues, desde la perspectiva de su racionalidad epistemológica, todo lo que se diga contra la *sole or decisive rule* vale, con mayor razón, para la *regla-Crawford*.

incumplimiento. La pregunta central es qué sucede si la defensa no ha tenido una oportunidad de examinar al testigo que ha hecho una declaración previa. Estas son preguntas fundamentales en los procesos criminales domésticos y, según observa, se vinculan a la admisibilidad de la evidencia. A su vez, la decisión que se adopte sobre la admisión o inadmisión de una prueba tal probablemente determine el resultado del caso<sup>29</sup>. La declaración de que se ha violado ese derecho, indica, parece equivalente a un señalamiento del órgano internacional de que la persona ha sido erróneamente condenada.

TRECHSEL (2005:294) reconoce, no obstante, que la garantía tiene un carácter relativo. El mero hecho de que al acusado no se le provea la oportunidad de interrogar a un testigo o de que, a pesar del requerimiento de la defensa, el testigo no hubiera sido convocado, no puede por sí mismo llevar a la conclusión de que el proceso ha sido injusto, incluso cuando el acusado hubiera sido condenado. Una regla absoluta de esa clase constituiría un obstáculo desproporcionado para la administración de justicia y abriría la puerta de par en par a los abusos.

La naturaleza relativa de la garantía está estrechamente conectada con el tratamiento dispensado a la evidencia. Mientras que derechos como el de ser asistido por un abogado afectan la justicia del proceso con carácter general, independientemente de la cuestión sustantiva que hubiera estado bajo disputa, la oportunidad de examinar a los testigos adquiere relevancia a la luz de las específicas circunstancias de cada caso. En un juicio criminal, la pregunta es si la acusación ha presentado o no suficiente evidencia como para rebatir la presunción de inocencia, de modo que la condena esté justificada. Una declaración testimonial es un elemento de prueba; si hay muchos otros elementos de prueba, puede que aquella sea de mínima relevancia. En cambio, puede que haya muy poca evidencia adicional, en cuyo caso la declaración podría inclinar la balanza hacia la condena.

En síntesis, TRECHSEL (2005:295) explica que no es posible aplicar el art. 6(3) (d) sin tomar decisiones que al menos traen implícita una valoración acerca de si el peticionario debería o no haber sido absuelto. Para el autor, este es en esencia el problema que hace difícil la aplicación de la garantía y no cabe más que coincidir con esta apreciación.

---

<sup>29</sup> A mi ver, esto es solo parcialmente correcto. La exclusión, equivalente a asignarle a la declaración previa valor probatorio nulo, determinará probablemente el resultado del caso. No sucede lo mismo si la evidencia es admitida, pues esto no dice nada todavía acerca de la valoración y decisión. Puede que esa declaración previa luzca débil en el contexto probatorio específico de un caso y, por ello, se considere que la prueba reunida no alcanza para derrotar la presunción de inocencia. O puede que suceda lo contrario. Esto ocurre tanto en el sistema de jurados como en el de jueces profesionales, aunque en este último caso la expresión de razones permita un ejercicio posterior de impugnación, mientras que la inescrutabilidad del veredicto, en el primero, nos impida saber a ciencia cierta si los jurados han sido conscientes o no de las (posibles) debilidades de la información que la defensa no ha podido testear vía contra-examen. Esto último podría quizá encontrar remedio, sin embargo, en el empleo de instrucciones sobre las potenciales debilidades de la prueba *hearsay* y las razones por las que se requiere prudencia en la evaluación, a lo que debe añadirse el efecto de este tipo de instrucciones en la deliberación posterior de los jurados.

Hasta aquí llegan, sin embargo, las coincidencias. TRECHSEL defiende una regla de exclusión de todo testimonio que la defensa no hubiera podido controlar en alguna etapa del procedimiento, cualquiera sea el motivo de la ausencia o la responsabilidad del Estado en la situación y sin entrar a considerar posibles medidas de contrapeso, bajo el argumento literal de que el del art. 6(3)(d) es una garantía *mínima* que no se confunde con otras formas posibles de ejercicio de la defensa, ni con la advertencia de que las cortes domésticas deberían tratar a esta clase de evidencia con particular prudencia (2005: 294, 297, 308 y, especialmente, 313-15). Por tal razón, critica duramente la jurisprudencia de casos como *Asch* y *Artner* (2005:296, 314) y propone a las cortes domésticas, como método seguro para evitar una violación de esa cláusula, el de no referirse en el fallo a la declaración que no ha podido controlar la defensa (2005:298). Como se observa, entiende a la *sole or decisive rule* como una regla que lleva a preguntarse si es posible llegar a la misma decisión sobre la *quaestio facti* una vez que *excluimos* la declaración previa que la defensa no ha tenido oportunidad de controlar, una vez que removemos del *mosaico probatorio* cada pieza originada en esa declaración<sup>30</sup>.

Aquí llego a la cuestión medular. La interpretación que propone TRECHSEL de la *sole or decisive rule* —y, con ello, del art. 6(3)(d) del Convenio— es una bastante difundida. Muchos autores analizan la cuestión como una de admisibilidad y pretenden identificar *decisivo* con *relevante* (SANCINETTI, 2002:869-70; GARCÍA, 2002; O'BRIAN, 2011:114). Pero esta no es la única interpretación posible de la regla, ni es una que pueda fundarse en el objetivo último de asegurar la confiabilidad de la prueba y prevenir así condenas erróneas.

Como adelanté, la *sole or decisive rule*, incluso en su versión rígida, dice solamente que una condena no ha de basarse *solo o decisivamente* en una declaración previa que la defensa no ha podido controlar. No dice, en cambio, que esa declaración previa deba ser *excluida* o que valorarla en la decisión de un tribunal doméstico sea prohibido. La diferencia entre una cosa y otra puede no ser fácil de aprehender. Pero se aclara cuando indagamos bajo qué condiciones podemos afirmar que una condena se ha basado *decisivamente* en una declaración de esa clase. Solo si es *decisiva* cualquier pieza de evidencia que tenga aptitud, por mínima que sea, para inclinar la balanza hacia la condena, entonces tiene razón TRECHSEL en que las dos fórmulas son equivalentes. Pero no parece que ese haya sido el objetivo de la Corte Europea

<sup>30</sup> TRECHSEL (2005:297) compara la evidencia en un caso criminal con las piezas de un mosaico. A menudo faltarán algunas piezas; de hecho, casi nunca será posible tener una imagen perfectamente completa (el mosaico en sí es una abstracción en tanto las piezas tienen un cierto tamaño). La evidencia es suficiente para destruir la presunción de inocencia cuando la imagen es inconfundible, lo que es equivalente a decir que no hay otra explicación razonable más que la culpabilidad del acusado. Luego, el análisis que propone para evaluar si una declaración ha tenido un peso *decisivo* en la condena es el siguiente: debemos remover cada pieza derivada de declaración que la defensa no ha podido controlar y preguntarnos si la figura es todavía inconfundible. Si lo es, entonces la condena no se ha basado *decisivamente* en esa declaración previa.

al establecer la regla y, más allá de cierta vaguedad insuperable del concepto, desde luego no lo es desde *Al-Khawaja y Tahery* de la Gran Sala.

El ejercicio intelectual no es uno de supresión hipotética, sino uno bien distinto. La fuerza de los argumentos de la Corte británica en *Horncastle* obligó a la Corte Europea a precisar que, cuanto más corroborada está, la prueba es menos *decisiva*. Por ende, la aceptación de la *sole or decisive rule* no exige preguntarse si la condena se mantiene una vez que *excluimos* la declaración previa que la defensa no ha podido controlar vía interrogatorio. Cuando la Corte británica usa el ejemplo del hombre de barba que atropella y mata a un ciclista<sup>31</sup> pone el énfasis en esto. Uso ese mismo caso con cierta libertad. Un sujeto observa el accidente de tránsito, tras el cual el conductor se fuga y el ciclista atropellado fallece. El testigo memoriza el número de patente del coche y, en su declaración ante la policía, indica también el color del automóvil y el hecho de que el conductor era un hombre de barba. La investigación de la policía conduce rápidamente al hallazgo de un coche con el número de patente y color indicados por el testigo, cuyo propietario es un hombre de barba. Este decide no responder preguntas sobre su paradero en el momento del accidente. Apenas unos días después, y antes de que tenga lugar el juicio, nuestro testigo fallece en otro accidente de tránsito.

Usemos ahora la metáfora del mosaico de TRECHSEL: ¿qué sucede si *levantamos las piezas* aportadas por la declaración a la policía del testigo ausente, si *excluimos* su testimonio? Todo lo que nos queda es una imagen bastante confusa, porque sin la declaración previa del testigo no es posible reconstruir la cadena de sucesos que condujo hasta *ese* automóvil y *ese* acusado, y no a cualquier otro. La conclusión, según este criterio, debería ser el dictado de una sentencia absolutoria. Pero salta a la vista que esta respuesta, derivada de la exclusión de una declaración altamente corroborada, es insensata. El mosaico de TRECHSEL es una ingeniosa metáfora, pero no sirve para resolver razonablemente casos como este<sup>32</sup>.

En cambio, hay distintas maneras aceptables de lidiar con un caso así. Una es estipular una definición de *decisivo* que no incluya en su campo semántico casos de declaraciones previas corroboradas o, más precisamente, que esté en relación inversamente proporcional al grado de corroboración, dado que se trata siempre de conceptos graduales. La otra es aceptar que se trata de un elemento de prueba

<sup>31</sup> [2009] UKSC 14, §91.

<sup>32</sup> Un esquema probatorio similar es el que explica la sensata decisión de la Gran Sala en *Al-Khawaja*. Según la Corte Europea, «[l]a confiabilidad de evidencia tenía apoyo en el hecho de que S.T. le había contado lo sucedido a dos amigos, B. F. y S. H., poco tiempo después de los acontecimientos, y que solo había diferencias mínimas entre su declaración previa a la policía y lo declarado en el juicio por esas dos personas de su confianza. Más importante aún, había notables similitudes entre la descripción del presunto abuso hecha por S.T. y el de otra víctima, V.U., sin que existiera ninguna evidencia de confabulación entre una y otra. En casos de abuso sexual cometidos por un médico contra una paciente durante una consulta privada, sería difícil concebir una prueba de corroboración más fuerte, especialmente cuando cada uno de los otros testigos fue llamado a declarar en el debate y su credibilidad pudo ser testeada mediante el contra-examen» (§156).

central para el caso de la fiscalía —y, por lo tanto, *decisivo*— pero evitar una regla inflexible y aceptar que otras medidas de contrabalanceo, incluida la alta confiabilidad de la declaración no testeada vía contraexamen, pueden garantizar la justicia global del proceso y la seguridad de la condena. La Corte Europea empleó las dos vías al reinterpretar la regla a partir de *Al-Khawaja*<sup>33</sup>.

**2.5.** La síntesis de lo anterior es la siguiente: una interpretación del derecho a la confrontación que tenga por corolario una *regla-Crawford* o incluso una regla como la *sole or decisive rule* en su versión pre-*Al-Khawaja* es indefendible desde el punto de vista del fundamento que, según asumimos al comenzar, justifica su existencia (la evitación del riesgo de injusticia sustantiva)<sup>34</sup>.

En casos de testigos no disponibles, una interpretación del derecho en cuestión que no pierda de vista esa finalidad instrumental desaconseja el empleo de una respuesta drástica y sobreinclusiva como las señaladas. Como hemos visto, excluir prueba relevante —y, en ocasiones, de gran fuerza probatoria— no es ni el mejor ni el único instrumento para obrar con responsabilidad epistémica, ni es tampoco el único modo de compensar al acusado el déficit de confrontación<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> TEDH, GS, *Al-Khawaja y Tahery*, §131 y 146-7.

<sup>34</sup> Quizá los defensores de la tesis que critico podrían objetar todavía, con argumentos del utilitarismo de reglas, que, sin una regla rígida de inadmisión, los jueces tenderían a admitir demasiado fácilmente declaraciones previas que la defensa no hubiera podido controlar. La objeción no me parece convincente. Como ha notado REDMAYNE (2010:28-29), esto sería en todo caso un argumento en favor de una regla clara, pero no uno en favor de una regla-*Crawford* u otra similar. Si el argumento es uno más general en favor de cierto paternalismo epistemológico, derivado de la desconfianza hacia los encargados de tomar la decisión, creo que esa sola idea no alcanza para justificar la inflexibilidad de la regla de inadmisión y tiene serios problemas de base. Ese argumento, en efecto, es uno que no reconoce límites (REDMAYNE, 2012:877). Si nos tomamos en serio la idea de que toda evidencia potencialmente débil debe ser excluida del conocimiento del decisor para evitar el riesgo de condena errónea, quizá acabemos por excluir toda evidencia (REDMAYNE, 2010:22). Incluso bajo la lógica de las reglas intrínsecas de exclusión, de la que no puedo ocuparme en detalle, solo habría razón para excluir prueba relevante si, por caso, hay evidencia empírica de que las personas llamadas a decidir, tendencialmente, le otorgan un valor excesivo o desmedido. Pero los estudios empíricos sobre *hearsay* no parecen apoyar esa tradicional sospecha dirigida centralmente a los jurados (PARK, 2003; SAKS Y SPELLMAN, 2016:111-136 y 181-201).

Ha sido el profesor Bárcena Zubieta quien me advirtió de una posible objeción desde el utilitarismo de reglas, que intento contestar brevemente en esta nota.

<sup>35</sup> Si no lo interpreté mal, el profesor Ferrer Beltrán me señaló que, aun siendo probablemente correctos mis puntos de partida, quizá la crítica que presento corra el riesgo de pecar de excesivamente moderada. El desarrollo de algunas de las ideas que expuse *grosso modo* podría llevarnos, más bien, a repensar completamente al menos algunos rasgos centrales de nuestros procesos criminales. Este es un punto demasiado amplio como para intentar contestarlo aquí. Entre quienes se han planteado interrogantes similares, ROBERTS y ZUCKERMAN (2004:212-289) encaran una evaluación profunda acerca del impacto de los hallazgos empíricos en el campo de la psicología experimental y de los avances tecnológicos en otras áreas, en institutos tan claves como la recepción oral, *en vivo*, concentrada, de los testimonios. Comparto, en sustancia, la conclusión de estos autores (2004:287-289): sin perder de vista la importancia de ciertas reformas, sobre todo en casos de testigos especialmente vulnerables, no veo todavía en el horizonte propuestas de modificación radical de la fisonomía de nuestros juicios. En el interín, creo que este trabajo conserva, aunque modesta, cierta utilidad.

### 3. CUANDO LA VERDAD NO ALCANZA: ¿ARGUMENTOS NO-INSTRUMENTALES COMO CLAVE DE INTERPRETACIÓN?

#### 3.1. Presentación: dos preguntas para encarrilar el análisis

La concepción anterior, *instrumental-epistémica*, asume que el principal objetivo del derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo es el de permitir al acusado controlar la confiabilidad de su declaración. Como se ha visto, esta es la comprensión del fundamento del derecho presupuesta en la jurisprudencia de la Corte británica, tanto como en la de la Corte Europea (REDMAYNE, 2010:10-11; DE WILDE, 2013:157).

Sin embargo, hay quienes señalan que el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos puede ser pensado —alternativa o concurrentemente— como un derecho *no-instrumental*, uno que por razones éticas se sostiene independientemente de su contribución o utilidad para asegurar la rectitud de la decisión sobre la *quaestio facti*. Esto podría conducirnos a repensar las críticas expuestas en el apartado anterior (VARELA, 2016a:213-16).

Si en la jurisprudencia falta una teorización explícita y desarrollada sobre los fundamentos y alcances del derecho analizado, no son pocos los autores que intentan justificar, *sobre su vertiente no-epistémica*, un derecho a la confrontación que tenga por corolario la adopción de un mecanismo de exclusión o prohibición de valoración rígido, equivalente a la *regla-Crawford* o la *sole or decisive rule* en su versión pre-*Al-Khawaja*<sup>36</sup>.

Se sostiene, por ejemplo, que una persona que acusa a otra de un delito debería hacerlo en público, cara a cara y someterse a un escrutinio a través del interrogatorio, porque solo de este modo esa persona enfrentará el hecho de que sus acusaciones tienen un costo severo, uno que puede privar al acusado de su reputación, del contacto con su familia, de su libertad e incluso de su vida (O'BRIAN, 2005:500). De un modo parecido, aunque no idéntico, se apela a la idea de que, como sociedad, no aceptamos la cobarde y deshonrosa práctica de acusar y mantenerse a resguardo en las sombras. Como en el refrán popular: no vemos bien la conducta de *tirar la piedra y esconder la mano*. Quien acusa debe estar dispuesto a *dar la cara* y un derecho a la confrontación robusto garantiza esto (CLARK, 2003), un derecho a que a uno le digan las cosas en la cara.

Con una mirada puesta más en la dignidad del acusado que en las obligaciones morales de los acusadores, se sostiene —por otro lado— que el derecho de interrogar a los testigos de cargo es una manifestación del valor de la participación del acusado y, con ello, una expresión del derecho a ser tratado como una persona y no como

<sup>36</sup> En efecto, como se adelantó en la Introducción, los autores que defienden posiciones como esta suelen hacer hincapié en el costado no-epistémico, lo que implica un reconocimiento, más o menos explícito, de que la discusión en el terreno de la racionalidad epistémica está perdida para ellos. Véase, por ejemplo, FRIEDMAN (1998a y 2002); NANZER (2008); ALCÁCER GUIRAO (2013).

una cosa, como sujeto y no como mero objeto del proceso, a ser consultado y no simplemente a que se encarguen de uno (MASSARO, 1988:904; SCALLEN, 1992:626-7 y 641-3; CHOO, 1996:37-42 y 2013:246-7; O'BRIAN, 2011:113; ALCÁCER GUIRAO, 2013:13).

O bien que el tristemente célebre juicio a Sir Walter Raleigh y otros penosos antecedentes históricos<sup>37</sup> demuestran de modo paradigmático la posibilidad de abuso y manipulación estatal en un sistema sin derecho a la confrontación (BERGER, 1992; O'BRIAN, 2005; REDMAYNE, 2010:14-16).

Este conjunto algo heterogéneo de propuestas de fundamentación del derecho a la confrontación debe ser considerado seriamente. Si una regla inflexible de prohibición de uso, en caso de testigos no disponibles, no se puede defender desde el punto de vista de su racionalidad epistemológica, quizá una mirada no instrumental del derecho pueda justificarla. En todo caso, la capacidad de estas propuestas para dar solución a casos difíciles como los que analizamos no puede ser asumida a priori y depende de la respuesta a dos preguntas de distinto alcance.

*Primero*, una pregunta de alcance general y de difícil respuesta en el terreno de la filosofía política llama la atención sobre la posibilidad de defender fundamentos morales autónomos para las exigencias de participación del acusado en el proceso, razones de principio que vayan más allá de su justificación instrumental como procedimientos que contribuyen a la precisión de las decisiones de hecho y a la consiguiente corrección en la aplicación de la ley sustantiva (TRIBE, 1978:504-4; DWORKIN, 1985:137-9). De modo más sintético y para usar la expresión de STEIN (2005:31): ¿tiene sentido la idea de *free-standing evidencial rights*?

*Segundo*, si aceptamos que hay razones no-epistémicas que justifican la existencia de derechos de intervención y trato en el proceso<sup>38</sup>, un segundo interrogante, de alcance más acotado, le sigue al anterior. Habría que preguntarse ahora si, sobre esas bases, el derecho a la confrontación es un derecho a interrogar o contra-examinar a los testigos disponibles y, más genéricamente, a exigir que la acusación sea responsable en la presentación de la mejor evidencia disponible<sup>39</sup>, o si es también un derecho a que la acusación se vea privada de utilizar en apoyo de su caso declaraciones previas de un testigo que ya no está disponible por motivos serios y atendibles.

Razones de orden epistemológico apoyan decididamente la primera tesis, y no la segunda. Ahora bien, esto no quiere decir que los fundamentos no-epistémicos, por

<sup>37</sup> Véase SPOTTWOOD (2018:570-8), para un repaso de los antecedentes históricos que pueden explicar la inclusión de la *Confrontation Clause* en la Sexta Enmienda de la Constitución norteamericana.

<sup>38</sup> Como los derechos a conocer de qué se lo acusa a uno, a ser oído, a ofrecer prueba y a controlar la prueba de cargo, a presentar una explicación de lo que ha pasado y a conocer las razones de la decisión.

<sup>39</sup> Precisamente en el principio de la mejor evidencia disponible (*best evidence principle*), al que se le han atribuido credenciales de principio unificador del derecho probatorio (NANCE, 1988), puede encontrarse la clave de interpretación de los alcances del derecho de confrontación. Razones de extensión, como adelanté, me impiden desarrollar el punto en este trabajo, pero pueden consultarse, como ejemplos en esa línea, las propuestas de REDMAYNE (2010:26-30) y SPOTTWOOD (2018:588-611).

mero culto de la simetría, conduzcan a la conclusión contraria. En cambio, el ejercicio intelectual consiste en considerar a qué soluciones nos llevaría, en casos como *Al-Khawaja* o *Horncastle*, poner el foco en tal o cual fundamento del derecho en cuestión. Esta última aclaración, superflua a primera vista, tiene algún sentido. Me parece que algunas veces se asume, equivocadamente, que una respuesta afirmativa a la primera pregunta es por sí misma un buen argumento en apoyo de una *regla-Crawford* u otra similar. En ciertos trabajos (NANZER, 2008:346-7 y 360-7; ALCÁ CER GUIRAO, 2013:13; DÍAZ, 2017:95-7, 146-7 y 161-6) se presupone que la aceptación de fundamentos no (solo) instrumentales a la evitación del riesgo de error en la decisión para el derecho de examinar a los testigos conduce *necesaria y naturalmente*, sin otras consideraciones, a la conclusión de que interpretaciones como las de la Corte Europea en *Al-Khawaja* o *Schatschaschwili* o la Corte británica en *Horncastle* serían inaceptables. Esto es simplemente equivocado: la consideración de posibles fundamentos no-epistémicos puede enriquecer la discusión sobre los alcances del derecho y, con ello, aportar razones para tomar partido por alguna de las posiciones en pugna. Pero este es el *punto de partida* de posibles argumentaciones a favor de una regla rígida de exclusión o prohibición de uso, *no el punto de llegada*. Dejo esto para lo que sigue, con el fin de volver ahora a la primera pregunta.

### 3.2. La primera pregunta: pensar en un mundo de decisores infalibles

Suele emplearse un conocido pasaje de TRIBE (DWORKIN, 1985:137; STEIN, 2005:31; DUFF et.al., 2007:100) para reflexionar acerca de la respuesta correcta al primer interrogante. TRIBE (1978:503-504) distingue entre dos posibles fundamentos de principios para los derechos de participación que integran la noción de debido proceso o *fair trial*. Estos pueden entenderse de modo instrumental, justificados en tanto contribuyen a la precisión en la decisión y la correcta aplicación de la ley sustantiva, o bien entenderse de modo autónomo, como procedimientos intrínsecamente valiosos a los que las personas tienen derecho cuando el estado actúa de una manera que las individualiza, más allá del efecto instrumental en la rectitud del resultado. Esta última comprensión supone, como señala TRIBE (1978:503-504), que:

«tanto el derecho a ser oído como el derecho a ser informado de las causas son, analíticamente, diferentes del derecho a obtener una decisión distinta; estos derechos al intercambio expresan la idea elemental de que ser una *persona*, y no una *cosa*, equivale por lo menos a ser *consultado* sobre lo que se hace con uno [...] Pues, cuando el estado actúa de una forma que individualiza a personas identificables (de un modo que probablemente parta de supuestos sobre personas específicas), despierta una inquietud especial porque se nos *hable* en forma personal sobre la decisión y no solo de que se *encarguen* de nosotros».

En el trabajo de DWORKIN (1985:103-39) la pregunta por ese otro fundamento posible ingresa al final. *Grosso modo*, para DWORKIN la adopción o rechazo de cierto tipo de procedimientos está en función de la especial consideración debida al riesgo de *daño moral*. El factor injusticia de una pena o daño moral es una noción objetiva que supone que alguien sufre un daño especial cuando recibe un tratamiento injusto,

sin importar si lo sabe o si le importa, pero no lo sufre si no recibe un tratamiento injusto, aunque así lo crea y le importe. El factor injusticia no se confunde con el daño básico que sufre una persona como consecuencia de una pena, sea justa o injusta. Hay costo o daño moral no solo cuando deliberadamente se condena al que se sabe inocente, sino también cuando se condena a alguien por error, siguiendo procedimientos generales, en cierta medida riesgosos, dispuestos de antemano, aunque el factor injusticia sea mayor en el primer caso que en el segundo.

Los ciudadanos no tienen derecho a ser juzgados en los juicios más precisos posibles, cueste lo que cueste, ni a un determinado nivel de precisión (postulados extravagantes), pero tampoco es cierto que una persona imputada de un delito, o un individuo que acciona civilmente, no tenga derecho a ningún grado de precisión (postulados nihilistas). DWORKIN da cuenta de dos tipos de derechos en sentido fuerte<sup>40</sup> en materia de procedimientos penales: por un lado, los ciudadanos tienen derecho a que estos procedimientos asignen la importancia debida al riesgo de daño moral<sup>41</sup>; complementariamente, tienen derecho a una ponderación coherente de la magnitud del daño moral<sup>42</sup>. El contenido de estos dos derechos, en suma, ofrece un punto medio entre los postulados nihilistas y los extravagantes.

La propuesta de DWORKIN tiene por base, como se observa, una interpretación instrumental de los derechos procesales y probatorios, pues tiene como eje la noción de daño moral o factor injusticia y este, desde luego, está atado a la precisión en la decisión o resultado. No obstante, hacia el final de ese trabajo, el autor dice compartir la intuición de que en materia procesal hay más en juego que solo el daño moral asociado al riesgo de injusticia sustancial. El ejemplo que usa es aquel en el que se sanciona a alguien por un delito que estamos seguros que cometió, pero sin que se lo someta a juicio. La sensación de injusticia se vincula con la idea de que se debe oír a las personas antes de que la sociedad llegue a cierto tipo de conclusiones sobre ellas que redunden de algún modo en su descrédito moral. Es artificial, señala, suponer aquí que esto se asocia con el riesgo de que se condene a esa persona aun siendo inocente, porque el ejemplo presupone que estamos seguros de que el riesgo fue absolutamente nulo.

---

<sup>40</sup> En «sentido fuerte» quiere decir que suponen un triunfo frente al cálculo de beneficios y pérdidas básicos que integra un cálculo utilitarista ordinario, lo cual deriva del hecho de que el daño moral o factor injusticia queda fuera de cualquier cálculo de esa índole, por más sofisticado que sea (1985:114 y 123).

<sup>41</sup> En los ejemplos que usa DWORKIN, no le asigna la importancia debida al riesgo de daño moral una comunidad que decidiera casos penales lanzando una moneda al aire, o no permitiera que el acusado estuviera presente en su juicio, o impidiera que tuviese un abogado defensor o que presentase pruebas si así lo considerase conveniente (1985:123).

<sup>42</sup> En casos difíciles el valor otorgado al riesgo de daño moral sería objeto de debate y puede no haber consenso al respecto entre personas razonables y sensatas. Este segundo derecho, señala, tiene especial importancia práctica en escenarios como ese, pues permite que un ciudadano alegue, aun en supuestos donde la respuesta correcta al problema del daño moral es muy discutida, que tiene derecho a disponer de procedimientos compatibles con el valor que la comunidad asigna al daño moral de acuerdo con lo plasmado en sus leyes (1985:123).

Sin embargo, no es un dato irrelevante que el propio DWORKIN<sup>43</sup> deje sin resolver la pregunta acerca de qué otro daño moral, distinto de ese riesgo de injusticia sustancial, puede ser encontrado en determinaciones de culpabilidad que no dan participación alguna al acusado. La cuestión, señala, es una demasiado vasta y en la que habría que seguir trabajando.

Volveré luego sobre esta poderosa intuición moral que DWORKIN asume, pero deja sin justificación. Viene bien advertir, antes, que la respuesta a este primer interrogante en el que nos movemos no es uniforme. STEIN (2005:31-33) usa el mismo pasaje de la obra de TRIBE como disparador de sus reflexiones, y lo conecta específicamente con las propuestas de otros académicos que, apoyándose en esa perspectiva, la extienden al campo de otras cuestiones de procedimiento y de derecho probatorio, como la que aquí nos interesa<sup>44</sup>. Aunque la idea de procedimientos y reglas probatorias con un valor ético intrínseco, no instrumental a la rectitud en la aplicación de la ley sustantiva —reconoce STEIN— es atractiva, hay razones de peso para ser escépticos.

En primer lugar, está el argumento que sintetiza en una frase: *there can be no free-standing procedural rights because procedural rights cannot stand for free*<sup>45</sup>. En situaciones de ineficiencia —los costos se expanden, pero no hay beneficios que los compensen— el legislador puede verse impelido a considerar un reemplazo para el procedimiento costoso. Hacerlo requeriría un análisis de costo-beneficio que compare el nuevo procedimiento con el existente. El análisis que STEIN describe es un cálculo utilitarista necesario a ese fin, pero una teoría que conciba a los derechos procedimentales de modo enteramente autónomo de los riesgos de injusticia sustantiva, rechazaría cálculos utilitaristas de esa clase sobre bases deontológicas. Este rechazo, sin embargo, acarrea un problema infranqueable. Los recursos son escasos y no los hay en cantidad suficiente como para emplear el mejor procedimiento posible en

---

<sup>43</sup> DWORKIN (1985:138-139) no encuentra en la propuesta de TRIBE una categoría de daño moral relevante distinta de la falta de precisión. La idea de hablar con la gente en lugar de ocuparse de ella, o similares, no explica por qué el daño que causan las decisiones despersonalizadas no es simplemente un daño básico (que entraría en cualquier cálculo utilitarista bien hecho) y las aseveraciones sobre qué tipo de trato considera a la persona como persona y no como cosa son, como señala, conclusiones de argumentos, y no premisas.

<sup>44</sup> STEIN, en efecto, presenta una versión resumida de la clase de argumentos sostenidos en esa línea. Se sostiene, explica, que el derecho del acusado de contraexaminar a los testigos de cargo y la consiguiente exclusión de prueba *hearsay* debería ser percibida también como perteneciente a la familia de los derechos de intervención que son valiosos *per se*. La prueba *hearsay* no sería inadmisibile por el riesgo de error que su admisión produciría. En cambio, lo sería porque someter a una persona a un juicio criminal sin darle una oportunidad de confrontar a los testigos adversos carece de justificación política. Una decisión fundada en relatos de testigos no testeados vía *cross-examination* bien podrían ser precisa. Su corrección no sería el asunto. El asunto, de adverso, sería preguntarse si una comunidad en la cual los juicios criminales son llevados a cabo sin amplia participación del acusado es atractiva en términos morales y políticos (STEIN, 1996:292-3; 2005:31-3). Luego me ocupo con más detalle de distintas variantes de este tipo de argumento.

<sup>45</sup> Empleo la frase en su idioma original, para no suprimir el juego de palabras. La idea es la que se explica en el texto.

cada disputa legal. Esto es algo que, como vimos, también DWORKIN reconoce. En consecuencia, toda teoría de los derechos procesales debe concebir los criterios de distribución de los recursos de una manera o de otra.

La segunda razón se explica mediante una analogía de la litigación con un juego de suma cero (STEIN, 2005:32-3). Los procedimientos judiciales posponen la aplicación o ejecución de los derechos sustantivos en litigio. Esta dilación es, naturalmente, contraproducente para el titular del derecho de que se trate. Como en la máxima de Séneca, nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía. Ahora bien, el derecho de una parte a ser oída debe ser entendido de tal modo que incluya el derecho a privar temporariamente de su derecho sustantivo a la contraparte. Esta privación provisional del derecho es inevitable. Sin embargo, difícilmente podría ser justificada si el derecho a ser oído fuese tomado como uno deontológico, no instrumental. Asíumase —dice STEIN— que el derecho a ser oído es independiente del riesgo de error en la decisión de hecho y completamente divorciado del derecho sustantivo subyacente. En este escenario, ¿por qué privilegiaríamos el derecho a ser oído de una parte sobre el interés de la otra de no verse privada temporariamente de su derecho sustantivo? Si una persona cuyos derechos son decididos sin darle oportunidad de ser oída es tratada como una cosa más que como una persona, ¿qué decir de la persona que se ve temporalmente privada de sus derechos debido a los derechos procedimentales provistos a su contendiente? ¿Se la estaría tratando como una cosa también?

Hay una última razón, lógica, que STEIN (2005:33) tiene en cuenta para ser escéptico acerca de la defensa de derechos procesales valiosos en sí mismos, esto es, con total independencia del riesgo de injusticia sustancial. El ejercicio que propone es similar al de la intuición moral de DWORKIN, pero la respuesta es antitética. Supóngase un mundo donde el problema de la falibilidad epistémica no existe y en el cual los decisores son infalibles. ¿Habría lugar en ese mundo para derechos procesales y probatorios que fuesen considerados valiosos en sí mismos, más que instrumentalmente? Para STEIN la respuesta es negativa, a menos que estemos pensando en un simple ritual o en una concepción exótica de los derechos procesales como fuente de satisfacción psicológica o puramente catártica.

Como se ve, no todos comparten la intuición moral que DWORKIN reconoce en propuestas como la de TRIBE, pero que, sin embargo, no logra fundar en una categoría de daño moral relevante distinta de la injusticia asociada a la falta de precisión (DWORKIN, 1985:137-9). Recordemos que, en el ejemplo de DWORKIN de la persona condenada sin juicio, estamos «seguros» de que cometió el delito. Me parece que hay que preguntarse lo siguiente, sin embargo, en ese caso: ¿estamos todavía en nuestro mundo, un mundo donde falibilidad del razonamiento inductivo es quizá, y acaso paradójicamente, uno de los pilares del saber humano (GASCÓN ABELLÁN, 1999:16-28)? ¿O estamos en un mundo contra-fáctico, el *otro mundo posible* de STEIN donde los juzgadores son perfectamente infalibles?

Quizá la fuerte intuición moral de DWORKIN deja de parecernos tan poderosa una vez que aclaramos esos interrogantes. Puede que no sea tan «artificial», como señala, suponer en su ejemplo que la sensación de injusticia no se asocia al riesgo de que se

condene a esa persona aun siendo inocente, pues «estamos seguros de que el riesgo fue absolutamente nulo» (1985:139). La trampa, tal vez, está en que DWORKIN se pregunta por un ejemplar que *no* encontramos en este mundo y busca, no obstante, una repuesta de este mundo.

Un mundo donde el que decide es infalible no es este mundo, es el mundo contra-fáctico que propone STEIN. En este misterioso lugar, tal vez variarían radicalmente las ideas de TRIBE de *hablar* con la gente en lugar de *encargarse* de ella, o de tratar al prójimo como *persona* y no como *cosa*. Después de todo, como explica con maestría DWORKIN (1985:138), las afirmaciones de qué trato considera a la persona como persona son, a lo sumo, conclusiones de argumentos, no premisas. No estoy seguro, pero quizá en ese otro mundo posible de STEIN a nadie se le ocurriría pensar en que una decisión tomada por un juzgador infalible sin oír previamente al sancionado signifique tratar a este como una cosa. Quizá, en cambio, en ese mundo de determinaciones de hecho infalibles sea visto como una burla, una broma de mal gusto, una falta de respeto, darle la palabra a alguien para que se defienda de una acusación cuyo mérito será decidido, invariablemente, sin ningún riesgo de error. ¿Para qué le haríamos perder el tiempo?

Si esto se comparte, habría que coincidir con STEIN en que el derecho a ser oído y, más ampliamente, todo el conjunto de derechos de participación en juicio, son derechos que, en última instancia, derivan de la necesidad de tomarse en serio la falibilidad epistémica, no de un puro virtuosismo moral independiente del riesgo de injusticia sustantiva<sup>46</sup>.

### 3.3. La segunda pregunta: qué tipo de fundamentos y a dónde nos llevan (si es que nos llevan a algún lado)

**3.3.1.** Lo anterior debería bastar para poner de relieve que hay buenas razones para ser escépticos acerca de garantías procesales de intervención valiosas per se, no instrumentales. Si argumentos como los de STEIN son correctos, entonces las propuestas que defienden un derecho a la confrontación absoluto sobre bases argumentativas no-epistémicas como las de TRIBE, resultan poco promisorias. Con todo, no

---

<sup>46</sup> De ahí que, para resolver disputas como las que nos ocupa, contraponer argumentos epistemológicos y morales resulte poco fructífero. Además del de STEIN (2005), un atractivo análisis sobre esta relación es el de HO (2008), que AMAYA (2009) comenta y amplía con nociones de responsabilidad epistémica y recursos de epistemología de la virtud. En particular, aunque HO no analiza estrictamente el derecho de confrontar a los testigos de cargo (2008:268), cuando evalúa la *hearsay rule* en busca de los fundamentos que le sirven de sostén desde una perspectiva interna (la del juzgador como agente moral), aclara que el principio de justicia subyacente está intrínsecamente conectado al fundamento epistémico de la regla, sostiene que cualquier articulación del principio que omita esa conexión es poco promisoría y expone una convincente crítica al argumento que apela a la noción de justicia o equidad en un proceso adversarial —*fairness argument*— (2008: 264-8). Justicia y verdad no son, en lo que a este asunto concierne, objetivos separados y en competencia, sino metas concurrentes e integradas (2008:268). En la misma línea, MADDEN (2012:434-9 y 442-4).

puede negarse que ese primero y más general de los interrogantes que nos planteamos es uno de difícil respuesta y hay un cierto margen para el disenso. Por tal razón, y para dar cabida a la segunda pregunta, podríamos aceptar a fines argumentativos que fundamentos que apelan al trato digno o la obligación moral de un testigo acusador de dar la cara, *inter alia*, son también razones que deben ser consultadas a la hora de dar forma y delimitar los alcances del señalado derecho.

En la introducción al problema presenté muy resumidamente algunos de los argumentos no-epistémicos usualmente sostenidos en apoyo de un derecho a la confrontación que se expresa en términos de una *regla-Crawford* o una igualmente rígida como la *sole or decisive rule* en su versión *pre-Al-Khawaja*. Ahora es la oportunidad de desarrollarlos y analizarlos con más detalle.

**3.3.2.** Empecemos con argumentos que extienden al campo de los derechos procesales y probatorios la tesis central de TRIBE que discutíamos más arriba. Este tipo de argumentos es, quizá, el más recurrente entre aquellos que buscan una alternativa, o complemento, a los de tipo epistemológico.

CHOO (1996:37-42; 2013:246-7) apela al derecho de una persona a ser tratada con dignidad y a la confrontación como expresión del valor de la participación en el proceso penal, foro donde el acusado responde de los cargos en su contra. TRECHSEL (2005:293) también indica que el derecho a interrogar a los testigos y a presentar pruebas permite que el acusado sea un participante activo en el juicio, que no pueda ser caracterizado simplemente como el objetivo, pasivo, de la acusación, sino como un sujeto capaz de influir en el curso del proceso y en la dirección que este pueda tomar. SCALLEN (1992), MASSARO (1988), NANZER (2008), ALCÁCER GUIRAO (2013), VARELA (2016a y b) y DÍAZ (2017), aunque hay naturalmente matices y diferencias entre sus posiciones, hacen propios argumentos de esa clase para dar forma al derecho en cuestión. Aunque hay espacio para la discusión, incluso la famosa sentencia de Scalia en *Crawford* de que «[p]rescindir de la confrontación porque el testimonio es obviamente confiable es semejante a prescindir del juicio por jurados porque el acusado es obviamente culpable»<sup>47</sup>, podría interpretarse en ese sentido.

El problema de esta clase de fundamentación es que puntos de partida tan generales y abstractos como la idea de trato digno o el empleo de fórmulas dicotómicas ejemplificativas (persona/cosa, sujeto/objeto y otras equivalentes), aunque pueda arrojar alguna luz sobre nuestras intuiciones morales en casos extremos de privación de derechos procesales o probatorios, difícilmente sean de ayuda cuando se trata de argumentar para casos difíciles cuya respuesta no es evidente. En otros términos, a menos que se asuma una definición estipulativa, no es para nada sencillo encontrar el umbral a partir del cual un determinado arreglo procedimental o probatorio ofende la dignidad del acusado, lo trata como cosa y no como persona<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> 541 U. S. 36 (2004), p. 62.

<sup>48</sup> Tampoco suma afirmar que ese punto ya ha sido definido por la autoridad normativa (el legislador, digamos), al reconocerle al acusado un derecho de interrogar a los testigos, pues la discusión precisamente parte de esa base y busca desentrañar cuál es la mejor interpretación de los alcances de

Este problema se observa fácilmente en un texto bastante citado como el de AL-CÁCER GUIRAO (2013:13) que, de la idea de que al acusado debe permitírsele intervenir en el proceso y ser tratado «como sujeto y no meramente como objeto» deriva, sin otra argumentación, su conclusión de que la garantía no puede «ser sustituida por otras formas de asegurar la fiabilidad de los testimonios sin conllevar a la vez una considerable merma del derecho a un proceso equitativo». ¿Cómo discutir con una declamación como esta?

Nudas apelaciones a la dignidad del acusado, al ser tratado como sujeto y no como objeto, como persona y no como cosa, o a ser consultado en lugar de que se encarguen de uno, entre otras de pareja generalidad y abstracción<sup>49</sup>, simplemente no permiten escoger ante un menú de opciones que tenga por ejemplares a las interpretaciones de *Crawford*, *Al-Khawaja* o *Horncastle*. En efecto, solo a partir de una grosera caricaturización de posiciones como las de la Corte británica en *Horncastle* o de la Gran Sala de la Corte Europea en *Al-Khawaja* y *Schatschaschwili* podría equiparárselas con el caso en que se condena a un individuo sin juicio, o en el que se le impide tomar la palabra y expresar toda línea de defensa, o en el que se descarta sin motivos la prueba que ofrece.

Con esto se ve que la citada máxima de Scalia, a pesar de su aparente fuerza persuasiva, no nos sirve de mucho. No concibo cuál puede ser el argumento (moral o epistemológico) que permita equiparar una interpretación moderada del derecho a la confrontación con una condena sin juicio previo. La asimilación es engañosa y el argumento a mi ver definitorio lo ha dado REDMAYNE (2010:21): la analogía con el juicio por jurados en *Crawford* soslaya que el derecho a ser juzgado por jurados no es uno que se pueda *perder*, a diferencia de lo que la propia Corte norteamericana predica respecto del derecho a la confrontación, para el cual reconoce la excepción de

---

ese derecho a partir de la consideración de sus fundamentos (así: [2009] EWCA Crim 964, §26-8, 36 y 56). Dar un paso más y alegar, con base en la formulación de la cláusula que lo reconoce (la Sexta Enmienda de la Constitución norteamericana, por ejemplo), que no se han previsto excepciones [FRIEDMAN (1998a:1034-5; 2002:247); NANZER (2008:346-7)], además de cierto apego a un formalismo extremo difícil de justificar en el marco de la interpretación de disposiciones constitucionales, pondría a los sostenedores de esta tesis en el aprieto de tener que aceptar que no se puede echar mano de declaraciones previas incluso cuando el acusado asesina a los testigos de cargo para que no declaren en su contra. En tanto no se acepte también esto, la nuda referencia a la falta de excepciones en el texto es un muy débil argumento, que no merece mayor consideración. Para una buena contestación a FRIEDMAN, basada tanto en el texto de la *Confrontation Clause* como en los antecedentes históricos que explican su inclusión en la Constitución norteamericana, SPOTTSWOOD (2018:595-6).

<sup>49</sup> En el mismo sentido, MADDEN (2012:433-44) advierte que el principal defecto de posiciones como la expuesta es que afirma una proposición que no se puede probar: ¿cómo podemos decir con autoridad que el procedimiento X es más respetuoso con la dignidad de un acusado que el procedimiento Y? La dignidad es un concepto tan abstracto que es difícil emplearlo de manera efectiva para defender una formulación concreta de una regla de evidencia. De modo que, en ausencia de alguna *indignidad* obvia derivada de la admisión de una declaración que no ha sido posible controlar vía contraexamen, la sugerencia de que la dignidad del acusado exige la exclusión de tal evidencia resulta poco convincente.

*forfeiture by wrongdoing*<sup>50</sup>. Claro que podría afirmarse que la *forfeiture* es una sensata excepción a ese derecho, pero, en tal caso, ¿por qué razón no cabría admitir otras?

Veamos un ejemplo más (MASSARO, 1988:904) entre las propuestas de interpretación basadas en la noción de trato digno:

«Las nociones de “juego limpio” y “trato digno” en las relaciones sociales y de negocios indican que la mayoría de las personas concede un valor intrínseco a los encuentros cara a cara [...] El ejército de Estados Unidos reconoce este valor intrínseco a través de su práctica de entregar en persona la noticia de la muerte de un hombre o mujer en servicio. Asimismo, en el mundo empresarial es ‘indecente’ despedir a un empleado con una carta, en lugar de hacerlo en un intercambio cara a cara. Usar una carta demuestra falta de respeto hacia la persona afectada, e implica que se la considera de menor estatus. Nuestra cultura, por lo tanto, considera que la entrega de malas noticias significativas a través de una carta, una llamada telefónica u otros dispositivos impersonales es la opción de la que echa mano un mensajero cobarde, o uno que carece de respeto por la igualdad, la humanidad y la dignidad del receptor».

El pasaje citado demuestra un mayor esfuerzo argumentativo y, como en *Crawford*, la analogía parece a primera vista cautivadora. Una mirada más cuidadosa, no obstante, permite notar que es al menos cuestionable: si el estado introduce como prueba la declaración previa de un testigo ausente, ¿viola por esta razón la dignidad del acusado al tratarlo de un modo impersonal? El juicio en sí mismo sigue siendo un procedimiento cara a cara y el acusado oirá cualquier mala noticia —el veredicto de culpabilidad— a través de una entrega personalizada (REDMAYNE, 2010:19, en respuesta a este mismo extracto).

**3.3.3.** Otro tipo de argumentos no-epistémicos desplazan el foco del acusado hacia el testigo cuya declaración contiene una acusación. Aquí el punto central no es tanto que al acusado se lo trate como cosa y no como persona o argumentos similares, sino más bien que, en ciertas circunstancias, puede reputarse innoble y cobarde acusar en las sombras y luego rehuir la mirada de aquel que soportará las consecuencias de la acusación. El pasaje de MASSARO transcrito más arriba puede interpretarse también en este otro sentido, lo mismo que algunos argumentos de O’ BRIAN (2005:499-500) o FRIEDMAN (2002:247-51), y decididamente CLARK (2003), quien emplea una metáfora bastante gráfica que atribuye a la idiosincrasia norteamericana: queremos —dice— pensar en nosotros mismos como personas que no apuñalarán a un hombre por la espalda, incluso —y aquí está la clave— si estamos totalmente convencidos de que merece ser apuñalado (2003:1263).

Propuestas como la de CLARK sugieren una línea no-epistémica de argumentación, cuyas consecuencias frente a distintos grupos de casos habría que analizar cuidadosamente. Por un lado, de interpretarse el derecho a la confrontación bajo esta directriz, habría que admitir que el acusado carece del derecho de confrontar a un testigo, incluso importante para el caso de la fiscalía, si su declaración no es estricta-

<sup>50</sup> REDMAYNE (2010:21) perspicazmente nota, asimismo, que en *Giles v. California* 554 U.S. 353 (2008) la mayoría reconoce este punto, pero lo usa en contra del argumento de la minoría en favor de una amplia *forfeiture exception*, en lugar de cuestionar la coherencia de su propia posición.

mente *acusatoria*<sup>51</sup>. Por el otro, en la medida en que el principio rector es la inmoralidad del que acusa y evita dar la cara, difícilmente una teorización como la descripta justificaría la exclusión de la declaración hecha a la policía en *Al-Khawaja* —donde la víctima había fallecido— o en otros casos donde la inhabilidad para declarar en juicio obedezca a factores que no evidencien esa clase de cobardía o inmoralidad (REDMAYNE, 2010:16-18).

**3.3.4.** Por último, es útil identificar ciertos argumentos parecidos a los anteriores, algunos de los cuales se presentan a sí mismos como no-instrumentales, pero que, en un análisis más profundo, revelan una preocupación asociada a los riesgos de injusticia sustantiva y quedan absorbidos, en esa medida, dentro de los argumentos instrumentales-epistémicos.

En esta amplia categoría podemos ubicar a líneas argumentales como las que ponen el énfasis en la posibilidad de abuso, sugestión y manipulación de los interrogatorios policiales (BERGER, 1992; O' BRIAN, 2005), que REDMAYNE (2010:14-16) asocia con el «liberalismo del temor»; las que encuentran en el enfrentamiento público una oportunidad valiosa para que el testigo enfrente el peso que sus acusaciones cargan sobre la espalda de un congénere y se someta bajo estas condiciones al escrutinio del interrogatorio; o las más generales que apelan al temor del testigo mendaz a la vergüenza y escarnio público.

En el caso de las últimas dos líneas argumentales, la preocupación por la calidad epistémica de la información es fácil de detectar. Basta con poner de relieve que una de las más obvias razones para explicar por qué resultaría valioso que los testigos de cargo aprecien crudamente los costos que sus declaraciones acarrearán al acusado es que esto los haría pensar dos veces antes de mentir o de hacer afirmaciones con ligereza. La habilidad del acusado y su defensa, a su vez, podrían ayudar a exponer mentiras y errores (REDMAYNE, 2010:14).

Lo mismo puede decirse de la primera línea de argumentos, vinculada con la necesidad de controlar el riesgo de manipulación policial, que llama la atención sobre la importancia del modo en que se registran los interrogatorios más tempranos, usualmente a cargo de la policía, y su posible incidencia en las declaraciones que tienen lugar en juicio (usualmente celebrado bastante tiempo después) a través del recurso a *refrescar* la memoria con base en los registros escritos<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> El propio CLARK pone el ejemplo del empleado de una empresa de mensajería que registra regularmente el tipo y número asignado a los paquetes que entrega en distintos domicilios, incluido el del acusado. Aunque la pregunta acerca de si este empleado entregó un paquete en particular al acusado devenga en un aspecto importante del caso de la fiscalía, no podría invocarse un derecho a confrontarlo. Véase, no obstante, REDMAYNE (2010:17-8), que se pregunta si no sería acaso innoble de parte del empleado evitar comparecer al juicio una vez que sabe que la suerte del acusado depende de la precisión de sus anotaciones.

<sup>52</sup> Se trata de razones que deberían considerarse, usando la clasificación de Ho (2008:51-84), desde la *perspectiva externa* del ingeniero o diseñador del sistema, en busca de soluciones prácticas que desalienten o prevengan técnicas o conductas que deliberada o imprudentemente degraden la calidad de la evidencia, tanto como desde la *perspectiva interna*, la del llamado a decidir, entendido como

En lo que respecta a la idea de desconfianza asociada a la memoria histórica de abusos del estado (la apelación al tristemente célebre juicio contra Sir Walter Raleigh), por último, esta ciertamente juega un papel en la comprensión del derecho a la confrontación, pues explicaría una interpretación del derecho donde se le exija a la fiscalía que presente la mejor evidencia disponible y, con ello, vedaría la posibilidad de incorporar por lectura la declaración de un testigo que sí está disponible. Esta interpretación responde suficientemente a la preocupación inherente al surgimiento de la garantía, al menos en buena parte de los casos y salvo que uno sea paranoico hasta el punto de creer, digamos, que el Estado orquestó el suicidio de la víctima en *Al-Khawaja* (REDMAYNE, 2012:877).

#### 4. PALABRAS DE CIERRE

Si pasamos en limpio lo expuesto, podemos rescatar las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el derecho de confrontación puede ser entendido como uno de tipo instrumental, asociado al riesgo de injusticia sustantiva, como una de las herramientas procesales que se ponen al servicio del acusado para permitirle testear y poner en duda la confiabilidad de la información provista por un testigo. Desde esta perspectiva, una interpretación del derecho que tenga por corolario una regla rígida de exclusión o prohibición de valoración de declaraciones previas de testigos no disponibles no está justificada, puesto que —en defecto de una prueba mejor— excluir evidencia relevante y, en ocasiones, de gran valor probatorio, no es la única ni la mejor manera de evitar el riesgo de error en la decisión de la *quaestio facti*.

En segundo término, las miradas alternativas, no-instrumentales, del derecho a la confrontación, que algunos autores invocan como un mantra para apoyar una *regla-Crawford* o criticar la flexibilización de la *sole or decisive rule* a partir de *Al-Khawaja y Tahery* de la Gran Sala de la Corte Europea, son verdaderamente estériles.

Por un lado, la idea de derechos procesales y probatorios valiosos en sí mismos, no-instrumentales, es difícil de justificar en alguna categoría moral distinta del riesgo de injusticia sustantiva y presenta, además, objeciones difíciles de superar.

Por el otro, admitiendo a fines argumentativos la relevancia de razones que basan los derechos de participación del acusado en nociones de trato digno y otras equiva-

---

agente moral. A este último respecto la idea de responsabilidad epistémica entraña un llamado a evaluar con suma prudencia la *derrotabilidad* de las inferencias derivadas de una declaración que no ha podido ser testeada (HO, 2008:237-83; AMAYA, 2009:31-47). Volviendo al riesgo de sugestión en los interrogatorios policiales, REDMAYNE (2010:15-6) considera, en una opinión que comparto, que una medida como la grabación de los interrogatorios policiales puede ser una forma bastante más efectiva de controlar las técnicas policiales de manipulación y garantizar la calidad de la información, que la adopción de un derecho a la confrontación absoluto. A diferencia de un registro escrito y mediatizado, la grabación permitiría conocer lo que sucedió en los momentos más cercanos al hecho —el contenido de las preguntas, lo expresado exactamente en las respuestas—, con independencia de si el testigo está o no disponible para el juicio.

lentes, hemos visto que estos se mueven en un nivel de generalidad y abstracción tal que no pueden ayudarnos a optar entre las alternativas que se encuentran en discusión para la definición de los alcances del derecho a interrogar a los testigos de cargo. Otras líneas argumentales enfocadas en los deberes morales de los testigos, restringen el alcance de la garantía a cierto tipo de declaraciones, al tiempo que resultan inidóneas para justificar una exclusión o prohibición de valoración de la declaración previa en casos donde el testigo no rehúye a dar la cara, sino que la ausencia responde a otros factores. Así, difícilmente sean de utilidad para defender una *regla-Crawford* o similar de manera indiscriminada. Por fin, otros variados argumentos que, en ocasiones, se presentan como no-epistémicos son, sin embargo, reflejos de las mismas preocupaciones por la rectitud de la decisión, cuya incidencia analizamos en primer lugar.

Queda pendiente para otra oportunidad el desarrollo de una propuesta de interpretación que apenas pude presentar rudimentariamente. De acuerdo con esta, el derecho analizado es uno a interrogar o contra-examinar a los testigos *razonablemente disponibles* y contiene la facultad específica de exigir que la acusación sea responsable en la presentación de la *mejor evidencia disponible*. En cambio, no abarca un derecho específico de exigir que la acusación se vea privada de utilizar en apoyo de su caso declaraciones previas de un testigo que ya no está disponible por motivos serios y atendibles.

La defensa de tal propuesta exigiría clarificar, entre otras cuestiones, en qué sentido se emplea en este contexto la noción de «mejor evidencia disponible» y, especialmente, considerar la espinosa cuestión de cómo deberían resolverse aquellos casos donde la imposibilidad de contar con el testigo en el juicio resultaba previsible para el órgano estatal encargado de llevar adelante la investigación previa.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, R., 2013: «La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4): 1-15.
- ALLEN, R.J., 2009: «From the Enlightenment to Crawford to Holmes», en *Seton Hall Law Rev*, 39 (1): 1-16.
- AMAR, A. R., 1996: «Foreword: Sixth Amendment First Principles», en *Georgetown Law Journal*, 84: 641-712.
- AMAYA, A., 2009: «The Ethics of Trial Deliberation: Moral Agency in Legal Fact-Finding», en *International Commentary on Evidence*, 7 (2): 1-47.
- ANDERSON, T., SCHUM, D. Y TWINING W., 1991: *Analysis of Evidence*, 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 2005.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2003: «Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)», en *Jueces para la Democracia*, 46: 57-66.
- 2009: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi.
- BAYÓN MOHINO, J. C., 2008: «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano», en *Análisis e diritto*, 2008:15-34.
- BERGER, M.A., 1992: «The Deconstitutionalization of the Confrontation Clause: A Proposal for a Prosecutorial Restraint Model», en *Minnesota Law Rev*, 76: 557- 600.
- CAROFIGLIO, G., 2007: *L'arte del dubbio*, Palermo: Sellerio Editore. Citado por la traducción castellana de JUANATEY, L.: *El arte de la duda*, Madrid: Marcial Pons, 2010.

- CARRAL, D., 2011: *El derecho a confrontar los testigos de cargo*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- CARRIÓ, A. D., 2007: «El derecho a confrontación de testigos de cargo. Garantía constitucional y un llamado a la realidad», en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2007-6:1092-.
- CHOO, A. L. T., 1996: *Hearsay and confrontation in criminal trials*, Oxford: Clarendon Press.
- 2005: *Evidence*, 4ª ed., New York: Oxford University Press, 2015.
- 2013: «Criminal Hearsay in England and Wales: Pragmatism, Comparativism, and Human Rights», en *Canadian Criminal Law Review*, 17: 227-252.
- CLARK, S.J., 2003: «An Accuser-Obligation Approach to the Confrontation Clause», *Nebraska Law Review*, 81 (3):1258- 1286.
- CONTRERAS ROJAS, C., 2015: *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Madrid: Marcial Pons.
- DAMAŠKA, M. R., 1992: «Of Hearsay and Its Analogues», en *Minnesota Law Review*, 76: 425-458.
- 1997: *Evidence Law Adrift*, New Haven-Londres: Yale University Press. Citado por la traducción castellana de PICÓ I JUNOY, J.: *El derecho probatorio a la deriva*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015.
- DELMAS-MARTY, M. y SPENCER, J.R. et. al., 1995: *Procédures pénales d'Europe*, París: Presses Universitaires de France. Citado por la edición en inglés (2002): *European Criminal Procedures*, reimp. de la ed. en rústica, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- DENNIS, I., 2010: «The Right to Confront Witnesses: Meanings, Myths and Human Rights», en *Criminal Law Review* (4):255-274.
- DÍAZ, E. M., 2017: *Sobre la verdad y la protección de la inocencia en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- DÍAZ CANTÓN, F., 2009: «Declaraciones de menores de edad víctimas de abuso en Cámara Gesell y el derecho del imputado a la confrontación con los testigos de cargo», en *Revista de derecho procesal penal*, (1): 227-255.
- DUFF, A. et. al, 2007: *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford-Portland: Hart Publishing.
- DWORKIN, R., 1985: *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press. Citado por la traducción castellana de BOSCHIROLI, V. d. l. A.: *Una cuestión de principios*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- EPSTEIN, J., 2009: «Cross-Examination: Seemingly Ubiquitous, Purportedly Omnipotent, and “At Risk”», en *Widener Law Review*, 14 (2): 427-451.
- FERRAJOLI, L., 1989: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma: Laterza. Citado por la traducción castellana de ANDRÉS IBÁÑEZ, P. et al.: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 9ª ed., Madrid: Trotta, 2009.
- FERRER BELTRÁN, J., 2007: *La valoración racional de la prueba*, Buenos Aires: Marcial Pons.
- 2010: «Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia», en *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 4 (1): 1-26.
- FERRÚA, P., 1992: «Contraddittorio e verità nel processo penale», en *Studi sul processo penale*, Torino: Giappichelli, 2: 47 ss.. Citado por la traducción castellana de FILIPPI A. y LÓPEZ PULEIO M.F., «Contradictorio y verdad en el proceso penal», en GIANFORMAGGIO, L. (ed.); EIROA P.D. y GUZMÁN N. (coord.), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Bogotá: Temis, 2008, 218-257.
- FRIEDMAN, R.D., 1998a: «Confrontation: The Search for Basic Principles», en *Georgetown Law Journal*, 86 (4): 1011-1043.
- 1998b: «Thoughts From Across the Water on Hearsay and Confrontation», en *Criminal Law Review*, 697-709.
- 2002: «The Conundrum of Children, Confrontation, and Hearsay», en *Law and Contemporary Problems*, 65: 243-255.
- 2004: «“Face to Face”: Rediscovering the Right to Confront Prosecution Witnesses», en *The International Journal of Evidence & Proof*, 8: 1-30.
- 2005: «Grappling with the Meaning of “Testimonial”», en *Brooklyn Law Review*, 71 (1): 241-280.
- GARCÍA, L.M., 2002: «El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños. Nota al caso “P.S. v. Alemania”», en *Revista La Ley*, 2002-F:15- .

- GASCÓN ABELLÁN, M., 1999: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2005: *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima: Palestra-Temis.
- GRAHAM, M. H., 1988: «The Confrontation Clause, The Hearsay Rule, and Child Sexual Abuse Prosecutions: The State of the Relationship», en *Minnesota Law Review*, 72: 523-601.
- GUARIGLIA, F., 2005: *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires: Del Puerto.
- GUZMÁN, N., 2006: *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, 2ª ed., Buenos Aires: Del Puerto, 2011.
- HO, H. L., 2008: *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*, Oxford: Oxford University Press.
- JACKSON, J.D., 2018: «Common Law Evidence and the Common Law of Human Rights: Towards a Harmonic Convergence?», borrador de su ponencia presentada en el *Congreso Mundial sobre Razonamiento Probatorio*, Girona, 6-8 de junio de 2018.
- y SUMMERS, S.J., 2012: *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, New York: Cambridge University Press.
- JAUCHEN, E. M., 2010: «Derecho del imputado y su defensor a interrogar testigos y peritos de cargo y descargo», en *Revista de derecho procesal penal*, 1: 101-113.
- LANGBEIN, J. H., 1978: «The Criminal Trial Before Lawyers», en *University of Chicago Law Review*, 45 (2): 263-316.
- 1996: «The Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources», en *Columbia Law Review*, 96: 1168-1202.
- LAUDAN, L., 2006: *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press. Citado por la traducción castellana de VÁZQUEZ, C. Y AGUILERA, E.: *Verdad, error y proceso penal*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.
- LILLY, G. C., 1984, «Notes: on the Confrontation Clause and Ohio v. Roberts», en *Florida Law Review*, 36, 207-233.
- LÓPEZ GUERRA, L., 2013: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 32: 139-151.
- MADDEN, M., 2012: «Anchoring the Law in a Bed of Principle: A Critique of, and Proposal to Improve, American and Canadian Confrontation and Hearsay Law», en *Boston College International and Comparative Law Review*, 35 (2): 395-448.
- MAFFEI, S., 2006: *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, Groningen: Europa Law Publishing.
- MAIER, J. B. J., 1982: *La ordenanza procesal penal alemana: su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino*, Buenos Aires: Depalma.
- 1989: *Derecho procesal penal argentino*, Buenos Aires: Hammurabi. Citado por la edición posterior titulada *Derecho procesal penal: fundamentos*, 2ª ed., 4ª reimp., Buenos Aires: Del Puerto, 2012.
- MASSARO, T.M., 1988: «The Dignity Value of Face-to-Face Confrontations», en *University of Florida Law Review*, 40 (5):863-918.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., 2018: «Prueba testifical y garantía de contradicción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en VÁZQUEZ, C. (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, Buenos Aires: Editores del Sur, 299-366.
- MOSTELLER, R. P., 1993: «Remaking Confrontation Clause and Hearsay Doctrine Under the Challenge of Child Sexual Abuse Prosecutions», en *University of Illinois Law Review*, 4: 691-807.
- MUERZA ESPARZA, J. J., 2016: «Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal», en *Revista General de Derecho Procesal*, 39:1-22.
- NANCE, D.A., 1988, «The Best Evidence Principle», *Iowa Law Review*, 73: 227-297.
- 2004: «Rethinking Confrontation After Crawford», en *International Commentary on Evidence*, 2 (1).
- NANZER, A., 2008: «La prueba derivada bajo el prisma del derecho a la confrontación», en PASTOR, D.R. (DIR.) Y GUZMÁN, N. (COORD.), *Neopunitivismo y neoinquisición: un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

- NIEVA FENOLL, J., 2010: *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- O'BRIAN, W.E., 2005: «The Right of Confrontation: US and European Perspectives», en *The Law Quarterly Review*, 121(3): 481-510.
- 2011: «Confrontation: the defiance of the English courts», en *The International Journal of Evidence & Proof*, 15: 93-116.
- PARK, R. C., 2003: «Visions of Applying the Scientific Method to the Hearsay Rule», en *Michigan State Law Review*, (4): 1149-1174.
- y SAKS, M. J., 2006: «Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn», en *Boston College Law Review*, 47 (5): 949-1031.
- 2007: «Is Confrontation the Bottom Line? », en *Regent University Law Review*, 19: 459-467.
- PETTIT, P., 1989: «Consequentialism and Respect for Persons», en *Ethics*, 100 (1): 116-126.
- PIQUÉ, M.L., 2014: «El conflicto entre el derecho de interrogar a los testigos y el derecho de las víctimas de no ser revictimizadas. Algunas reflexiones a partir de “Gallo López”», en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 16: 124-157.
- POSNER, R. A., 1999: «An Economic Approach to the Law of Evidence», en *Stanford Law Review*, 51: 1477-1546.
- PRADEL, J., 1976: *Procédure pénale*, 17ª ed., Paris: Éditions Cujas, 2013.
- REDMAYNE, M., 2010: «Confronting Confrontation», en *Law, Society and Economy Working Papers*, 10/2010: 1-30.
- 2012: «Hearsay and Human Rights: *Al-Khawaja* in the Grand Chamber», en *The Modern Law Review*, 75 (5): 865-893.
- ROBERTS, P. y ZUCKERMAN, A., 2004: *Criminal Evidence*, Oxford: Oxford University Press.
- ROTHSTEIN, P.F., 2015: «Unwrapping the Box the Supreme Court Justices Have Gotten Themselves into: Internal Confrontations over Confronting the Confrontation Clause», en *Howard Law Journal*, 58: 479- 520.
- ROXIN, C., 1979: *Strafverfahrensrecht*, 15ª ed., Múnich: Beck. Citado por la traducción castellana de CÓRDOBA, G.E. y PASTOR, D. R. de la 25ª ed. alemana de la obra iniciada y continuada hasta 8ª ed. por KERN, E. y hasta la 14ª ed. conjuntamente, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Del Puerto, 2000.
- SAKS, M. J. y SPELLMAN, B.A., 2016: *The Psychological Foundations of Evidence Law*, New York: New York University Press.
- SANCINETTI, M.A., 2002: *Análisis crítico del caso “Cabezas”: el juicio*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- SCALLEN, E.A., 1992: «Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: Toward a Three-Dimensional Confrontation Clause», en *Minnesota Law Review*, 76: 623-654.
- SCHAUER, F., 2009: *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge: Harvard University Press. Citado por la traducción castellana de SCHLEIDER, T.J., *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- SEIGEL, M.L., 1992: «Rationalizing Hearsay: A Proposal for a Best Evidence Hearsay Rule», *Boston University Law Review*, 72 (5): 893-950.
- SKLANSKY, D. A., 2009: «Hearsay's Last Hurrah», en *The Supreme Court Review*, (1): 1-82.
- SPENCER, J.R., 2008: *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, Oxford: Hart Publishing.
- 2010: «Squaring up to Strasbourg: *Horncastle* in the Supreme Court», en *Archbold Review*, (1): 6-9.
- SPOTTSMWOOD, M., 2018: «Truth, Lies, and the Confrontation Clause», en *University of Colorado Law Review*, 89: 565-611.
- STEIN, A., 1996: «The Refoundation of Evidence Law», en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 9 (2): 279-342.
- 2005: *Foundations of Evidence Law*, Oxford-New York: Oxford University Press.
- SUMMERS, S. J., 2004: «The Right to Confrontation After *Crawford v. Washington*: A “Continental European” Perspective», en *International Commentary on Evidence*, 2 (1).
- TARUFFO, M., 1992: *La prova dei fatti giuridici*, Milán: Giuffré. Citado por la versión castellana de MANRÍQUEZ, L. Y FERRER BELTRÁN, J., 2008: *La prueba*, Madrid: Marcial Pons.

- 2009: *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari: Laterza. Citado por la versión castellana de ACCATINO SCAGLIOTTI, D., *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- TOMKOVICZ, J. J., 2011: *Constitutional Exclusion: The Rules, Rights and Remedies that Strike the Balance between Freedom and Order*, New York: Oxford University Press.
- TRECHSEL, S., 2005: *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press.
- TRIBE, L. H., 1978: *American Constitutional Law*, New York: Foundation Press.
- UBERTIS, G., 2015: *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milán: Giuffrè. Citado por la traducción castellana de ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Elementos de epistemología del proceso judicial*, Madrid: Trotta, 2017.
- VARELA, A., 2016a: «Juicio por jurados, el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba “hearsay” en el derecho anglosajón», en *El debido proceso penal*, 2: 179-218.
- 2016b: «Apuntes sobre el derecho a confrontar a los testigos de cargo», en *Jurisprudencia de Casación Penal*, 1:155-195.
- VOGLER, R. y HUBER, B. et. al., 2008: *Criminal Procedure in Europe*, Berlin: Duncker & Humblot.
- VOLK, K., 1999: *Grundkurs StPO*, 7ª ed., Munich: Beck, 2010. Citado por la traducción castellana de NANZER, A. et al., *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2016.
- WESTEN, P., 1978: «Confrontation and Compulsory Process: A Unified Theory of Evidence for Criminal Cases», en *Harvard Law Review*, 91 (3): 567-628.
- 1979: »The Future of Confrontation», en *Michigan Law Review*, 77 (5): 1185-1217.
- WHITE, P. J., 2003: «Rescuing the Confrontation Clause», en *South Carolina Law Review*, 54, 537-622.
- WILDE, B. DE, 2013: «A fundamental review of the ECHR right to examine witnesses in criminal cases», en *The International Journal of Evidence & Proof*, 17 (2): 157-182.
- YOUNGS, R., 1998: *English, French and German Comparative Law*, 3ª ed., New York: Routledge, 2014.

## QUAESTIO FACTI E QUAESTIO IURIS

Giulio Ubertis

Professore ordinario di Diritto processuale penale  
ed Epistemologia giudiziaria  
nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano  
giulio.ubertis@unicatt.it

**ABSTRACT:** L'epistemologia giudiziaria studia i metodi e la validità della conoscenza nella ricostruzione giudiziale del fatto. Quindi, riguarda particolarmente la quaestio facti. Ma non si può ignorare l'indissolubile nesso esistente tra quest'ultima e la quaestio iuris. Anche la competenza di legittimità della Corte di cassazione può fondarsi non su una separazione tra questioni di fatto e questioni di diritto, ma sul divieto di svolgere attività probatoria o sulla limitazione, ad esempio, delle violazioni processuali che può esaminare.

**PAROLE CHIAVE:** Corte di cassazione; Epistemologia giudiziaria; *Quaestio facti*; *Quaestio iuris*.

## QUAESTIO FACTI AND QUAESTIO IURIS

**ABSTRACT:** Judicial epistemology studies the methods and the validity of knowledge in the judicial reconstruction of the fact. Therefore, it refers particularly to *quaestio facti*. But the indissoluble relationship between the latter and *quaestio iuris* cannot be ignored. Also, the competence of legitimacy of the Court of cassation may be based not on a separation of question of fact from question of law, but on a prohibition of proceeding with evidentiary investigation or on a limitation, for example, of the breaches of procedure it may examine.

**KEYWORDS:** Court of cassation; Judicial epistemology; *Quaestio facti*; *Quaestio iuris*.

**SOMMARIO:** 1. Il titolo di una rivista.—2. La prospettiva giuridica orienta il giudizio di fatto.—3. ... e il giudizio di diritto implica quello di fatto.—4. La competenza dalla Corte di cassazione.

## 1. IL TITOLO DI UNA RIVISTA

La rivista, sul cui primo numero ho l'onore di presentare questo sintetico contributo, è particolarmente importante e innovativa nel panorama internazionale delle pubblicazioni giuridiche periodiche, perché istituisce espressamente una sede dove unificare le esperienze del mondo europeo continentale, anglosassone e latino-americano (con interessamento anche a quello cinese) in maniera interdisciplinare e in un ambito di ricerche ancora a uno stadio iniziale.

Sebbene, infatti, il tema della prova e del ragionamento giuridico sia stato in ogni epoca e inevitabilmente oggetto di indagine da parte degli studiosi del processo giudiziario (civile, penale o amministrativo che fosse) e degli operatori nelle aule di giustizia, fino a poco tempo fa è mancata la consapevolezza che una disamina adeguata della materia è possibile unicamente con il confluire di diverse competenze: giuridiche certamente, ma pure logiche, filosofiche, psicologiche, sociologiche ed epistemologiche.

Di *epistemologia giudiziaria*, ad esempio, si è cominciato a parlare nel 1979 in Italia<sup>1</sup>, rilevando l'esigenza di esaminare in modo non settoriale i metodi e la validità della conoscenza conseguita in campo processuale: e ciò può effettuarsi coniugando la tradizionale riflessione tecnico-giuridica con la considerazione del dibattito filosofico-scientifico contemporaneo.

Forse proprio la ripulsa di un'attenzione esclusivamente giuridica all'argomento e invece aperta agli esiti degli sviluppi scientifici, usualmente ritenuti più strettamente connessi a elementi fattuali, ha indotto a scegliere un titolo in cui chiaramente emergesse il riferimento all'attività giudiziale nel suo aspetto della ricostruzione fattuale, sul cui giudizio di verità si fonda l'emanazione di una decisione giusta, «indipendentemente dal criterio giuridico che si impiega per definire e valutare la giustizia della decisione»<sup>2</sup>. In proposito, è significativo che il legame (e quindi il rifiuto di una omologazione) tra verità e giustizia sia normativamente confermato in Italia dalla formula del giuramento prevista per i giudici popolari nei giudizi di assise (art. 30 comma 1 l. 10 aprile 1951 n. 287), dove, scolpendosi i caratteri della sentenza, si prescrive che essa «riesca quale la società deve attenderla: affermazione di verità e di giustizia».

Tuttavia due precisazioni si rendono ineludibili.

La prima concerne l'avvertenza che nel processo si accerta la «verità di una proposizione»<sup>3</sup> e la prova, dunque, non concerne mai un “fatto” e riguarda sempre un “enunciato”<sup>4</sup>:

<sup>1</sup> UBERTIS, 1979: 54 ss.

<sup>2</sup> TARUFFO, 1992: 43.

<sup>3</sup> CARRARA, 1886: 201.

<sup>4</sup> Anche per evitare fastidiose ripetizioni, si impiegano sinonimicamente vocaboli quali “enunciato”, “proposizione”, “asserzione” o “affermazione” (di cui, in ogni caso, manca nella relativa letteratura un utilizzo uniforme), poiché dovrebbe emergere facilmente dal contesto quando ci si riferirà all'espressione linguistica o quando si intenderà richiamarne il contenuto (siffatta distinzione è stata recentemente esemplificata in una monografia di epistemologia giudiziaria da GARBOLINO, 2014: 20 ss.).

«si può parlare di ‘verifica’ solo in relazione a proposizioni»<sup>5</sup>. L’iniziale affermazione probatoria risulta vera («provata») e si può pertanto dire di “conoscere un fatto” quando, dopo aver instaurato un confronto con un altro enunciato (quello risultante dall’esperienza probatorio), si riscontra che le due asserzioni coincidono. Appunto perché «per controllare un giudizio ne occorre un altro, a cui commisurare il primo»<sup>6</sup> o, detto altrimenti, «il controllo delle sue proposizioni *protocollari* il giudice deve compierlo attraverso il raffronto con altre proposizioni dello stesso tipo»<sup>7</sup>, il processo si celebra all’interno di un *universo linguistico*.

La seconda vertice sulla sottolineatura che la *quaestio facti* è comunque in un rapporto di unità-distinzione con la *quaestio iuris*: e questo è l’oggetto del presente scritto.

## 2. LA PROSPETTIVA GIURIDICA ORIENTA IL GIUDIZIO DI FATTO

È invero difficilmente contestabile che esista una «reciproca interdipendenza tra il lavoro diretto alla ricostruzione del fatto (nei suoi profili oggettivi e soggettivi) e quello volto alla qualificazione giuridica di quanto dedotto in giudizio»<sup>8</sup>. Quando infatti si intende esaminare un fatto per valutarne gli effetti giuridici o la corrispondenza a norme di diritto, non è possibile evitare di guardarlo con l’uso del reticolo da esse fornito.

Come è stato da tempo riconosciuto, unicamente un «senso mistico della legge»<sup>9</sup> combinato con «un’osservazione superficiale ... ha potuto far ritenere ... che fosse possibile distinguere ... un giudizio di fatto, ed uno di diritto»<sup>10</sup> tra loro nettamente separati.

Il «fatto» è determinato selettivamente con una scelta compiuta nell’ottica della sua «giuridicità» e risulta quindi impossibile, pure nel successivo momento della verifica processuale, trascurare il contesto teorico dove era stato anteriormente compreso: non può aversi una situazione in cui il fatto «in quanto tale» si trovi in posizione dicotomica rispetto al diritto “in quanto tale”.

L’allegazione di parte non è mai un mero «giudizio di fatto» e parimenti non è tale la decisione del giudice, dove «il résultat que les faits établis ne sont pas du tout ‘des faits purs’»<sup>11</sup>, tanto più quando si rammenti che la loro conoscenza è inevitabilmente ottenuta con un’attività disciplinata da regole, specialmente probatorie, che caratterizzano qualunque sistema processuale.

<sup>5</sup> NEURATH, 1932-1933: 59.

<sup>6</sup> CORDERO, 1963: 6. Analogamente, per CARNELUTTI, 1958: 129, «la prova (di un giudizio) non può consistere se non in un giudizio diverso».

<sup>7</sup> DENTI, 1957: 6-7.

<sup>8</sup> UBERTIS, 2015: 71, evitando ulteriori richiami quando si ripropongano considerazioni contenute in tale volume.

<sup>9</sup> SATTA, 1962: 799.

<sup>10</sup> BENVENUTI, 1953: 65.

<sup>11</sup> PERELMAN, 1961: 271.

Gli attori nei processi civili (ma anche i ricorrenti e il pubblico ministero in quelli amministrativi e penali), quando si rivolgono al giudice, «non prospettano fatti nudi, ma fatti qualificati (non per nulla l'art. 163, n. 3 [rectius: 4], C. Proc. Civ. esige, nell'atto di citazione, gli elementi di diritto accanto alla esposizione dei fatti)»<sup>12</sup>, perché «il fatto nel processo non è mai pensato ed espresso isolatamente in funzione della sua verità meramente fattuale ... ma in essenziale relazione con una norma giuridica»<sup>13</sup>.

Né va ignorato che «l'attività di ricostruzione probatoria influenza l'attività di qualificazione normativa piegandola alle proprie circoscritte possibilità euristiche»<sup>14</sup>, «il fatto non è un dato che viene accertato nella sua pretesa oggettività empirica, ma l'esito di un processo ricostruttivo disciplinato dal diritto in funzione delle sue finalità e dei suoi valori»<sup>15</sup>.

Gli unici fatti pertinenti asseriti in ogni processo sono quelli da cui possano scaturire conseguenze giuridiche<sup>16</sup>, ossia fatti giuridici<sup>17</sup>, non potendosi accogliere l'opinione di chi<sup>18</sup> voglia ritenere deducibili nel processo fatti non giuridici (sarebbero quelli corrispondenti ai vari casi della vita, su cui si fondano le ricostruzioni delle parti e del giudice), riconosciuti peraltro indirettamente idonei alla fissazione della *res in iudicium deducta*.

Occorre ribadire che «il 'fatto' del giurista non è un fatto per così dire grezzo, primordiale, metagiuridico, ma il fatto rappresentato in funzione di un interesse giuridico»<sup>19</sup> e sempre, in quanto giuristi, «noi guardiamo al fatto attraverso la norma»<sup>20</sup>.

### 3. ... E IL GIUDIZIO DI DIRITTO IMPLICA QUELLO DI FATTO

D'altra parte, si è evidenziata «una 'essenza relazionale' della fattispecie»<sup>21</sup>, sostenendo che lo stesso «giudizio di diritto implica, in realtà, il giudizio di fatto»<sup>22</sup>.

<sup>12</sup> V. ANDRIOLI, 1967: 261.

<sup>13</sup> NASI, 1967: 987

<sup>14</sup> CARLIZZI, 2006: 1195.

<sup>15</sup> VOGLIOTTI, 2007: 239.

<sup>16</sup> PERELMAN, 1959 : 212, ha pertanto sostenuto che, per le parti in causa, sono i provvedimenti giurisdizionali «qui leur importent le plus souvent, bien plus que la réalité des faits, qui ne constituent qu'un moyen de fonder les conséquences juridiques qui en découlent».

<sup>17</sup> CONSO, 1955: 44, ad esempio, definisce «fatto giuridico ogni fatto rilevante per il diritto nel senso che da solo o, per lo meno, insieme ad altri (che saranno, pure essi, fatti giuridici) è produttivo di conseguenze giuridiche».

<sup>18</sup> TARUFFO, 1971: 40.

<sup>19</sup> ROTONDI, 1977: 952.

<sup>20</sup> IRTI, 1967: 95.

<sup>21</sup> PISANI, 1959: 16, aggiungendo che «per questo la scelta della fattispecie primaria si opera per tentativi, ad ognuno dei quali sottende un problema d'interpretazione, al fine di vagliare comparativamente le possibili conseguenze che scaturiscono dall'adottare come applicabile l'uno o l'altro schema valutativo» (ivi, 17).

<sup>22</sup> CARNELUTTI, 1956: 93.

Il nesso tra i due giudizi è inevitabile dato che la tensione alla giustizia sottostante a tutto l'ordinamento si rivela altresì nell'attività interpretativa volta all'individuazione della norma applicabile. Pure l'analisi *sub specie iuris* postula «l'uso degli strumenti propri del discorso valutativo: si pensi al ragionamento analogico, mediante il quale si perviene all'identificazione dell'identità di *ratio* tra il caso non regolato e quello esplicitamente previsto»<sup>23</sup>.

Similmente al giudizio concernente la *quaestio facti*, che non può concernere un "puro fatto" per la sua ineludibile collocazione interna alle coordinate giuridiche, il "giudizio di diritto" non concerne una regola astratta e slegata dall'esperienza umana, ma una norma destinata a trovare attuazione nel mondo concreto, dove è necessaria e imprescindibile la correlazione tra il precetto come scelto e interpretato e il "fatto" come ricostruito: «le norme sono interpretate in funzione dei fatti e questi ricostruiti in funzione di quelle»<sup>24</sup>.

Le componenti della coppia rappresentata da fatto e diritto, *quaestio facti* e *quaestio iuris*, giudizio di fatto e giudizio di diritto costituiscono costruzioni intellettuali tra loro inscindibili, dove pensiero e azione sono intimamente fusi<sup>25</sup> e il cui carattere distintivo è fondamentalmente metodologico. Esse, «progressivamente e reciprocamente determinantisi»<sup>26</sup>, sono generalmente oggetto di esame disgiunto soltanto per risolvere con un'esposizione ordinata i differenti problemi che, in diversi momenti, possono doversi affrontare in ambito processuale.

Si tratta di una distinzione «attuata all'interno di un contesto unitario che, senza tramutarla in identità dei termini, consente di riconoscere questi ultimi non come qualitativamente separati ma come portatori di una diversa proporzione tra gli atteggiamenti, comunque presenti, della constatazione e della valutazione giuridica»<sup>27</sup>.

#### 4. LA COMPETENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Disconoscendo le critiche risalenti almeno fino al secolo XIX<sup>28</sup>, spesso viene affermato che sarebbe normalmente «bandito dal giudizio di cassazione il giudizio di fatto»<sup>29</sup>; in questo modo, non si pone attenzione al concreto operare della Corte di cassazione<sup>30</sup>, la cui disamina contribuisce a smascherare tali astratte teorizzazioni.

<sup>23</sup> CORDERO, 1961: 883.

<sup>24</sup> FERRUA, 2017: 41.

<sup>25</sup> PERELMAN, 1961: 278.

<sup>26</sup> PASTORE, 1996: 58.

<sup>27</sup> UBERTIS, 1979: 76.

<sup>28</sup> TARUFFO, 1982: 47, ricorda quelle formulate quando, al tempo dell'unificazione legislativa successiva all'unità d'Italia, si confrontarono i fautori del sistema della Cassazione e i sostenitori di quello della terza istanza.

<sup>29</sup> TONINI, 2018: 955.

<sup>30</sup> Se «il magistrato del 'controllo' ... si persuade o ha la sensazione di trovarsi di fronte ad una sentenza errata, ingiusta sul terreno del giudizio di fatto, ... trova il suo sfogo nell'annullamento, per

L'asserita dicotomia tra il «fatto» e il «diritto», infatti, non è riconducibile a un ipostatizzato «dato oggettivo» precedente all'interpretazione<sup>31</sup> ed è funzionale a un (elastico) canone di (auto)determinazione della competenza<sup>32</sup>: senza ignorare che il medesimo «giudizio di diritto» va reputato «di fatto» nella misura in cui si consideri che esso concerne un «fatto» costituito da una norma giuridica<sup>33</sup>.

D'altra parte, è stato da tempo rilevato che la Corte di cassazione, nel momento in cui afferma che la questione sottoposta è «di fatto» e che pertanto appartiene alla competenza del giudice di grado inferiore, sostanzialmente indica agli interessati ritiene di affidare a questo il compito della sua qualificazione giuridica<sup>34</sup>. Il «giudizio di fatto» che la Cassazione rinuncia a esprimere è comunque impregnato di diritto anche perché individuato come tale da un «giudizio di diritto» che lo estromette dalla propria sfera di applicazione.

Quando non le sembra adeguata la decisione che sta esaminando, la Corte di cassazione può sempre operare una «conversione» della questione di fatto in questione di diritto, inserendola all'ambito della propria competenza. Secondo un ormai celebre esempio<sup>35</sup>, l'esegesi della disposizione secondo cui l'usufrutto cessa con la «morte naturale» dell'usufruttuario non pare dare adito a dubbi. Il quadro, tuttavia, muterebbe qualora tale soggetto venisse a subire un procedimento scientifico che permettesse di conservarlo indefinitamente in stato di ibernazione. La stessa nozione di «morte naturale», che fino poco prima rappresentava una indiscussa «questione di fatto», diventerebbe agevolmente una «questione di diritto» idonea a provocare al riguardo un provvedimento della Corte di cassazione.

Poiché la separazione tra fatto e diritto non è quindi in grado di fondare la ripartizione della competenza tra la Corte di cassazione e i giudici di grado inferiore, occorre quindi definire un criterio di tipo *quantitativo* ed *estrinseco* rispetto alle forme del ragionamento sul quale viene eseguito il controllo.

In questa prospettiva di soluzione, conviene rammentare un peculiare significato attribuito al vocabolo «merito», «sovente usato per indicare la *questio facti* dibattuta nel processo e le *correlative indagini probatorie*»<sup>36</sup> e spesso adoperato per individuare

---

mancanza o contraddittorietà della motivazione che schiude la via alla riparazione della (presunta) denegata giustizia» (ZERBOGLIO, 1943: 738-739).

<sup>31</sup> ASCARELLI, 1961: 128.

<sup>32</sup> FORIERS, 1961: 77.

In particolare, nel diritto processuale amministrativo «le problème de la distinction du fait et du droit devient celui de la distinction entre légalité et opportunité» (RIVERO, 1961: 132) e «i confini della legittimità sono talmente elastici ... che non sono essi a definire l'estensione del sindacato giurisdizionale quanto, piuttosto, è un costante orientamento giurisprudenziale a determinare, per qualche aspetto, il contenuto della legittimità medesima» (LEVI, 1967: 154).

<sup>33</sup> Sinteticamente, si è evidenziato che, «come il cosiddetto giudizio di fatto è l'accertamento del fatto del privato, così il cosiddetto giudizio di diritto è l'accertamento del fatto del legislatore» (CALOGERO, 1937: 138).

<sup>34</sup> PERELMAN, 1961: 277.

<sup>35</sup> PERELMAN, 1961: 275, dove il richiamo era effettuato all'art. 617 c.c. belga.

<sup>36</sup> CORDERO, 1964: 580 (corsivo nostro).

la competenza degli organi giurisdizionali diversi dalla Cassazione, alla quale viene riservata la denominazione di «giudice di legittimità»<sup>37</sup>.

Tale qualifica può giustificarsi con la circostanza secondo cui essa, essendole vietato di svolgere istruzione probatoria, deve provvedere ad «accertare che il fatto sia stato compreso secondo quello che è il suo significato valido per tutti»<sup>38</sup>, effettuando «non già una ricostruzione *e gestis*, ma un rilievo *ex actis*»<sup>39</sup>. In altre parole, la sua funzione è costituita dal «verificare, mediante un *controllo semantico ex actis* e senza poter dividere nettamente il ‘fatto’ dal ‘diritto’, se il ‘fatto giuridico’ dedotto in giudizio sia stato, alla fine, reso comunicabile e comprensibile dal giudice di merito»<sup>40</sup>. E l’area di intervento della Cassazione potrà avere un’estensione ancora più ridotta, circoscrivendo ciò che può sottoporsi al proprio vaglio (è quanto accade nell’ordinamento italiano, dove la violazione delle norme processuali penali è motivo di ricorso per cassazione soltanto qualora siano «stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza»: art. 606 comma 1 lett. c c.p.p.). Ma dovrà comunque accertarsi che la conoscenza del «fatto» cui è dedicata la sua disamina sia stata ottenuta attraverso la sua adeguata inserzione in quel modello concettuale comune ai consociati, che, pure nello spazio costituzionalmente tutelato delle diverse opzioni ideologico-culturali, è determinato dall’insieme delle norme giuridiche.

Restano i timori che la Cassazione possa così restringere la libertà di giudizio degli organi giurisdizionali di grado inferiore. Siffatte preoccupazioni, tuttavia, non vengono certo eliminate con l’impiego di infondate teorizzazioni (come quella della netta divisione tra *questio facti* e *quaestio iuris*), ma da idonee riforme dell’ordinamento giudiziario: tale sarebbe la previsione di «un sistema in cui le funzioni di legittimità attribuite alla Corte siano affidate alla magistratura nella sua totalità ... Il conferimento temporaneo delle funzioni di legittimità permetterebbe uno scambio dialettico fra dette funzioni e le funzioni di merito e, per questa via, consentirebbe la sintesi dei vari orientamenti giurisprudenziali»<sup>41</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

- ANDRIOLI, V., 1967: «Prova (diritto processuale civile)», in *Novissimo digesto italiano*, XIV. Torino: Utet, 260-300.
- ASCARELLI, T., 1961: «Le fait et le droit devant la Cour de cassation italienne», in *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*. Bruxelles: Bruylant, 113-129.
- BARGIS, M., 2018: «Impugnazioni», in *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis. Milano: Wolters Kluwer - Cedam, 855-1025.
- BENVENUTI, F., 1953: *L’istruzione nel processo amministrativo*. Padova: Cedam.

<sup>37</sup> Cfr., per tutti, BARGIS, 2018: 942.

<sup>38</sup> NASI, 1967: 986.

<sup>39</sup> CALOGERO, 1937: 183.

<sup>40</sup> UBERTIS, 1979: 79-80.

<sup>41</sup> SIRACUSANO, 1974: 1246.

- CALOGERO, G., 1937: *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, ristampa 1964. Padova: Cedam.
- CARLIZZI, G., 2006: «Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico», in *Cassazione penale*: 1184-1204.
- CARNELUTTI, F., 1956: «Nuove riflessioni sul giudizio giuridico», in *Rivista di diritto processuale*, I: 81-106.
- 1958: *Diritto e processo*. Napoli: Morano.
- CARRARA, F., 1886: *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, III. Prato: Giachetti.
- CONSO, G., 1955: *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*. Milano: Giuffrè.
- CORDERO, F., 1961: «Giudizio», in *Novissimo digesto italiano*, VII. Torino: Utet, 881-886.
- 1963: «Il procedimento probatorio», in ID., *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 3-144.
- 1964: «Merito (diritto processuale)», in *Novissimo digesto italiano*, X. Torino: Utet, 578-581.
- DENTI, V., 1957, *La verifica delle prove documentali*. Torino: Utet.
- FERRUA, P., 2017: *La prova nel processo penale, I, Struttura e procedimento*. Torino: Giappichelli.
- FORIERS, P., 1961: «La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation de Belgique», in *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*. Bruxelles: Bruylant, 51-77.
- GARBOLINO, P., 2014: *Probabilità e logica della prova*. Milano: Giuffrè.
- IRTI, N., 1967: «Rilevanza giuridica», in *Jus*: 55-108.
- LEVI, F., 1967: *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*. Torino: Giappichelli.
- NASI, A., 1967: «Fatto (giudizio di)», in *Enciclopedia del diritto*, XVI. Milano: Giuffrè, 967-988.
- NEURATH, O., 1932-1933: «Proposizioni protocollari», trad. it., in ID., *Sociologia e neopositivismo*, 1968. Roma: Ubaldini, 54-64.
- PASTORE, B., 1996: *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè.
- PERELMAN, Ch., 1959: «La spécificité de la preuve juridique», in ID., *Justice et raison*, 1963. Bruxelles: Presses Universitaires de Bruxelles, 206-217.
- 1961: «La distinction du fait et du droit. Le point de vue du logicien», in *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*. Bruxelles: Bruylant, 269-278.
- PISANI, M., 1959: *La tutela penale delle prove formate nel processo*. Milano: Giuffrè.
- RIVERO, J., 1961: «La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français», in *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*. Bruxelles: Bruylant, 130-148.
- ROTONDI, M., 1977: «Considerazioni in "fatto" e in "diritto"», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*: 949-968.
- SATTA, S., 1962, «Corte di cassazione: c) diritto processuale civile», in *Enciclopedia del diritto*, X. Milano: Giuffrè, 797-829.
- SIRACUSANO, D., 1974: «Certeza del diritto e Cassazione penale», in *Studi in memoria di O. Condorelli*, III. Milano: Giuffrè, 1243-1247.
- TARUFFO, M., 1971: «Note in tema di giudizio di fatto», in *Rivista di diritto civile*, I: 33-51.
- 1982: «Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*: 41-60.
- 1992, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu - F. Messineo e continuato da L. Mengoni, III, 2, 1. Milano: Giuffrè.
- TONINI, P., 2018: *Manuale di procedura penale*. Milano: Giuffrè.
- UBERTIS, G., 1979: *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*. Milano: Giuffrè.
- 2015: *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè.
- VOGLIOTTI, M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*. Torino: Giappichelli.
- ZERBOGLIO, A., 1943: «Appunti sulla motivazione della sentenza penale», in *Studi in memoria di F. Ferrara*, II. Milano: Giuffrè, 729-741.

## EN MATERIA DE PRUEBA: SOBRE ALGUNOS CUESTIONABLES TÓPICOS JURISPRUDENCIALES

Perfecto Andrés Ibáñez

*La libertad está en las garantías*  
Filippo Manduca (1888)

**RESUMEN:** El autor discurre inicialmente sobre el porqué de la incorporación histórica de las garantías del imputado al proceso penal y sobre su papel fundamental en el desarrollo de este, como marco jurídico-constitucional de una actividad de carácter epistémico, en cuanto dirigida a obtener un conocimiento de calidad sobre algún hecho incierto *prima facie* penalmente relevante. Luego pasa revista críticamente a una serie de tópicos jurisprudenciales de cierto arraigo, que entran en contradicción con aquellas.

**PALABRAS CLAVE:** Proceso penal, garantías procesales, presunción de inocencia, *nemo tenetur se detegere*, prueba.

### REGARDING EVIDENCE: ON SOME QUESTIONABLE CASE-LAW CLICHÉS

**ABSTRACT:** The author initially discusses both the reasons for the historical inclusion of the defendant's guarantees in the concept of due process of law and their fundamental role in terms of the development of this concept. The concept of due process embodies a legal and constitutional framework for an epistemic activity aimed at obtaining a quality knowledge about uncertain facts, which are *prima facie* considered criminally relevant. Moreover, the paper critically reviews a series of strongly ingrained case-law clichés, which appear to be inconsistent with those guarantees.

**KEY WORDS:** criminal procedure, due process of law, presumption of innocence, *nemo tenetur se detegere*, evidence.

**SUMARIO:** 1. En el punto de partida.—2. ¿Qué superioridad de la jurisprudencia del tribunal supremo?—3. La naturaleza ‘no fáctica’ de la cara interna de la conducta.—4. Presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.—5. ¿Elementos de prueba susceptibles de apreciación exclusivamente sensorial?—6. la del testigo-víctima: ¿una prueba privilegiada?—7. Acerca de la corroboración.—8. Sobre el valor probatorio de las actuaciones de la instrucción.—9. La llamada ‘teoría’ de la conexión de antijuricidad o (casi) todo vale.

## 1. EN EL PUNTO DE PARTIDA

La vigente disciplina constitucional del proceso no podría comprenderse de una manera cabal, de no tomar en consideración los antecedentes que hicieron de gran parte de la historia de este un estremecedor catálogo de errores y horrores<sup>1</sup>. Por eso, es de toda pertinencia traer aquí la penetrante observación de HABERMAS (1988: 470), relativa a las modernas constituciones: «En la mayoría de los artículos dedicados a derechos fundamentales resuena el eco de una injusticia padecida que, por así decir, es negada palabra por palabra».

Quien discurra sobre los problemas del proceso penal con desconocimiento u olvido de esta perspectiva, estará, seguramente, condenado a no entender nada de la profunda razón de ser del proceso penal de inspiración constitucional y de las garantías procesales<sup>2</sup>. Del papel de las «precauciones tutelares» de CONSTANT (1989: I, 250) que, si hoy reciben en los textos supranormativos el tratamiento de derechos fundamentales, no es por una frívola cuestión de estética o por algún ejercicio de narcisismo de juristas ensimismados o ilusos, enamorados de sus propias construcciones, que sería como decir de sí mismos. No, *la cosa*, en términos político-culturales, viene de lejos y desde muy hondo. Y el protagonismo y la responsabilidad de la correspondiente opción constitucional han sido, en los distintos, múltiples supuestos, de mayorías sociales abrumadoras en momentos de crecimiento democrático. Mayorías que sabían muy bien qué es lo que está en juego y, sobre todo, *en riesgo*, cuando no rige esta clase de previsiones, merced a una propia experiencia de los peores abusos... infligidos y padecidos durante siglos en nombre de *la justicia*.

Tal es la razón de la vigencia —¡ay! siempre precaria— de un proceso penal articulado en torno a la presunción de inocencia<sup>3</sup>, en su triple perspectiva: de *principio*

<sup>1</sup> FERRAJOLI, 1995: 603.

<sup>2</sup> Resulta bien expresivo al respecto el, ciertamente anticipador, punto de vista de VERLANGA HUERTA (1842: 11): «las reglas del enjuiciamiento son leyes de seguridad pública, son las garantías del ciudadano en la sociedad, leyes dignas, por cierto, de figurar entre las que se llaman fundamentales, para las que ni aun el mismo legislador se atreva a sustituirlas con facilidad».

<sup>3</sup> Y que, desde este punto de vista, está aquejado de problemas de legitimidad, incluso cuando su ejercicio pueda decirse correcto. Recuérdese la inquietante aporía, tan expresivamente denunciada por CARNELUTTI (1959: 75): «no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables, sino también para saber si son culpables o inocentes. Esta es desgraciadamente, una necesidad, a la cual el proceso no se puede sustraer ni siquiera si su mecanismo fuese humanamente perfecto». Véanse también las consi-

*normativo central y estructural*<sup>4</sup>, informador del proceso e ideal inspirador de las prácticas de los jueces penales en todo su recorrido<sup>5</sup> (que, de apartarse de él, serían meros rituales burocráticos de castigo); de *regla de tratamiento del imputado*; y de *regla de juicio*. De ahí la relevancia del principio *como principio*<sup>6</sup>, que, en palabras de ILLUMINATI (1979: 80 y 84), implica toda «una opción de fondo», de una relevancia tal, «podría decirse —en abstracto— que, de no partir de la presunción de inocencia, no existiría ninguna necesidad lógica de proceso». Porque es, precisamente, la rigurosa exención al imputado del deber de demostrar su inocencia, la que demanda, con el mismo rigor, un proceso de tipo acusatorio y la renuncia a imponerle la condición de fuente de prueba contra sí mismo, y por eso su investidura del, igualmente fundamental, derecho al *nemo tenetur se detegere*<sup>7</sup>.

deraciones acerca de lo que FERRAJOLI (1995: 10) llama «*poder de disposición*» del juez, frente al que las garantías (penales y procesales) representan un límite imprescindible.

<sup>4</sup> «La afirmación de tal principio —escribe ILLUMINATI (1979: 5)— si se entiende en su pleno significado, representa el eje del ordenamiento procesal moderno, puesto que están ligadas a él las más importantes garantías que tutelan, directamente, al imputado y, mediatamente, la corrección de la determinación [de los hechos]. El derecho a la defensa y al contradictorio, la inviolabilidad de la libertad personal, la reserva de jurisdicción y la imparcialidad del juez pueden, sin esfuerzo, verse resumidas en la presunción de inocencia del imputado, o en todo caso, encuentran en ella la motivación de fondo y el elemento unificador». LUCCHINI (1905: 15), discurriendo sobre el principio que nos ocupa, escribió: «que debe moderar y equilibrar el proceso a lo largo de todo su curso». UBERTIS (2000: 63) se ha referido a su dimensión «político procesal», que, entiende, constituye «un criterio informador y no solo un instrumento conjetural utilizado para la reconstrucción del hecho». Sobre esta condición de «la presunción de inocencia como principio informador del proceso penal», véase también FERNÁNDEZ LÓPEZ (2005: 119-123).

<sup>5</sup> Es de toda evidencia que de la intensidad de la asunción y del compromiso con la presunción de inocencia como principio, dependerá la calidad de la impregnación constitucional de las prácticas de jueces y fiscales. Del criterio en materia de admisión de pruebas, al modo de dirigir los interrogatorios, al uso de la prisión provisional y a la justificación de las decisiones limitadoras de derechos, son multitud los actos y los momentos del proceso en los que el perfil de la actividad hablará con patente locuacidad al respecto. Puedo asegurarlo por una dilatada experiencia en el ejercicio de la jurisdicción penal en, prácticamente, todas las instancias.

<sup>6</sup> Para VALIANTE (1975: 180), que toma la expresión de la sentencia de la Corte Constitucional italiana n.º 33/1959, de 12 de mayo: «"Principio [...] de civilidad", [que] debe convertirse en posición cultural, regla de costumbre, norma de comportamiento para todos y especialmente para quienes tienen responsabilidades de formación y orientación. El discurso vale especialmente para la escuela y para la prensa».

<sup>7</sup> FILANGIERI (2018: I. III, cap. X, 663) consideró lúcidamente la confesión del imputado «un imposible moral», la aserción del que se halla «en la misma disposición de un suicida». Mucho más próximo a nosotros, CALAMANDREI (1952: 239) escribió: «Yo pienso que cuando se parte de la premisa de que existe una verdadera y propia obligación jurídica del imputado de decir la verdad y se niega que exista a su favor un derecho al secreto o al silencio, comprendido entre los derechos de libertad, de seguirse el hilo lógico, tal afirmación lleva a legitimar la tortura». Este punto de vista tiene la más acreditada confirmación en la añosa experiencia del imputado detenido que, en la policía, es objeto de una suerte de concienzudo *work in progress* que, al fin, desemboca en una (previsible) declaración autoinculpatoria. Un curso, tan asumido como *regular* por los policías, los fiscales y —¡ay!— no pocos jueces, que, con frecuencia, se registra en los atestados con la mayor naturalidad. Así, se deja constancia de un primer momento en el que aquel manifiesta su propósito de no declarar, pero de que, al fin, acaba haciéndolo *voluntariamente*, incluso con llamativa locuacidad, al término de la detención. Y no se diga,

Se trata, en efecto, de una opción *de fondo* que, en esa dimensión profunda, conecta con un básico compromiso (consigo mismo y con la ciudadanía), del estado constitucional, en la materia. Es el que se concreta en la exigencia de que la aplicación del *ius puniendi* —tan abierto a usos abusivos como se sabe— para ser legítima<sup>8</sup>, vaya asociada a la previa determinación de una *verdad* fáctica de calidad, siguiendo un curso procesal que, *inexcusablemente*, deberá discurrir dentro de un exigente marco de garantías jurídicas. Y por eso, o lo que es lo mismo, por una elemental razón de coherencia interna del modelo, el derecho del imputado a la presunción de inocencia únicamente podrá decaer en presencia de prueba de cargo suficiente para enervarlo, pero *solo si* lícita o regularmente adquirida<sup>9</sup>. Esto, también, porque en la *memoria* del ordenamiento constitucional está activo el *recuerdo* de los masivos usos aberrantes del proceso penal<sup>10</sup>, frente a los que el vigente sistema quiere ser un efectivo detente, un «nunca más». Porque en él late, *constitucionalizada*, la conciencia de que «administrar justicia penal» significa cambiar vidas» (ANÓNIMO, 2019: 14); y la evidencia de que «con excepción de la guerra, históricamente acaso el poder más salvaje de todos ha sido el poder punitivo» (PRIETO SANCHÍS, 2011: 13).

---

cuando esta resulta prorrogada en aplicación de legislaciones como la antiterrorista. En una impactante sentencia de estos años, de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional (ponencia de Enrique López) se habla de «una cierta presión policial, que sin estar cerca ni por asomo a la tortura, va ínsita al mero hecho objetivo de estar privado de libertad varios días en un centro de detención, sometido a constantes interrogatorios, donde obviamente se recoge el prestado finalmente ante abogado». (¿Cómo no sentir nostalgia de *Miranda vs. Arizona?*). Acerca de este principio, en la rica complejidad de sus implicaciones, sigue siendo fundamental la clásica obra de GREVI (1972) recogida en la bibliografía.

<sup>8</sup> Y ya se ha visto que nunca lo será del todo. Y no solo por los márgenes de apreciación de que *disponen* jueces y fiscales, sino por las más que cuestionables formas de uso político del proceso penal, tantas veces reflexiva e inaceptablemente cargado de finalidades sustantivas por el legislador mismo. Por no hablar de la incontestable prodigalidad de la que este último suele hacer gala en el empleo del derecho penal, por ello, en tantos casos, no última sino más bien única ratio. Para una propuesta de racionalización del uso del *ius puniendi*, frente al actual modo de proceder con él, véase la obra de PASTOR (2005) citada en la bibliografía.

<sup>9</sup> Las ilicitudes probatorias por razón de la vulneración de algún derecho fundamental, sustantivo o procesal, con su secuela de inutilizabilidad de la información de cargo mal adquirida, han concentrado también la enemiga de los que *disparan*, en general, contra la presunción de inocencia y las garantías procesales que son su implicación. Y se entiende, porque su adecuada valoración reclama una sensibilidad que, desgraciadamente, no abunda. En particular exige entender que el estado constitucional, consciente de lo demoledora que resulta la utilización del *ius puniendi* para los afectados (por no hablar de la objetiva desigualdad que la distingue), ha decidido circunscribir su uso dentro de precisos márgenes, como condición *sine qua non* de legitimidad. Y, tomándose a sí mismo en serio, ha obrado como ya sugería CARRARA (1976a: II, 37): «Si las formalidades impuestas a la instrucción no se ordenan bajo pena de nulidad, sería una insulsa irrisión haberlas decretado».

<sup>10</sup> Que en este punto no pueden decirse desterrados, por la incontestable tendencia de las policías de la generalidad de los países a operar por debajo de los estándares legales (no se diga constitucionales) en la obtención de fuentes y medios de prueba; y de los jueces y tribunales a situar el *principio* de conservación de los actos (sobre todo si de efectos inculpatorios), por encima de cualquier previsión o consideración legal. Lo que, con alarmante frecuencia, se traduce en conferir un marchamo de legitimidad a prácticas profesionales de pésima calidad, eso sí, *productivas* a los fines de la incriminación y la condena.

No haría falta decirlo, pues es un dato de conocimiento común, que el principio de presunción de inocencia con su corolario al que acaba de aludirse, ha suscitado desde antiguo, como suscita, la incompreensión y la enemiga de las policías y los ministerios del interior, adictos a las políticas *criminales* (tómese la expresión en su literalidad) «de ley y orden», tan caras a las derechas, y más cuanto más extremas. También, por cierto, ha contado con valedores en el ámbito de la *teoría*, en la estela de JAKOBS (2003), para quien el que no se hiciera acreedor del *status civitatis* a través del regular cumplimiento de los deberes que impone el ordenamiento, «si se comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo, es decir, en una no-persona»<sup>11</sup>. El tópico *argumento* justificador de semejante opción es el de un cierto eficientismo represivo, productivista *sin principios*, que buscaría poner coto a una *impunidad*, supuestamente generada, por la constitucional observancia del de presunción de inocencia, con sus implicaciones<sup>12</sup>. En tal inaceptable planteamiento, se trataría de resucitar el ídolo de la *Verdad material* (con mayúscula), siempre ávido de sacrificios humanos; de propiciar el acceso a la identificación del *materialmente culpable*<sup>13</sup>, sorteando *el obstáculo* de unas garantías procesales de relieve constitucional, que tan *disfuncionalmente* se interpondría entre aquel y el (*ya*) merecido castigo<sup>14</sup>. No parece descabellado pensar que el PEDRO DE CASTRO (2009: 128) de «la sospecha justa es punible» se reconocería, feliz, en estos planteamientos.

Pero semejante modo de discurrir yerra el tiro, pues las bolsas de impunidad de mayor relevancia, incluso de dimensiones estratosféricas, que realmente coexisten en la sociedad desigual<sup>15</sup> con, mejor, al margen del sistema penal, no tienen nada

<sup>11</sup> Críticamente, sobre el punto de vista de JAKOBS, véase FERRAJOLI (2006: 3 ss.); también PRIETO SANCHÍS (2011: 68 ss.).

<sup>12</sup> Para un argumentado y convincente punto de vista crítico en la materia, cfr. RAMÍREZ ORTIZ (2014: 18 ss.) y GUZMÁN (2018: 85 ss.).

<sup>13</sup> UBERTIS (2017: 108-109) asocia esta categoría a la epistemología inquisitiva, que se sirve —dice— de la «pantalla de la “verdad material”» para justificar «limitaciones del derecho de defensa y la elusión de reglas probatorias de garantía». Como bien explica FERRUA (2012: 51), «la prueba de la culpabilidad se obtiene solo dentro del proceso», de ahí que la verdad (procesal) al respecto solo pueda ser *formal*, en cuanto obtenida en un marco de reglas; de donde se sigue la imposibilidad, el absurdo lógico, de hablar —en este contexto, ¿con qué fundamento?— de un *materialmente culpable*; como si se tratase de una suerte de objeto con *existencia real* susceptible de ser legítimamente *descubierto* de algún otro modo.

<sup>14</sup> En una mesa redonda sobre cuestiones probatorias, celebrada en la Corte Suprema de Perú en 2018, uno de los intervinientes, cual si se tratase de un desafío teórico, planteó el supuesto de que la hipótesis acusatoria no hubiese resultado acreditada, pero, no obstante, fuera *la más probable*, sugiriendo que de esto tendría que derivarse alguna conclusión, obviamente, sancionadora. Me pareció pertinente recordar que, como resulta de las obras de CLARO, MENOCHIO, CARPZOV y otros, en los siglos XVI y XVII, ya estaba en uso la *poena extraordinaria*, de discrecional aplicación al arbitrio del juez, en los casos de existencia de una *semiplena probatio*. Acerca de este instituto pueden verse: MECCARELLI (1998: 195 ss.) y ALESSI PALAZZOLO (1979: 43-45).

<sup>15</sup> «La justicia es igual para todos, las sentencias, no», reza el pie de una viñeta de El Roto, en *El País* (23 de febrero de 2017). El gran humorista discurre así, muy expresivamente, sobre cómo la jurisdicción penal se proyecta de formas altamente diferenciadas, a tenor de los estratos sociales de procedencia de los *usuarios*.

que ver con la aplicación del principio de presunción de inocencia. Paradigmático al respecto es, precisamente, el caso de Estados Unidos, uno de los países del conocido como primer mundo, donde más graves padecimientos experimenta aquel en el caso del imputado estándar<sup>16</sup>, que, al mismo tiempo, arroja la evidencia de estremeceadoras cifras porcentuales de impunidad. Referidas, claro, a conductas criminales de infractores excelentes, de enorme gravedad y muy negativa trascendencia social, que nunca llegan *al juzgado*<sup>17</sup>. Pero, *eso sí*, que nada tienen que ver con la delincuencia común convencional, generalmente *tratada* con los expeditivos procedimientos de la *justicia* «negociada». La *justicia* sin juicio *made in USA*<sup>18</sup>, basada en una contratación —*adhesiva* para el acusado— sobre la culpabilidad y/o la pena<sup>19</sup>; que, como advirtiera SCHÜNEMANN (1991), protagoniza desde hace años una muy preocupante «marcha triunfal» por el mundo, con la complicidad de no pocos juristas, jueces y fiscales. Este inaceptable modo de operar produce *sentencias condenatorias sin proceso* a escala *industrial*<sup>20</sup>; y, en tal sentido, presta un eficacísimo servicio en términos de masivo control social, sirviendo al mismo tiempo para *deflacionar* el proceso penal.

<sup>16</sup> Si hiciera falta —diría que no, tratándose de juristas con alguna sensibilidad y razonablemente informados— la experiencia de *Innocence Project*, es bien ilustrativa al respecto. Interesantísimo y muy revelador en la materia es también el libro de STEVENSON (2014) citado en la bibliografía.

<sup>17</sup> Para un penetrante, documentado y consistente abordaje crítico de este asunto en sus diversos perfiles, remito a TAIBBI (2015), que discurre, sobre la base de una consistente información, acerca de lo que el editor califica de «curioso misterio estadístico», que es el representado por la expresiva conjunción de tres factores: que la pobreza aumenta, el crimen disminuye y la población reclusa se duplica. Al que habría que añadir otro, también fruto de la experiencia de estos años, fundamental para advenir el argumento que motiva esta nota. Y es que el fraude de los agentes económicos responsables de la reciente crisis, que arrastró con el cuarenta por ciento de la riqueza mundial, ha pasado sin consecuencias para ellos, a pesar del mismo TAIBBI (2015: 378): «Si en las barriadas de vivienda protegida se ha impuesto un estado policial, en Wall Street ha ocurrido justo lo contrario. Una mentira en San Diego es un crimen. ¿Un millón de mentiras? Un buen negocio».

<sup>18</sup> Es desolador el juicio de FASIN (2018: 32): «se estima que de los dos millones doscientos mil presos en Estados Unidos, más de dos millones están encarcelados sin haber tenido derecho a un proceso». Por eso lo pertinente de traer aquí el juicio de WINSLOW (2019: 286): «Según el estilo de vida americano, puede que la verdad y la justicia se saluden por el pasillo, que se envíen una tarjeta de felicitación por Navidad, pero esa es toda la relación que mantienen».

<sup>19</sup> Sobre estas prácticas en un juzgado de Brooklyn, acerca de las que el autor ha hecho un verdadero trabajo de campo, TAIBBI (2015: 133) escribe: «Estiro el cuello para intentar ver qué está pasando, y lo único que veo es que la defensa, la fiscalía y el juez han formado un corro y están negociando. Alguien farfulla al micrófono: “Su supervisora aceptará redención de prisión preventiva y quebrantamiento de la condicional”. A continuación, hay gestos de aprobación por toda la sala y, de repente, igual que cuando los jugadores de rugby deshacen el corro, todas las partes se retiran a sus puestos. Suena la maza del juez y se llevan a la acusada que asiente, aunque siga con los ojos cerrados. Está conforme con el acuerdo». Resulta inevitable relacionar esta descripción con la de una experiencia del género descrita en su día por WOLFE (1988: 108 y 118), que sitúa la acción en un juzgado del Bronx neoyorkino. En la materia, cfr. al respecto la obra de PIZZI (1999: 102-104), también: FERRUA (2017: 20 ss.); ARMENTA DEU (2012: 128 ss.); GASCÓN ABELLÁN (1999: 127-128); y ANDRÉS IBÁÑEZ (2007a: 222 ss.).

<sup>20</sup> Como también denuncia FASIN (2018: 31-32), *sentencias negociadas*, en un elevado porcentaje, condenatorias de inocentes que, en la imposibilidad de disfrutar de una defensa eficiente, acaban *pac-tando* con el fiscal por motivos exclusivamente pragmáticos. Sobre este tipo de casos, situando la acción en Francia, ha discurrido con fortuna, en clave de narrativa, POSTEL (2014).

El derecho a la presunción de inocencia, en su versión ilustrada y liberal, —cuestión de urgencias— circunscribía esencialmente su radio de acción a la finalidad de evitar al imputado el brutal tratamiento de presunto culpable deparado por el proceso penal *ancien régime*. Así, haría falta algún tiempo para llegar a extraer de aquel todas sus restantes potencialidades. A algunas, primeras en el orden temporal, se ha aludido sucintamente ya en lo que precede, pero, diría, la última en comparecer en la escena, superado, sobre todo en el plano teórico, el criterio de libre convicción como *intime conviction*<sup>21</sup>, es la que ha visto en el principio una consistente implicación de método, más concretamente, epistémica<sup>22</sup>. En efecto, porque este demanda del juez o tribunal una posición neutral, de duda seriamente asumida, en el punto de partida frente al caso; la reflexiva adopción de la actitud de «perplejidad» que reclamaba MURATORI (1794: 79); ese poner la conciencia, como quería CALAMANDREI (1960: 89), *en modo* «página en blanco»<sup>23</sup>, para empezar a saber, *solo*, en un marco procesal efectivamente regido por el principio de contradicción. Y *saber*, no en virtud de un palpito o por iluminación, sino como metodológicamente corresponde, cuando se trata de obtener conocimiento empírico de calidad sobre hechos singulares.

Dicho de la manera más simple, en presencia de un problema, en realidad duda acerca de un hecho incierto (que interpela al derecho penal), en una primera fase, se tratará de conjeturar, de formular alguna hipótesis sobre lo eventualmente acontecido, de evaluarla provisionalmente en su calidad explicativa a tenor de los datos en presencia; para, si efectivamente *funciona* y cuenta con suficiente apoyo en pruebas, darle el tratamiento formal de acusación. Trasladándola, en ese caso, como tal, al ámbito del enjuiciamiento, para someterla a *comprobación* con las demás concurrentes, esto es, hacerla objeto de debate «con paridad de armas» ante un juez o tribunal imparcial, que deberá decidir motivadamente<sup>24</sup>. Es decir, tomando en consideración la totalidad de las aportaciones probatorias, verificando, a tenor de estas, cuál de las hipótesis a considerar es —*en su caso*— *la única* que las integra de la forma más coherente y permite llegar a una conclusión, no solo argumentalmente fundada con el rigor exigible, sino también plausible<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> En la materia sigue siendo de imprescindible consideración la ya clásica obra de NOBILI (1974).

<sup>22</sup> La ausencia de esta perspectiva resulta patente, por ejemplo, en FLORIAN (1982: I, 391), que expresivamente escribe: «fuera de ese sistema [de prueba legal], cualquiera que sea el alcance de la presunción de inocencia, cualquiera que sea el criterio general que rijan el proceso, dicha presunción [la de inocencia] no tiene por qué regular apriorísticamente las pruebas». Lo mismo puede decirse de MALATESTA (1988).

<sup>23</sup> Al respecto, ha escrito IACOVIELLO (1997: 139): «la indagación cognoscitiva del juez parte de la duda, no de la ingenuidad [...] el juez que entra en el juicio oral no es un juez ingenuo, sino un juez dubitativo. Un juez que se encuentra en la mejor situación epistemológica posible».

<sup>24</sup> Aquí se ha de tener en cuenta que la motivación de la sentencia, que opera como justificación de la decisión, una vez adoptada; en rigor, habrá debido operar *ex ante*, bajo la forma de una asunción intelectualmente honesta del correspondiente deber constitucional por parte del juez o tribunal, llamado a producir el efecto imprescindible de que el discurso probatorio se mantenga rigurosamente, en todo su desarrollo, dentro de lo que sea susceptible de justificación. Me he ocupado de este asunto en ANDRÉS IBÁÑEZ (2007b).

<sup>25</sup> «La motivación —ha escrito TARUFFO (2002: 436)— debe dar cuenta de los datos empíricos asumidos como elementos de prueba, de las inferencias que partiendo de ellos se han formulado y

Este modelo y el correspondiente *modus operandi*, de ser llevados a la práctica con la corrección requerida, creo que puede asegurar un tratamiento epistémicamente muy estimable de la *quaestio facti* y, por tanto, el acceso por vía procesal a esa verdad de calidad, que es ineludible presupuesto de la justicia de la decisión judicial. Ahora bien, en este punto, es preciso señalar que, en el desarrollo del razonamiento probatorio, la duda —como hábito intelectual del juzgador— actuará cual factor de dinamismo y de estímulo hacia el cuestionamiento y la problematización, imprescindibles, de las alternativas en presencia, para dotar a ese curso intelectual de la necesaria racionalidad. Pero en el momento central del cruce de la información adquirida y de la valoración de síntesis para concluir, aquella debe operar como una llamada a la autocontención y a la prudencia, como una especie de freno, en el sentido de que *dudar significará la inexistencia de duda*, debiendo ser la absolución la única salida.

En una constitucional perspectiva, esto es, la que integre en su unidad/distinción las dos dimensiones (jurídica y epistémica) del enjuiciamiento, cuando la incoación del proceso haya respondido realmente a la existencia de indicios de delito intersubjetivamente valorables, y su desarrollo se haya producido conforme a las reglas que rigen en ambos planos, la absolución dotada del necesario razonable fundamento, nunca será expresiva de un quiebra sino, más precisamente, del fisiológico funcionamiento del sistema. Que, a diferencia del inquisitorial y el inquisitivo, no cifra su éxito, de manera exclusiva, en la obtención de condenas (y, menos aún, de cualquier condena), ni valora todo fracaso de una imputación como factor de impunidad<sup>26</sup>. Y es que, *en este terreno*, es decir, el del ordenamiento kelsenianamente leído como se debe, a partir de la primera norma: hay un momento incancelable, en el que *la cosa* va prioritaria y sustancial, si no exclusivamente, *de derechos fundamentales*.

En lo que sigue se pasará revista a algunos tópicos presentes en la jurisprudencia penal española de años, que, en general, no han perdido toda su vigencia, a pesar de hallarse en una clara relación conflictual con el planteamiento que acaba de desarrollarse.

## 2. ¿QUÉ SUPERIORIDAD DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO?

En rigor procesal y en buena cultura de la jurisdicción hay que decir que los tribunales supremos, cortes de casación o como quiera que se los denomine, derivan

---

de los criterios utilizados para extraer sus conclusiones probatorias; del mismo modo, la motivación debe dar cuenta también de los criterios con los que se justifica la valoración conjunta de los distintos elementos de prueba, así como de las razones que fundamentan la elección final para que la hipótesis sobre el hecho esté justificada» Cfr. en este punto las útiles indicaciones de método que proporciona FERRER (2007: 147 ss.).

<sup>26</sup> Lo expresó muy bien CARRARA (1976a, II: 279-280): el «verdadero escándalo» no lo ocasionan las sentencias absolutorias dotadas de fundamento legal, sino las condenatorias «precipitadas [fundadas] en falaces argumentos».

su *superioridad* del solo hecho de ser los últimos en decidir, ya que por motivos de seguridad jurídica las causas no pueden permanecer indefinidamente abiertas. Pero lo cierto es que el carácter generalmente piramidal de las organizaciones judiciales, ha producido el histórico efecto de superponer al rango meramente procesal de la cadena de instancias otro de naturaleza jerárquico-administrativa, con el resultado de conferir a los tribunales-vértice de la organización una supremacía de ese carácter; en rigor, de calidad extrajudicial, por tanto. Es lo que ha permitido a los órganos de referencia dotar a sus resoluciones de cierto plus de imperatividad, que así no guardaría relación directa con la calidad del contenido y ni siquiera con el rol procesal de la casación, al traer causa de ese factor no-judicial representado por su posición de poder más bien político, o jerárquico-judicial, si se quiere. De donde el precedente sería vinculante, no tanto y no solo por razón de *auctoritas*, sino de cierto *imperium*, de fuente, insisto, no judicial en sentido propio.

Esta suerte de *extrapoder* judicial atípico, tiene precedentes históricos, por ejemplo, en las facultades autoatribuidas por los grandes tribunales europeos del *ancien régime*, cuando, aún plenamente vigente el sistema de prueba legal, se arrogaron la potestad de decidir con libertad según la propia *convicción*, algo que no permitían a los *inferiores*<sup>27</sup>. «Non tenetur iudex causam in sententia exprimere, maxime si sit supremus magistratu», porque, como escribiera MAYNARD, citado por AJELLO (1976: 341), con referencia al *Parlement* de Toulouse, este juzgaba «en souveraineté»<sup>28</sup>. En idéntica línea de constatación de ese modo de operar, Thomasis, asimismo citado por AJELLO (1976: 342), explicó que «los primeros tribunales de Europa tenían a gloria poder decidir según equidad y no a tenor de la ley y prescindir de las formalidades del juicio».

Pues bien, no me parece exagerado afirmar que en la actual idea de jurisprudencia de los altos tribunales contemporáneos pervive, puede que de forma más discreta, cierto sentido del disfrute de alguna prerrogativa, por razón del rango.

Pero hay que subrayar que la jurisprudencia, en contra de lo que tópicamente suele creerse, es y no puede dejar de ser un resultado coral, en cuya producción intervienen muchas voces, que, cualquiera que sea su lugar en la geografía orgánica, interactúan y se relacionan dialécticamente, de forma que la obra final es necesaria y objetivamente cooperativa. Se da, además, la circunstancia de que ni siquiera tie-

<sup>27</sup> «Los grandes tribunales europeos (los Parlamentos en Francia, los Senados, las Rotas, los Supremos Consejos, las Grandes Cortes) se atribuyeron, como es sabido, una libertad de valoración mucho mayor que la de los jueces menores» (ROSONI, 1995: 209). «Los tribunales superiores [...] se consideraban libres de los límites de una estricta legalidad, y teorizaban la posibilidad de juzgar *secundum conscientiam*», algo negado a los jueces inferiores (ALESSI PALAZZOLO, 1979: 30).

<sup>28</sup> «En soberanía», un planteamiento que contrasta con el del juez COKE, invocando «la razón artificial y el juicio acerca de lo que es el derecho», en temprana defensa de la *iurisdictio* frente al *gubernaculum*, personalizado, en la famosa anécdota, por Jacobo I (POUND: 73-74). Curiosamente, cuando el estado de derecho ha desplazado a la *suprema potestas*, todavía se sigue hablando de «soberanía» para referirse a cierta omnimoda libertad de apreciación del juzgador en el caso de las pruebas personales practicadas ante él con inmediatez.

ne buen fundamento real el tópicus de que la mayor contribución procede siempre y como por definición del *vértice*. De un lado, porque es en la primera instancia donde suelen fijarse las situaciones justiciables, predeterminando en gran medida el tratamiento jurídico final del caso. Y, de otro, porque, a tenor de los criterios de selección imperantes, tampoco podría siquiera sostenerse que el mayor y mejor nivel de conocimientos esté, por sistema, en la cúspide de la pirámide escalafonal. A la que tampoco corresponde necesariamente la parte más difícil del quehacer jurisdiccional.

Ninguna de estas afirmaciones quita un ápice de relevancia a la función de los tribunales de casación. Tienen, desde luego, la que resulta del hecho de que hablan autoritativamente en último lugar, decidiendo por lo general de modo inapelable. También la esencial, pedagógica, de la posibilidad de proponer, desde su *altura* procesal, al más amplio auditorio, cuando las sentencias se cargan de razón, una forma ejemplar de abordar y resolver con racionalidad los conflictos jurídicamente más significativos. Pero una adecuada caracterización de la jurisprudencia como fenómeno jurídico-institucional, no puede perder de vista que es el resultado final de muy plurales aportaciones, de actores que deben gozar de independencia interna para operar con exclusiva sujeción a la ley y a criterios de racionalidad cognoscitiva. Por eso, una jurisprudencia que negase o limitase de cualquier modo la proyección empírica de ese principio central de la jurisdicción, haría entrar a esta en inevitable conflicto consigo misma.

Con todo, es obvio, la jurisprudencia de casación no puede dejar de irradiar desde el vértice. Pero, en buena ley, por un solo motivo, ahora de naturaleza jurídico-procesal (y no jerárquico-burocrática): el de ser ese tribunal el competente en exclusiva para el ejercicio de la función nomofláctica, en cuyo desempeño, ciertamente importante, no cabe sustitución. Tal cambio de fundamento en la lógica del sistema demanda otro de cualidad en la interacción, es decir, en el modo de ser de la relación entre instancias que, a salvo la habilitación de aquel para decir la última palabra, debe ser esencialmente dialógica y bien argumentada, porque es lo que corresponde a una función de carácter cognoscitivo como la jurisdiccional. Así, el flujo de los criterios jurisprudenciales, en una consideración externa y meramente formal, será vertical, de arriba abajo. Pero en su elaboración deberá prevalecer una dinámica tendencialmente horizontal, la propia de una racional y abierta confrontación *de razones* que, en cuanto tales, no saben de rangos protocolarios ni de jerarquías administrativas.

### 3. LA NATURALEZA 'NO FÁCTICA' DE LA CARA INTERNA DE LA CONDUCTA

Hay un supuesto, protagonizado en su día por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, documentado en la sentencia de 7 de abril de 1902, en el que, a fin de ampliar el espectro del conocimiento en casación al elemento del delito representado por el ánimo de engañar, en la estafa, decidió que no era un dato fáctico (que lo haría inabordable en esa instancia), por «no pertenece[r] a la esfera de los sucesos reales

perceptibles por los sentidos, sino una mera deducción de carácter jurídico» fiscalizable, por tanto en el ámbito de la infracción de ley (AGUILERA DE PAZ, 1924: V, 558).

El Tribunal Supremo, que nunca podría dictar una ley, sí se consideró (y ha seguido considerándose) legitimado para decidir —¿*en souveraineté?*— sobre la naturaleza, fáctica o jurídica, de los fenómenos. También, incluso, para resolver *carroliamente* sobre (en este caso, mejor, *contra*) el sentido que las palabras tienen en el diccionario, tratando como deducción lo que sería clara expresión de un modo inductivo (o abductivo) de razonar, como el empleado para derivar un enunciado particular de otro u otros enunciados del mismo carácter, con el auxilio de una máxima de experiencia: que es lo que se hace para determinar la existencia de un cierto *animus*.

El aludido *modus operandi*, movido seguramente —*in bonam partem*— por el propósito de evitar arbitrariedades como la que podría haberse producido con la absolución por la Audiencia del acusado en la causa a que dio lugar la sentencia citada, adquirió verdadera carta de naturaleza en la jurisprudencia de la Sala Segunda. Hasta el punto de que ha mantenido su vigencia incluso después de la introducción constitucional del principio de presunción de inocencia como regla de juicio, que implica la franca asunción de un paradigma de método centrado en la inducción probatoria. A ello se debe una abundantísima jurisprudencia fundada en la inaceptable consideración de los factores intencionales (la cara interna) de la conducta como algo esencialmente distinto de la forma exterior de esta. Tal es lo que justificaría el aserto, mil veces reiterado, de que la intención o el *animus* son «no hechos» sino «juicios de valor», puestos en la escena procesal por el juzgador que, por eso tendría que ubicarlos dentro de la sentencia, en el área los fundamentos de derecho. Dado ese carácter, es el último tramo del discurso —como se ha podido leer en muchas sentencias e informes del fiscal—, aquellos «no pueden ser objeto de prueba, ni entran en el ámbito de la presunción de inocencia»<sup>29</sup>. Esto, en virtud de un presupuesto, el de que solo es susceptible de prueba aquello que puede percibirse por los sentidos. Lo demás *se inferre*. Cual si existiese un modo de operar/discurrir con/sobre las aportaciones probatorias que no fuera el inferencial. Como si, por poner un ejemplo banal, resultase posible dar cabal cuenta de la acción de alguien de disparar sobre otro, prescindiendo de su intención<sup>30</sup>, de no ser al precio de introducir en ella el cambio de cualidad consistente en convertirla en una conducta inanimada. Que es lo sucedido de forma absurda en tantísimos relatos de hechos probados, a lo largo de más de un siglo.

El punto de vista que acaba de exponerse ha reinado de forma incontestable en la jurisprudencia penal de nuestro país. Tanto es así que, solo en años muy recientes, semejante canon comenzó a ser desplazado de algunas sentencias cuestionadoras de

<sup>29</sup> «Los elementos objetivos del delito, [...] son los únicos sobre los que puede versar la actividad probatoria en sentido estricto, quedando fuera de su órbita los elementos subjetivos, por constituir estos verdaderos juicios de valor o inferencia, como actualmente se prefiere, más correctamente, denominarlos» (LUZÓN CUESTA, 2000: 57).

<sup>30</sup> Lo expresó muy bien DEVIS ECHANDÍA, H., (1981: I, 163-164): «No se trata de hecho materiales, pero sí de hechos reales, susceptibles de conocimiento concreto» por lo que, obviamente, «pueden ser objeto de prueba judicial». Cfr. también ANDRÉS IBÁÑEZ (1992).

esa visión demediada de lo fáctico, así como de la fragmentación de su tratamiento en lo que se refiere al principio de presunción de inocencia como regla de juicio y opción de método. Aquel criterio, que no diría decididamente abandonado, se ha ido batiendo lentamente en retirada, con escala en una curiosa etapa intermedia: la representada por algunas sentencias en las que los elementos de referencia aparecían dotados de una peculiar naturaleza mixta o *jurídico-fáctica*.

Por tanto, es de una obviedad inobjetable que el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio debe presidir el tratamiento de la prueba de lo fáctico en toda su extensión, y sea cual fuere el objeto de la misma.

#### 4. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E *IN DUBIO PRO REO*

En materia de presunción de inocencia existe también otra falacia sumamente arraigada, que tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y se ha impuesto, no, obviamente, por su racionalidad, sino por la vía del rango de esta instancia. Es la que se concreta en la atribución al principio *in dubio pro reo* de cierta autonomía conceptual respecto del de presunción de inocencia<sup>31</sup>. Este jugaría de manera exclusiva en los supuestos de riguroso vacío probatorio, y aquel en el resto de los casos, es decir, siempre que hubiese alguna prueba susceptible de apreciación. Determinando relevantes consecuencias de orden competencial en materia de recursos.

Si se presume la inocencia, sólo cabrá atribuir la condición de autor del delito a un imputado cuando exista certeza probatoria de que, en efecto, lo ha sido. Así, la *certeza* práctica de esta clase, es la única *llave* que puede franquear al juzgador en su discurso la puerta de salida del *recinto* de la presunción de inocencia y el acceso al de la incriminación. La duda al respecto no goza de tal virtualidad, luego la conducta sobre la que se proyecte permanecerá, mientras esta subsista, dentro del ámbito cubierto por aquella, de la que el de *in dubio pro reo* es la más obvia implicación. En efecto, pues, si tras de la valoración de la prueba en su conjunto, resulta forzoso absolver en caso de duda, es solo *porque* se parte de la inocencia como principio. Lo que hace que todo elemento o momento de incertidumbre sobre la hipótesis de la acusación lleve necesariamente a excluirla.

De este modo, es claro, la pretensión de autonomía conceptual del principio *in dubio pro reo* frente al de presunción de inocencia resulta rigurosamente inaceptable, pues todo lo que no sea acreditada culpabilidad queda comprendido en el ámbito de esta última, cuya afirmación definitiva después de un juicio deberá ser incondicionada. Si se parte de la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio

---

<sup>31</sup> Lo que hay detrás de este planteamiento, introducido por el Tribunal Constitucional, es la necesidad práctica de establecer un filtro en el acceso al recurso de amparo, reservándolo para los supuestos de *inexistencia* de prueba, con objeto de hacer más manejable su agenda. Una necesidad real, a tenor de la estadística, pero a la que tendría que hacerse frente por otras vías, y de la que en modo alguno pueden extraerse conclusiones de orden conceptual.

de la hipótesis de la acusación sólo puede confirmar el estatus de inocencia preexistente. Lo contrario llevaría forzosamente a consagrar la existencia de una absolución plena por inexistencia de pruebas y otra *solo* por insuficiencia de estas, y, como consecuencia, a establecer categorías de inocentes.

A partir de estos presupuestos, se hace insostenible la aludida distinción jurisprudencial al uso entre casos atinentes al principio de presunción de inocencia y casos relativos al principio *in dubio pro reo*, aquellos fundados, como se ha dicho, en la *ausencia (objetiva)* de prueba, y estos en la existencia de alguna susceptible, pues, de valoración (*subjetiva*, por tanto). Tal cuestionable criterio parece sugerir también la existencia de algún modo de apreciación de la calidad acreditativa de lo aportado por los medios de prueba, que operaría sin necesidad de entrar en su evaluación. Cual si estos probasen, se mostrasen como tales en su efectividad por el mero enunciado. Cuando lo cierto es que no prueban por sí mismos, por autoevidencia, sino que existirán, como medios de prueba —*que prueben*, que es lo que cuenta— en un contexto y por la apreciación judicial. De este modo, predicar algún potencial probatorio de un determinado medio es un acto de atribución de esa propiedad, que exige valoración y no simple constatación de una *presencia*. Incluso en la fase procesal de admisión, la correspondiente decisión judicial no será el mero fruto de la observación elemental que parece sugerirse, sino la conclusión de síntesis de un razonamiento de cierta complejidad sobre la naturaleza de la fuente de información y de una estimación de su hipotético, eventual rendimiento<sup>32</sup>.

Otro tanto ocurre, por ejemplo, en materia de recurso de amparo, cuando se trate de verificar si en la instancia jurisdiccional ordinaria concurrió o no la tópica «mínima actividad probatoria»<sup>33</sup> de que habla la jurisprudencia. Una determinación

<sup>32</sup> Sobre la naturaleza del juicio de relevancia, es imprescindible remitir a TARUFFO (1970, 231 ss.).

<sup>33</sup> «Mínima actividad probatoria», frente al vacío de prueba, es el criterio de demarcación utilizado por el Tribunal Constitucional para decidir sobre la admisión de las demandas de amparo. Así, de concurrir aquella, la cuestión sería simplemente de valoración de la prueba (realmente existente), por parte, en exclusiva, de la jurisdicción ordinaria; mientras que de darse el segundo en una sentencia condenatoria sí habría tema propiamente constitucional, de competencia de la alta instancia. Pero ocurre que la fórmula «mínima actividad probatoria» ha desbordado, con harta impropiedad, ese contexto y ha pasado a ser, en abundantísima jurisprudencia, la fórmula utilizada para referirse a la prueba de cargo apta para fundar una condena. Impropiamente, porque, para legitimar una resolución de esa clase, la prueba de cargo nunca debería ser *mínima* sino suficiente, esto es, la necesaria, a tenor del supuesto, para tener por bien acreditada la veracidad de la hipótesis acusatoria. Claro que el nivel de exigencia en la materia puede dar vuelcos insospechados. Así, mientras ha existido consenso en torno al criterio de la «mínima actividad probatoria» para condenar, recientemente, el ministerio público ha dado el paso hacia una estupefaciente opción de máximos, al fijar la calidad de los datos incriminatorios que habilitarían para iniciar una investigación judicial; opción revalidada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Fue en el asunto de la posible obtención fraudulenta de un máster universitario por parte del líder del Partido Popular, Pablo Casado, en el que, la solicitud de apertura de la causa contra él, como aforado, no llegó a prosperar. Luego de que el fiscal hubiera argumentado con la inexistencia de «indicios incontestables» de delito —es decir, *indiscutibles* o *incuestionables*, según el Diccionario de la RAE— *ahora* necesarios, ¡ya en ese momento preliminar! Una nueva categoría de indicios, en rigor, diríase que acuñada *ad hoc*, cuando se sabe bien que la relativa ambigüedad es, precisamente, una condición que suele acompa-

a la que solo cabe llegar en virtud de una valoración, primero analítica y después de conjunto, de los datos integrantes del cuadro probatorio. Esta, en un momento posterior en el orden lógico, al que no es posible acceder *per saltum*. Por la elemental razón de que no se trata simplemente de *ver* si existió prueba, sin más —pues siempre se habrá puesto en juego algún medio—, sino de comprobar si existió prueba dotada, en concreto, de alguna aptitud acreditativa.

Sí será, en cambio, susceptible de apreciación como *desde afuera*, el supuesto de vacío probatorio derivado de la consideración de una prueba como aquejada de inconstitucional ilicitud en su obtención. Por ejemplo, el de un registro ilegítimo por falta de autorización judicial —circunstancia de fácil comprobación— en el que toda la prueba de cargo estaría constituida por el resultado del mismo y la posible declaración judicial al respecto de quienes, irregularmente, lo practicaron.

Por tanto, y en realidad, decir *in dubio pro reo* es solo una forma de designar a la presunción de inocencia, o, si se quiere, a un momento de operatividad, aquel en el que la duda obliga a absolver.

Ya, en fin, y en contra de lo que con frecuencia ocurre, yo no llamaría nunca «interina»<sup>34</sup> a la presunción de inocencia, porque el vocablo expresa o sugiere la idea de una provisionalidad esencial u *ontológica*, de una existencia a término, llamada *necesariamente* a concluir en algún momento. Y no es, en absoluto, el caso.

## 5. ¿ELEMENTOS DE PRUEBA SUSCEPTIBLES DE APRECIACIÓN EXCLUSIVAMENTE SENSORIAL?

Hay muchas sentencias de la sala Segunda del Tribunal Supremo en las que se lee que «en la valoración de la prueba directa [hay] un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la intermediación y por tanto ajeno al control en vía de recurso». Tal es aquel en el que discurriría la llamada prueba «directa». Mientras existe —se dice— «un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la intermediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos...». Este modo de operar sería el propio de la prueba indirecta o indiciaria.

En el planteamiento del que se hace eco esta línea jurisprudencial, el segundo tipo de prueba, la de indicios, desprovista de la virtualidad de la primera por la precarie-

---

ñarlos. Y cuando, además, los aquí concurrentes, si no *incontestables*, sí estaban dotados *prima facie* de verdadera consistencia. Al extremo de que, en algún caso gemelo, han producido justamente el efecto contrario de apertura de la causa, sin oposición del fiscal; cierto que en otra instancia y sin que mediase aforamiento. Y de que creo poder afirmar que no conozco, ni creo que exista, un caso en el que algún representante del ministerio público haya actuado con semejante nivel de exigencia.

<sup>34</sup> Son múltiples las sentencias de todas las instancias en las que se habla de la «presunción de inocencia» como «verdad interina de inculpabilidad». También se la califica de «provisional».

dad de su eficacia convictiva, llevaría asociado, incluso, un cierto déficit de legitimidad, que haría necesario justificar su uso. Tanto es así, que no faltan sentencias, de diversa procedencia, en las que se argumenta que el recurso a la misma solo obedece al hecho de que, «si la prueba indiciaria no tuviera virtualidad incriminatoria», «se crearían amplios espacios de impunidad».

En definitiva, la prueba llamada indiciaria sería la vía de acceso a un conocimiento *de clase B*, a cuyo empleo habría que resignarse por esa consideración de pragmatismo defensivo. O, lo que es igual, no será un medio probatorio de gran calidad, pero la relevancia del fin aludido, autorizaría a «hacer de la necesidad virtud».

Lo que subyace a ese modo de razonar es una grave confusión acerca de la calidad de conocimiento que permite el proceso penal, que no es sino un saber sobre hechos pasados al que solo cabe llegar por *comprobación*. Esto es, haciendo uso de la misma clase de recursos cognoscitivos que (porque no existen otros), son los que se emplean en la obtención de conocimiento empírico<sup>35</sup>.

Así las cosas, recogiendo una afirmación de PAGANO (2002: 98), lo cierto es que en el proceso penal todas las pruebas son indiciarias, porque aquello que se trata de probar, como perteneciente al pasado (de haber existido), nunca podría ser objeto de la directa percepción por el juez. Es por lo que los resultados de prueba, sea cual fuere el medio de que procedan, presentan en esto una afinidad esencial en lo relativo a su naturaleza y efectos, con la clase de conocimiento que propician.

Todo lo más, como escribe FERRUA (2017: 64-65), la diferencia radicaría en que podrán decirse directas aquellas pruebas en las que, «entre la proposición probatoria y la proposición a probar no se interponen proposiciones intermedias». Por eso, prosigue, «la prueba indirecta constituye una combinación de dos o más pruebas que se disponen en secuencia: la proposición probada de la llamada prueba directa se convierte en premisa probatoria con respecto a una nueva y diversa proposición a probar».

En materia de prueba siempre hay que ir de un dato a otro. Un paso que concurre también en la testifical, donde, como se sabe, es imprescindible transitar del hecho de la declaración y sus particularidades al hecho declarado. Y, según se ha visto, esto después de haber realizado algunas valoraciones intermedias sobre la atendibilidad de la fuente de prueba, la consistencia de lo aportado por ella, y la coherencia o falta de coherencia con otros datos de distinta procedencia.

Por eso, la necesidad de revisar un tópico tan arraigado como el consistente en la atribución del carácter de *directa* por antonomasia a la del testigo presencial, que, se ha dicho en ocasiones, pondría al juez en contacto asimismo *directo* con los hechos.

---

<sup>35</sup> En la materia, cfr. GONZÁLEZ LAGIER (2005: 117 ss.). Allí se lee algo que, incomprensiblemente, no se tiene en la mínima consideración en el planteamiento que se cuestiona: «Percibir no es recibir pasivamente estimulación: es seleccionar, formular hipótesis, decidir...» (p. 28). Algo ya conocido por MONTAIGNE (1985: I, cap. XXVI, 205), cuando, citando a Epicarmo, escribía «que es el entendimiento el que ve y oye».

Esto, en virtud del contacto personal (*sensorial*), favorecido por la inmediatez. Un contacto, por ello, privilegiado y exclusivo. Fuente de una experiencia irrepetible y, por lo mismo, blindada a la posible apreciación crítica en otra instancia, que es lo que haría intangible a la fijación de los hechos por la sentencia de primer grado dotada de semejante fundamento<sup>36</sup>.

Se trata de una visión que simplifica en extremo la complejidad del modo de ser real de ese medio de prueba, cuya valoración ha de desdoblarse, ineludiblemente, en dos juicios, estrechamente relacionados: uno sobre el declarante, y otro sobre lo declarado en sí mismo como discurso (coherencia) y en lo relativo a su contenido, en relación con lo aportado por otros medios. En efecto, porque la testifical es una clase de prueba con la que ha de procederse por pasos: la audición del testigo; la valoración de su atendibilidad como tal; y la consideración del contenido de sus manifestaciones, en el marco general del conjunto de las adquisiciones probatorias<sup>37</sup>.

De esos tres pasos, la mayor dificultad se concentra en el segundo, en el que deberá considerarse si el declarante se ha pronunciado con sinceridad (tendría o no motivos para faltar a la verdad; mantiene o no lo dicho en anteriores momentos de la causa). También —junto a la naturaleza, muy posiblemente traumatizante de lo presenciado, y por eso inductora de estrés; la duración de esa secuencia y el tipo de relación con ella; así como el tiempo transcurrido desde entonces, entre otras circunstancias—, tendrá mayor o menor relevancia otra cuestión: la relativa a la capacidad de percepción y la calidad de la memoria del deponente. Con la particularidad de que, algo no siempre sabido o tomado en consideración, la actualización del recuerdo es una actividad compleja. No es un acto, sino un proceso. Y las distorsiones o desviaciones pueden producirse en alguno de los distintos momentos en los que aquella se articula. Por cierto, según STERN, con preocupante facilidad, porque a su juicio: «el recuerdo defectuoso no es la excepción sino la regla»<sup>38</sup>.

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tratado de introducir algunos criterios de racionalización en la aproximación judicial al testimonio. Son los de: «ausencia de incredibilidad subjetiva», «verosimilitud» y «persistencia en la incriminación», que comparecen en infinidad de sentencias de todas las instancias, en materia penal. Estas pautas, tomadas a veces indebidamente, cual si se tratase de criterios de prueba legal<sup>39</sup>, tienen solo un valor muy relativo. En efecto, la falta de

<sup>36</sup> De ese tópico modo de concebir la inmediatez me he ocupado en ANDRÉS IBÁÑEZ (2003, y 2015: 272 ss.).

<sup>37</sup> Cfr. al respecto, DE PAULA RAMOS (2019: 166 ss.).

<sup>38</sup> Cit. por CATALDO DE NEUBURGUER: (2000: 37). Cfr. también MAZZONI (2010 y 2019); y DIGES JUNCO (2016).

<sup>39</sup> Me refiero a ciertos usos presididos por el automatismo, en virtud de un razonamiento falaz de este tenor: Concurrir: la abstracta verosimilitud del relato, más la ausencia de un móvil espurio (apreciado *en conciencia*), más el mantenimiento invariable de la misma versión, *ergo* lo declarado se ajusta a lo efectivamente acontecido. Así, una sentencia, de estos años, de una Audiencia Provincial, razonaba: «Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo concede valor suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia», a lo manifestado por un testigo ajustándose a estos requerimientos.

presupuestos para su aplicación podrá servir —en negativo— para desestimar el testimonio en sí mismo manifiestamente inverosímil, autocontradictorio o movido por móviles espurios. Pero es obvio que el relato de una situación imaginaria, bien construido y hábilmente expuesto, podría perfectamente ser presentado como veraz y pasar por tal, después de haber sido mantenido sin alteración en los distintos momentos procesales. Y se sabe asimismo por experiencia (clínica y también jurisdiccional) que hay personas que atribuyen a otro la realización de una conducta punible inexistente, sin propósito de perjudicarlo, solo como consecuencia de un error de percepción o incluso debido al padecimiento de algún tipo de trastorno. Y, además, podría darse igualmente la circunstancia de que alguien, aun odiando, dijera realmente la verdad al poner a cargo de otro la ejecución de una conducta punible.

En consecuencia, no es que el contenido de una testifical de cargo que supere ese triple filtro deba ser tenido como válidamente inculpatorio. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera debería ser desestimado *a limine* como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará *atendible en principio*, y, por tanto, estará justificado —en un segundo momento— entrar en el análisis de su contenido para confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, como forma de evaluar la calidad de los datos.

## 6. LA DEL TESTIGO-VÍCTIMA: ¿UNA PRUEBA PRIVILEGIADA?

Hay, todavía, algo que confiere mayor relevancia negativa al uso de estos criterios. Y es que, en el caso del (generalmente la) testigo-víctima<sup>40</sup> de agresiones sexuales, suele argumentarse que es necesario atribuir un especial valor convictivo a su testimonio porque, de otro modo, quedarían impunes conductas de suma gravedad, que habitualmente se producen en la clandestinidad. El *argumento*, reiterado en no pocas sentencias (y con raíz en alguna de la Sala Segunda del Tribunal Supremo) es «que nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad».

La especiosidad del razonamiento no puede ser más clara, puesto que de ese «nadie» se excluye al imputado, amparado por su derecho a la presunción de inocencia, que aquí se relativiza, se degrada, sin más, en su perjuicio. El modo de discurrir recién ilustrado implica una recuperación del (nunca abolido) *dogma* inquisitivo, duramente denostado por BECCARIA y FILANGIERI: «*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi*». Un criterio, según el primero (2011: 135), «dictado por la más cruel imbecilidad»; para el segundo (2018: I, 659 y nota), «regla

<sup>40</sup> En este punto es conveniente señalar la existencia de casos en los que la condición de víctima es ya patente desde el momento mismo de la denuncia, por la concurrencia de estigmas o síntomas inequívocos que informan, por ejemplo, de la existencia del atentado contra la libertad sexual. Pero, cuando esto no suceda, en rigor, tendría que hablarse de denunciante, hasta tanto resulte acreditada la realidad de la propia agresión y su padecimiento.

absurda» que «ha sacrificado a la imbecilidad de [...] los] jurisconsultos a un número infinito de inocentes»; y que, para CONSTANT (1989: I, 250), vendría a significar que «cuanto más grave es una acusación, es mucho más superfluo examinarla». Un criterio aberrante porque la valoración de un elemento de prueba no puede hacerse depender de un estado de opinión, ni de la gravedad del delito, ni tampoco de la demanda social de represión de determinadas conductas, por más graves que estas sean. Pero lo cierto es que cada época tiene sus emergencias, de ahí que aquel no acabe de abandonar el campo. El derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, goza de una vigencia absoluta y no condicionada ni condicionable, y requiere que la condena tenga como fundamento la acreditación del delito y su autoría con certeza práctica, alcanzada como fruto de un examen del material probatorio presidido por la racionalidad, que se exprese en un fallo suficientemente justificado en todos sus extremos relevantes. Que es por lo que no cabe hablar de *pruebas privilegiadas*<sup>41</sup> en su calidad convictiva, sin que se produzca una grave degradación de aquel. En efecto, pues la condición, por principio, de testigo privilegiado de alguien, determina la degradación de la presunción de inocencia del afectado por su testimonio inculpatario. Algo inaceptable, aun siendo una evidencia que hay, y no dejará de haber delitos que, por las circunstancias en se cometen, depararán, inevitablemente, un plus de ventaja para sus autores, que será un, también inevitable, plus de impunidad: y sería aberrante postular un derecho probatorio especial para esta clase de supuestos.

## 7. ACERCA DE LA CORROBORACIÓN

Para esa clase de testifical, la del testigo-víctima, a veces, solo a veces, se exige —y, por lo general, tímidamente, porque de otro modo esa perseguibilidad reforzada de los delitos en régimen de clandestinidad no se lograría— la existencia de alguna corroboración externa.

---

<sup>41</sup> Aquí resulta inevitable hacer referencia a una corriente que —¡con pretensiones de innovación y de progresismo!— se está abriendo paso en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencias sobre casos de la que se conoce como violencia de género, como la n.º 282/2018, de 13 de junio (ponente MAGRO SERVET), donde puede leerse: «la víctima se encuentra procesalmente en la situación de *testigo*, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien “ha visto” un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido». No es precisamente un modo diáfano de razonar, no inusual en el mismo ponente, que, por ejemplo, tiene escrito: «Los hechos declarados probados deben ser analizados bajo las circunstancias de la concurrencia de elementos concurrentes de distinta naturaleza que es preciso escindir para deducir de su conjunto la ajustada respuesta jurídica que del orden jurisdiccional penal se desprende de la prueba practicada en el plenario» (Audien- cia Provincial de Alicante, sentencia n.º 334/2003, de 21 de junio).

Esta exigencia, como se sabe, tiene también un ámbito privilegiado de aplicación en la valoración de la declaración heteroinculpatória del coimputado<sup>42</sup>, y por dos razones: que la vigencia del derecho a no decir la verdad, elimina la (ciertamente tenue) constrictión a ser veraz de aquél, y que, al mismo tiempo, la del *nemo tenetur se detegere* limita las posibilidades de interrogación y la eficacia del examen contradictorio, por tanto.

Pero ocurre que, en materia de corroboración, el avance que esta exigencia podría suponer resulta inmediatamente rebajado, en incorrecta aplicación de un criterio tomado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, este exige regularmente lo que denota como «una mínima corroboración». Pero solo lo hace sirviéndose de este dato como indicador para la determinación de la propia competencia. Dicho de otro modo, de existir esa «mínima corroboración» habría prueba valorable de otra fuente. Y así, a tenor del criterio de la misma instancia, ya examinado, en materia de presunción de inocencia, en tal caso faltaría materia constitucional como precondition de acceso al recurso de amparo, y la cuestión debería permanecer en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Mas ocurre que el criterio que, en el caso del Tribunal Constitucional, podría servir para que este administre su propia competencia, en el marco jurisdiccional ordinario no puede, en modo alguno, ser usado como parámetro para calibrar la suficiencia de la prueba de cargo aportada por el testigo-víctima o por el coimputado.

En efecto, porque el verbo corroborar denota la acción consistente en reforzar la afirmación que ya tiene apoyo en ciertos datos de determinada procedencia, con otros de origen diverso. Y fuerza es fuerza convictiva, algo que solo pueden transmitir los datos que gocen de determinada aptitud, es decir, aquí, los dotados de verdadera calidad informativa de cargo. Y sabido es que, en este terreno, la adición de un indicio o indicador débil a otro u otros del mismo carácter no lo refuerza, sino que produce el solo resultado de la mera concurrencia de debilidades.

Corroborar es, pues, reforzar la veracidad de un aserto relativo a ciertos hechos, mediante la aportación de datos atendibles de una fuente distinta. Por tanto, el elemento de corroboración será un dato de contenido empírico, suficientemente acreditado, distinto de los que integran la imputación, por tener un alcance más reducido (no la cubre enteramente), por su fuente (otra distinta, pero que interactúa con aquel y pertenece al mismo contexto de acción).

O sea, corroborar es *probar*, pero no directamente la acción (principal) objeto de la deposición inculpatória del testigo-víctima o de la heteroimputación del coimputado, lo que haría estas superfluas, sino otro dato de hecho relacionado con aquella de una forma tal que, en términos de experiencia, abonaría la certeza de que, en efecto, tuvo lugar de una determinada manera. Por eso, sirve para reforzar la convicción de que la primera se habría producido realmente en los términos que dice el que imputa.

---

<sup>42</sup> Para una útil aproximación a esta figura y sus implicaciones, cfr. BEVERE (1993).

El elemento de corroboración debe recaer, no sobre la atendibilidad del declarante, sino sobre lo declarado por él, sobre circunstancias que relacionarían al destinatario de la imputación o de la coimputación con el hecho imputado. Esto es, sobre aquello cuya veracidad se trata de confirmar, para que pueda entenderse acreditado.

Por tanto, la valoración de esta prueba compleja tiene que producirse en tres tramos, los relativos: a la credibilidad del testigo-víctima o del coimputado que imputa a otro; a la consistencia interna de la declaración inculpatoria; y a la existencia de elementos de corroboración de otra fuente.

En fin, el elemento de corroboración debe estar referido, no genéricamente al destinatario de la imputación, sino al mismo *en relación con* el hecho objeto de esta. Por tanto, no se trata de contar (como muchas veces se dice) con datos vagamente relativos a circunstancias de las llamadas «periféricas», sino que, del mismo modo que la información inicial, la que se cruce con esta debe servir para conectar, indirecta pero eficazmente, al imputado con la acción delictiva que se le atribuye.

## 8. SOBRE EL VALOR PROBATORIO DE LAS ACTUACIONES DE LA INSTRUCCIÓN

Otro asunto que creo interesante examinar críticamente: el del valor o falta de valor probatorio del resultado de las actividades propias de la instrucción cuando son trasladadas al juicio oral.

Reiteradísima jurisprudencia de todas las instancias, a partir de la del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo, consideran auténticas pruebas solo a las *practicadas* en el juicio oral, con inmediación y contradicción. Las diligencias de investigación llevadas a cabo con anterioridad, fuera de esa fase, no tendrían en sí mismas la consideración de pruebas; pero, *excepcionalmente*, podrían valer como tales<sup>43</sup>. Esto en el caso de que, practicadas en su momento con las formalidades de la ley, fueran reproducidas en el juicio, mediante lectura, con lo que, se dice, podría hacerseles objeto de debate contradictorio.

Así, resultarían dos modalidades de contradicción: la genuina, que es la que tiene lugar de manera actual en la vista e incide directamente sobre los actos de producción de la prueba; y la *ficta*, de carácter subsidiario, representada por el acceso al juicio oral, como documental, de diligencias de investigación practicadas en un momento

---

<sup>43</sup> Esta cuestionable tendencia tuvo una versión extrema en alguna jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que acabó dando lugar a un acuerdo de pleno (aprobado por mayoría), de fecha 28 de noviembre de 2006 decidiendo que las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia». Se dijo bien «jurisprudencia», al tratarse de un criterio abiertamente *contra legem*, sin apoyo legal, por tanto (art. 297 Ley de E. Criminal), luego descalificado por el Tribunal Constitucional (sentencia de amparo n.º 68/2010), que, *sic transit*, no mantendría este criterio durante mucho tiempo, a tenor de sentencias como la de amparo de n.º 165/2014. De estos recusables usos del atestado me he ocupado en ANDRÉS IBÁÑEZ (2015: 321 ss.)

anterior, fuera de él, por tanto. De este género son las lecturas de actuaciones del sumario permitidas por el art. 730 de la Ley de E. Criminal, «cuando por causas independientes a la voluntad [de las partes] no puedan ser reproducidas en el juicio oral».

También el art. 714 de aquella permite recurrir a la lectura de diligencias del sumario, para confrontar «al testigo» con declaraciones producidas en esa otra fase procesal, divergentes de las realizadas en el juicio<sup>44</sup>.

En algún caso, el del imputado que, tras de haber declarado (normalmente en sentido inculpatario) en la policía, se negase a declarar en el juzgado y en la vista, ese recurso a la lectura se ha extendido (en régimen rigurosamente extralegal) al atestado, *con el complemento* de la declaración los agentes que actuaron en comisaría, llamados (obviamente) a manifestar, que lo dicho ante ellos, en su momento, había sido trascrito con rigurosa fidelidad<sup>45</sup>.

Pues bien, no es infrecuente que, por efecto de la utilización de alguno de estos expedientes, en las sentencias se hable de contradicción, *como si* esta se hubiera producido de forma real y actual. *Como si* leer en el juicio la transcripción de la declaración sumarial pudiera equivaler a la audición del declarante. *Como si* la audición en juicio de los policías que suscriben la declaración del imputado que figura en el atestado, equivaliese a escuchar a este, directamente interpelado.

Cuando se argumenta de este modo, se incurre en una grave confusión de planos, el jurídico y el epistémico de la actividad probatoria. Con olvido de que no todo lo que cumple los requerimientos (formales) del primero satisface plenamente las exigencias del segundo. Esto en el mejor de los casos, porque en el aludido supuesto de la ratificación policial de una diligencia del atestado, faltaría incluso la primera exigencia.

Pues bien, aquí no se trata de negar todo o cualquier valor al expediente de la lectura de lo aportado por anteriores diligencias judiciales, debidamente documentadas, máxime cuando se diera en circunstancias de una objetiva imposibilidad de tener presente al declarante en la vista. Lo que se cuestiona es la pretensión de que la vali-

---

<sup>44</sup> En este punto, hay que señalar que, donde la ley dice «sumario» (es decir, actuación judicial) y «testigo», la jurisprudencia ha entendido *también* atestado (o sea, actuación policial) e imputado, enmendando la plana al legislador. Asimismo, ha interpretado que el juzgador, además de poner de relieve el contraste entre declaraciones, podría *optar* por dar valor probatorio a las manifestaciones producidas antes y fuera del momento del juicio. Reescribiendo, por tanto, en perjuicio del imputado, el precepto de referencia.

<sup>45</sup> Es lo sucedido en algunas sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en casos de terrorismo, cuando, ante el silencio del acusado en el juicio, el fiscal propone como prueba la declaración de los agentes que recibieron su declaración en comisaría. El resultado es que su manifestación en la vista en el sentido de que lo documentado por ellos en aquel momento es lo efectivamente declarado por el primero, lleva al tribunal a *transustanciar* esta deposición policial en *confesión autoinculpatoria* del imputado, producida, además, de forma contradictoria en el juicio, con todas las garantías (!). Con este modo de operar no es que se viole de forma abrupta el constitucional derecho del acusado a guardar silencio, sino que se ignora la condición legal de mera denuncia del atestado. Y se hace un uso francamente inaceptable de (muy peculiares) testigos de referencia.

dez jurídico-formal del acto permita hablar de contradicción sin mayores matizaciones, y que pueda operarse *como si* esta se hubiera dado con intermediación real y actual.

En efecto, pues desde el punto de vista de la apreciación probatoria, no puede atribuirse el mismo valor a lo obtenido en el directo examen contradictorio de un declarante que a lo que este hubiera podido manifestar en algún otro momento (generalmente, sin contradicción), y que ahora carece de otra existencia que la textual.

A PLATÓN (2010: 275b, 835) se debe una reflexión sumamente interesante en este contexto, puesta en boca de Sócrates, en el *Fedro*: las palabras escritas no saben responder, y «si se les pregunta algo, responden con el más altivo de los silencios».

Por eso, el cumplimiento de los trámites legales, permitirá al *juez-jurista* introducir en el cuadro probatorio el elemento de prueba aportado a través de esa interlocución ficticia. Pero el *juez-operador racional* deberá adecuar su valoración atendiendo a ese déficit de interlocución. Pues, mientras la contradicción real puede ser una garantía efectiva de cierta calidad epistémica de los datos adquiridos en el examen de una prueba personal presidido por ell, el cumplimiento de determinadas formalidades legales sustitutivas no tiene por qué serlo.

## 9. LA LLAMADA ‘TEORÍA’ DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD O (CASI) TODO VALE

Hay, en fin, otro (muy grave) tópico de nuestra jurisprudencia, que me gustaría examinar aquí. Es el que gira bajo el rótulo que acaba de transcribirse: «teoría de la conexión de antijuridicidad»<sup>46</sup>.

Es una implicación —ya se ha dicho— del principio de presunción de inocencia, correctamente interpretado en el contexto de la actual disciplina constitucional del proceso como regla de juicio, que la única prueba apta para destruir la presunción de inocencia es la *legítimamente obtenida*. Lo prescribe el art. 11,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando priva de efecto a las que lo hubieran sido, «directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»; incorporando a nuestro ordenamiento las «limitaciones *autoimpuestas* al conocimiento» de que hablara BELING (2009: 6); destinadas a preservar «la integridad constitucional» AMBOS (2009: 61), mediante una adecuada y coherente jerarquización de los principios y valores en presencia.

El planteamiento fue acogido —diría que sin particular entusiasmo— por los Tribunales Supremo y Constitucional, hasta la sentencia de este último n.º 81/1981, que introdujo un cambio radical en la inteligencia del precepto, al decidir que el desvalor asociado a la vulneración de alguno de esos derechos o libertades fundamen-

<sup>46</sup> Para una aproximación crítica al asunto, entre otros, cfr. DÍAZ CABIALE-MARTÍN MORALES (2001), MIRANDA ESTRAMPES (2004: en particular 129 ss.), MARTÍNEZ GARCÍA (2009) y ANDRÉS IBÁÑEZ (2015: 332 ss.).

tales en la adquisición de una prueba, no tendría por qué acompañar necesariamente a la información de cargo obtenida de ese modo ilegítimo, en todos los momentos del proceso en los que pudiera operar. Según esto, dadas las particularidades del caso y algunas del contexto, la pérdida de efectos por razón de la antijuridicidad, podría quedar confinada de manera exclusiva en la actuación infractora original, sin extenderse dentro de la causa al contenido de otros actos de prueba sobre el mismo objeto, por más que, desde el punto de vista de la causalidad *natural*, pudieran estar relacionadas con ella.

Para decidir si —en el planteamiento jurisprudencial a examen— la antijuridicidad debiera o no rebasar este límite, habría que tomar en consideración, desde el punto de vista interno, la entidad de la garantía menoscabada y la forma en que lo hubiera sido, junto con las características y el resultado de la vulneración. Y, en una perspectiva externa, tendría que valorarse la necesidad de tutela del derecho fundamental en el caso.

A tenor de tales presupuestos, cabrá que la información de cargo obtenida mediante una intervención ilegítima, si hecha valer en un posterior momento del proceso a través de un distinto medio de prueba, pueda, no obstante, operar válidamente, en el caso de resultar este *jurídicamente ajeno* a aquella primera actuación vulneradora del derecho fundamental. Algo que podría acontecer, por ejemplo, en el caso de que entre una y otra mediase un nexo atenuado<sup>47</sup>; cuando el agente infractor hubiera actuado de buena fe; y en los casos llamados de «descubrimiento inevitable».

En realidad, el planteamiento se limita a la mecánica *importación*, sin decirlo, de un criterio propio de la jurisprudencia estadounidense; es decir, de un sistema en el que solo se excluirían las pruebas ilícitas (*y no por principio*, sino en virtud de un ejercicio de ponderación) cuando fuese el único modo de prevenir futuras desviaciones en el proceder de la policía, mediante el conocido como *deterrent effect*. Pero lo cierto es que la incorporación de tal criterio a nuestro marco jurisprudencial, en la forma en que lo ha sido, no puede resultar más perturbadora, vista la claridad del enunciado legal que rige en la materia, que proscribía la utilización de las pruebas «obtenidas directa o indirectamente» del modo que se ha dicho. «Directa o indirectamente», luego: *tertium non datur*. O, lo que es lo mismo, en todo caso.

Falaz es también la distinción de una conexión *natural* de otra *jurídica* en la transmisión, *dentro de la causa*, de la negativa connotación de los datos incriminatorios, que es lo que *permitiría* dar valor a los recuperados mediante una prueba refleja. En efecto, pues en este punto, la ley tampoco distingue, y mal podría hacerlo para deslindar dos tipos de cauce, el *natural* y el *jurídico*, en un contexto rigurosamente

---

<sup>47</sup> Al respecto, es paradigmático el caso del poseedor de un alijo de droga, hallado en un domicilio, por ejemplo, en virtud de una entrada sin autorización judicial y cuando no hubiera mediado flagrancia delictiva, que, llegado el momento de ser oído en la vista, admitiese la realidad de ese hecho. Tengo constancia directa de dos casos en los que, siendo dos los imputados, uno confesó y fue condenado, por la existencia de una prueba de cargo *independiente* de la original afectada por una contaminación insana; mientras que el que negó, en ausencia de aquella, pudo beneficiarse de una sentencia absolutoria.

formalizado, en el que los actos desencadenantes habrían sido realizados por sujetos institucionales, en el ejercicio de su función; y en el que, incluso, el proceso de traslación de datos, de uno a otro momento procesal, se habría producido en «papel de oficio».

Dadas estas circunstancias, la calificación de independiente de la confesión *sanaatoria* a la que acaba de hacerse referencia está aquejada de una insoportable falta de rigor. Ya solo por haber sido hecha en respuesta a una pregunta de la acusación francamente capciosa y fraudulenta (de las prohibidas en el art. 709 de la Ley de E. Criminal). Por otra parte, y aunque esta —que es mucho forzar— pudiera no considerarse tal y se dijera, como se dice, que el confesante en el juicio, en cuanto asistido de su defensor, lo habría hecho con todas las garantías, lo cierto es que las ilegitimidades constitucionales no son reversibles; y menos por la observancia de garantías que no retroactúan y solo tienen un efecto actual y referido al acto sobre el que se proyectan.

A veces se ha argumentado que la droga aprehendida existiría en todo caso. Pero el *argumento* es aún más pobre, pues lo que se postula no es que el hecho de la ilegitimidad de la incautación convierta la droga en no-droga o en droga legal, sino que el dato de la existencia de la sustancia, por el modo de obtención, no puede pasar el filtro de constitucionalidad, que es lo que le impide acceder al proceso con eficacia.

Así sucede que el Tribunal Constitucional ha hecho algo tan simple y tan impropio como reescribir el art. 11,1 LOPJ, de modo que, donde este decía «no surtirán efecto», ha pasado a *decir*: «surtirán efecto, salvo que...». Un *que*, que, prácticamente, nunca o casi nunca se produce.

Y no es lo peor que la alta instancia haya operado de forma tan impropia. Es que ha investido a los jueces y tribunales de la potestad de formar y emitir juicios de mera oportunidad, en situaciones en las que lo que está en juego son, pura y simplemente, derechos fundamentales. Doblemente conculcados, por obra de la jurisprudencia que se contempla.

La razón del modo de proceder aquí cuestionado, es decir, de la decisión de enmendar la plana al legislador, tiene poco o nada de jurídica. En efecto, pues responde al propósito de hacer prevalecer un pragmatismo político-criminal sin principios. Un demoledor (casi) todo vale. Que, en la práctica, supone incentivar, con irresponsabilidad manifiesta, intolerables faltas de profesionalidad policiales, judiciales y del ministerio público.

En efecto, porque cualquiera que goce de una mínima experiencia práctico-procesal, sabe que todas las actuaciones gravemente vulneradoras de garantías y derechos, que conducen a las situaciones de que se trata, podrían (como deberían) haberse realizado, sin problema, conforme a derecho. Pero sucede que, cuando la inobservancia de este no conduce a la ineffectividad de los resultados torcidamente perseguidos: ¿para qué el esfuerzo? Si, al fin, vale igual un registro constitucionalmente ilegítimo que uno regularmente producido; si un *auto*, mero impreso de ordenador con el que

se *estampilla* un atestado<sup>48</sup>, puede servir lo mismo que uno artesanal y rigurosamente motivado: ¿para qué *la pérdida de tiempo* que conlleva la observancia de las correspondientes exigencias constitucionales de garantía?

De este modo, con lo fácil que podría resultar inducir, en el tratamiento de materias tan delicadas, el *círculo virtuoso* que reclama la legalidad vigente en todos sus planos, se opta por confirmar y reafirmar el *círculo vicioso*<sup>49</sup>. Profundamente deslegitimador de quienes lo propician con sus actuaciones; pero también del ordenamiento como tal, constreñido a vivir en permanente y contradictorio desacuerdo consigo mismo.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA DE PAZ, E., 1924: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid: Editorial Reus.
- AJELLO, R., 1976: *Arcana iuris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Nápoles: Jovene Editore.
- ALESSI PALAZZOLO, G., 1979: *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Nápoles: Jovene editore.
- AMBOS, K., 2009: «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán», en Ernst Beling, Kai Ambos y Óscar Julián Guerrero, *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Temis.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 1992: «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *Doxa*, 12: 257-299.
- 2003: «Sobre el valor de la intermediación. (Una aproximación crítica)», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 46, ahora en P. Andrés Ibáñez, *Los 'hechos' en la sentencia penal*, México: Fontamara, 2005: 191 ss.
- 2006: «Motivación "por delegación" de las decisiones judiciales que limitan derechos fundamentales», inicialmente publicado en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*, Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González Cuéllar García, Madrid, Colex. También en Íd., p., *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad EAFIT, 2011: 221 ss.
- 2007a: «"Justicia" de oportunidad: una alternativa no jurisdiccional al proceso penal», en Íd. *Justicia penal, derechos y garantías*, Lima-Bogotá: Palestra-Temis: 222-238.
- 2007b: «Carpintería de la sentencia penal (en materia de "hechos")», en *Poder judicial*, n.º 49, 1998; ahora en Íd., *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires: Editores del Puerto, Buenos: 235 ss.
- 2015: *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid: Trotta.
- ANÓNIMO, 2019: *El abogado secreto. Historia sobre las leyes y cómo se quebrantan*, trad. cast. de M. Palmer, Madrid: Capitán Swing.
- ARMENTA DEU, T., 2012: *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Madrid: Marcial Pons.
- BECCARIA, C., 2011: *De los delitos y de las penas*, prefacio de P. Calamandrei, texto italiano fijado por G. Francioni, edición bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
- BEVERE, A., 1993: *La chiamata di correo nel nuovo processo penale*, Milán: Giuffrè.
- CALAMANDREI, P., 1952: apostilla a F. Carnelutti, «A proposito della tortura», en *Rivista di diritto processuale*: VII (1ª parte): 238-239.

<sup>48</sup> Cfr. sobre el particular ANDRÉS IBÁÑEZ (2006).

<sup>49</sup> Aquí suele invocarse el llamado *principio de conservación* de los actos y el propósito de evitar las situaciones de impunidad en que se traduciría la declaración de las obligadas ilegitimidades, con su secuela de nulidades. Pero, aparte de que las malas prácticas subyacentes tendrían, en ocasiones, que ser tratadas como delitos, que permanecen impunes, pregúntese el lector por el tiempo que tardarían los distintos operadores (policiales, judiciales y del ministerio público) en acomodar sus prácticas al mejor derecho, si los tribunales Supremo y Constitucional se hicieran realmente firmes en el que debiera ser su papel de exigencia.

- 1960: *Proceso y democracia*, trad. cast. de H. Fix Zamudio, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CARNELUTTI, F., 1959: *Las miserias del proceso penal*, trad. cast. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CARRARA, F., 1976<sup>a</sup>: *Programa del curso de derecho criminal*, trad. cast. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero Leconte, Bogotá: Temis.
- 1976b: «El antiguo procedimiento penal de Luca», en *Opúsculos de derecho criminal*, trad. cast. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero Leconte, Bogotá: Temis: 32-51.
- DE CASTRO, P., 2009: *Defensa de la tortura*, Valladolid: Editorial Máxtor.
- DE CATALDO NEUBURGER, L., 2000: *Esame e controesame nel processo penale. Diritto e psicologia*, Milán: Cedam.
- DE PAULA RAMOS, V., 2019: *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, trad. cast. de L. Criado Sánchez, Madrid: Marcial Pons.
- CONSTANT, B., 1989: *Curso de política constitucional*, trad. cast. de M. A. López, Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior.
- DEVIS ECHANDÍA, H., 1981: *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires: Víctor P. Zavalía editor.
- DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍN MORALES, R., 2001: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid: Civitas.
- DIGES JUNCO, M., 2016: *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*, prólogo de J. J. López Ortega, Madrid: Trotta.
- FASIN, D., 2018, *Punire*, trad. it. de L. Alunni, Milán, Feltrinelli.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., 2005: *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel.
- FERRAJOLI, L., 1995: *Derecho y razón. Teoría del garantismo pena*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Madrid: Trotta.
- 2006: «El derecho penal de enemigo y la disolución del derecho penal», trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 57; ahora en Íd., *Escritos sobre derecho penal*, edición de Nicolás Guzmán, Buenos Aires: Hammurabi, Buenos Aires, 2014, 2: 153 ss.
- FERRER, J. 2007: *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- FERRUA, P., 1992: «Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale», en *Studi sul processo penale. II Anamorfosi del processo accusatorio*, Turín: Giappichelli, pp. 13-42.
- 2012: *Il 'giusto processo'*, Bolonia: Zanichelli, 3<sup>a</sup> edición.
- 2017: *La prova nel processo penale. I Struttura e procedimento*, Turín: Giappichelli.
- FILANGIERI, G., 2018: *Ciencia de la legislación*, trad. cast. de J. Ribera, edición y revisión del texto por L. Prieto Sanchís, con prólogo de D. Ippolito, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- FLORIAN, E., 1982: *De las pruebas penales*, trad. cast. de J. Guerrero, Bogotá: Temis.
- GASCÓN ABELLÁN, M., 1999: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2005: «Los hechos bajo sospecha: sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial», en *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá: Palestra-Temis: 17-52.
- GREVI, V., 1972: *Nemo tenetur se detegere*, Milán: Giuffrè.
- GUZMÁN, N., 2018: «La teoría del estándar objetivo de prueba y el garantismo penal: dos perspectivas antagónicas sobre el proceso penal», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 92: 85-99.
- HABERMAS, J., 1998: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. cast. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta.
- IACOVIELLO, F. M., 1997: *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milán: Giuffrè.
- ILLUMINATI, G., 1979: *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bolonia: Zanichelli,
- VERLANGA HUERTA, F., 1842: *Procedimiento en materia criminal*, Madrid: Librería de Ríos.
- JAKOBS, G., 2003: «¿Cómo protege el derecho penal y que es lo que protege? Contradicción y prevención: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de las normas», trad. cast. de M. Cancio Meliá. Texto mecanográfico de la conferencia impartida en la Fundación Ortega y Gasset de Madrid.

- LUCCHINI, L., 1905: *Elementi di procedura penale*, Florencia: G. Barbèra editore.
- LUZÓN CUESTA, J. M.: 2000, *El recurso de casación penal*, Madrid: Colex.
- MALATESTA, F., 1988: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, trad. cast. de S. Carrejo y J. Guerrero, Bogotá: Temis.
- MANDUCA, F., 1888: *Studii teorico-practici sulla procedura penale*, Nápoles: Ernesto Anfossi.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., 2009: *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MAZZONI, G., 2010: *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, trad. cast. de J. M. Revuelta, Madrid: Trotta.
- 2019: *Psicología del testimonio*, trad. cast. de A. Moreno, Madrid: Trotta.
- MECCARELLI, M., 1998: *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milán: Giuffrè.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., 2004: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, J. M. Bosch Editor: Barcelona.
- MONTAIGNE, M., 1985: *Ensayos*, edición de M. D. Picazo y A. Montojo, Madrid: Cátedra.
- MURATORI, L., 1794: *Defectos de la jurisprudencia*, trad. cast. de V. M. de Tercilla, Madrid: Imprenta de la viuda de don Joachin Ibarra.
- NOBILI, M., 1974: *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milán: Giuffrè.
- PAGANO, M., 2002: *Principios del Código Penal*, introducción y notas de S. Moccia, trad. cast. de E. R. Zaffaroni, revisión de M. Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires: Hammurabi.
- PASTOR, D., 2005: *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires: Ad Hoc.
- PIZZI, W. T., 1999: *Juicios y mentiras, Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, prólogo y traducción de C. Fidalgo Gallardo, Madrid: Tecnos.
- PLATÓN, 2010: «Fedro», trad. cast. de E. Lledó, en Íd. *Diálogos*, prólogo de C. García Gual, estudio introductorio de A. Alegre Gorri, Madrid: Gredos.
- POSTEL, A., 2014: *Un hombre al margen*, trad. cast. de M. T. Gallego Urrutia, Madrid, Nórdicalibros: Madrid.
- POUND, R.: *El espíritu del 'common law'*, prólogo y trad. cast. de J. Puig Brutau, Barcelona: Bosch (sin fecha, pero la del prólogo es 1954).
- PRIETO SANCHÍS, L., 2011: *Garantismo y derecho penal*, Madrid: Iustel.
- RAMÍREZ ORTIZ, J. L., 2014: «Verdad, proceso y derecho penal. (Interrogatorios en la habitación 110)», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 79: 18-38.
- ROSONI, I., 1995: *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoría della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milán: Giuffrè.
- SCHÜNEMANN, B., 1991: «¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», trad. cast. de S. Bacigalupo, en Varios autores, *Jornadas sobre la «Reforma del Derecho Penal en Alemania»*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 49 ss.
- STEVENSON, B., 2014: *Por compasión. La lucha por los olvidados de la justicia en Estados Unidos*, trad. cast. de F. López Martín, Barcelona: Península.
- TAIBBI, M., 2015: *La brecha. La injusticia en la era de las grandes desigualdades económicas*, trad. cast. de E. Ayllón, Madrid: Capitán Swing.
- TARUFFO, M., 1970: *Studi sulla rilevanza della prova*, Padua: Cedam.
- 2002: *La prueba de los hechos*, trad. cast. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid: Trotta.
- UBERTIS, G., 2000: *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milán: Raffaello Cortina Editore.
- UBERTIS, G., 2017: *Elementos de epistemología del proceso judicial*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
- VALIANTE, M., 1975: *Il nuovo processo penale. Principi fondamentali*, Milán: Giuffrè.
- VERLANGA HUERTA, F., 1842: *Procedimiento en materia criminal I*, Madrid: Librería de Ríos.
- VON BELING, E., 2009: «Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal», en Ernst Beling, Kai Ambos y Óscar Julián Guerrero, *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Temis.
- WINSLOW, D., 2019: *Corrupción policial*, trad. cast. E. Del Valle, Barcelona: RBA.
- WOLFE, T., 1988: *La hoguera de las vanidades*, trad. cast. de E. Murillo, Barcelona: Anagrama.



## LA ETAPA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL Y SU ROL EN EL CONTROL DE ADMISIBILIDAD PROBATORIA EN CHILE

Mauricio Duce J.  
Profesor Titular Facultad de Derecho  
Universidad Diego Portales  
mauricio.duce@udp.cl

**ABSTRACT:** Evidencia empírica disponible muestra que la etapa de preparación de juicio oral (procedimiento o etapa intermedia) en el proceso penal chileno no está cumpliendo en la práctica con el rol de constituirse en una instancia seria de control de admisibilidad probatoria asignado por el legislador. De esta forma, hay indicios que prueba de baja calidad es admitida a juicio sin cuestionamientos. Este texto da cuenta de esta evidencia y luego reflexiona sobre las razones que pueden explicar este fenómeno. A su vez, se formulan algunas propuestas preliminares destinadas a transformar esta etapa en una instancia seria de control de admisibilidad probatoria. Todo esto teniendo presente la existencia de información que permite presumir que este mismo problema se está produciendo también en otros países de América Latina.

**PALABRAS CLAVE:** Prueba, admisibilidad, procedimiento o etapa intermedia, juicio oral, derecho probatorio.

### THE PREPARATION OF TRIAL STAGE AND ITS ROLE IN THE ADMISSIBILITY OF EVIDENCE IN CHILE

**ABSTRACT:** Available empirical evidence shows that the stage of preparation of trial (intermediate procedure or stage) in the Chilean criminal procedure have not fulfill in the real operation of the system its role as being a serious instance of admissibility control of evidence that the legislator attempted to establish. There are several indicia that low quality evidence is admitted to trial without any questioning. This work presents the evidence and analyses the reasons that could explain this phenomenon. In addition, formulates some preliminary proposals oriented toward the transfor-

mation of this stage of the procedure in a real instance of admissibility control. This is in light of information that suggest that the same problem is also present in other Latin American countries.

**KEYWORDS:** evidence, admissibility, intermediate procedure or stage, trial, evidence law.

**SUMARIO:** 1. Introducción.—2. Una visión general sobre los cambios y sus alcances en materia probatoria.—3. El procedimiento intermedio y su rol en los debates probatorios. 3.1. Una breve panorámica regional. 3.2.- El modelo de la legislación de Chile.—4. ¿Qué ha pasado en el funcionamiento práctico del sistema con la etapa de preparación de juicio oral en Chile? 4.1.- La evidencia disponible y sus alcances. 4.2. Algo sobre las consecuencias.—5. ¿Qué explica lo que está ocurriendo con las APJO? 5.1. La excesiva carga de trabajo y la burocratización del sistema. 5.2.- Problemas asociados a la comprensión cultural del cambio. 5.3. Defectos y vacíos en la regulación legal. 5.4. Problemas de diseño institucional e incentivos.—6. Reflexión final: ¿Cómo hacer de la APJO un momento de control de admisibilidad probatoria en serio?—7. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Al igual que casi todos los países de América Latina, durante la década de los noventa del siglo pasado Chile inició un profundo proceso de transformación de su sistema de justicia criminal (MAIER, AMBOS y WOISNICHNIK, 2000; LANGER, 2007; DUCE, 2009). Este esfuerzo se centró en la reforma de un proceso penal de fuerte raigambre inquisitiva vigente en esa época y su reemplazo por un nuevo proceso de tipo «acusatorio» (DUCE y RIEGO, 2007: 37-88; RIEGO, 1998: 15-54). Los alcances de un «sistema acusatorio» suelen ser motivo de debate, pero no es el objetivo de este estudio ahondar en esto (DAMASKA, 1983: 24; LANGER, 2001: 102-111). Para efectos de este trabajo basta con señalar que en el caso de la reforma chilena, en buena medida en toda América Latina, el alcance que se le ha dado al sistema acusatorio se refiere al modelo procesal consolidado en Europa Continental a partir de la segunda mitad del siglo xx<sup>1</sup>. De hecho, el modelo implementado en la mayoría de los países de la región encuentra como base inicial la propuesta desarrollada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a mediados de la década de los 80 del siglo pasado, la que se construyó principalmente sobre el proceso vigente en ese momento en Alemania (STRUENSEE y MAIER, 2000: 25-29)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El modelo de los países de tradición legal anglosajona, como Estados Unidos o Inglaterra, que usualmente se identifican como sistemas «adversariales», tuvo en cambio un impacto más limitado, especialmente en los procesos iniciales de reforma en la región.

<sup>2</sup> También fue muy influyente, entre otras, la reforma italiana del año 1989. Esto no excluye que algunos países (como, por ejemplo, Colombia y Chile, entre otros) han tomado diversos aspectos del proceso penal de la tradición anglosajona en su diseño procesal. En general se trata de países que iniciaron sus procesos de cambio luego de una primera ola reformista cuyo debate partió a mediados de los años 80 y se consolidó con cambios en la primera mitad de los 90. Esta evolución parece ser consistente con un proceso de convergencia del modelo europeo continental con tal tradición.

El proceso de cambio descrito se tradujo en transformaciones muy importantes en el diseño de las distintas fases que integran el proceso. Una de ellas fue el establecimiento de una etapa intermedia, llamada en Chile «etapa de preparación del juicio oral», que no existía previamente. A esta se le adjudicó, entre otras, una función clave en la admisión de prueba a ser considerada con posterioridad en el juicio oral. Esta función probatoria se repite en varias de las nuevas legislaciones de la región, las que suelen ocupar más bien la terminología de «etapa intermedia» o «procedimiento intermedio» para identificarla.

Era esperable que transformaciones de la magnitud de las experimentadas en Chile le tuvieran problemas en asentarse. Esto pareciera ser el caso de la materia de estudio en este trabajo. En efecto, a cerca de 20 años de haberse iniciado el funcionamiento del nuevo sistema procesal en Chile, diversa evidencia sugiere que la etapa de preparación de juicio oral no estaría cumpliendo un rol mínimamente relevante en materia probatoria. Es decir, esta etapa no satisfaría uno de sus fines centrales que le fueron asignados: el constituirse en una instancia de control de la prueba que se intenta introducir a juicio. Se trata de un problema relevante ya que ello estaría acarreado diversas consecuencias negativas para el sistema. Dentro de ellas, por ejemplo, alargando los plazos generales de duración de los casos que llegan a juicio.

En el contexto descrito, el presente trabajo presentará y explicará la evidencia disponible que muestra el escaso rol que estaría cumpliendo esta etapa en promover debates probatorios de admisibilidad o exclusión de evidencia en Chile. Luego sugerirá razones del porqué esto podría estar ocurriendo y, finalmente, se concluirá con algunas reflexiones que contienen propuestas de carácter preliminar para mejorar la situación descrita. Antes de esto me dedicaré brevemente a describir de manera general algunas características del nuevo proceso penal en Chile y, en particular, de la etapa de preparación de juicio oral y su rol probatorio, con el propósito de contextualizar mejor al lector sobre el punto foco de este trabajo.

Si bien el trabajo se centra en la situación chilena, haré referencias permanentes a otras legislaciones de América Latina. Evidencia anecdótica disponible de varios países de la región indica que el problema que describiré en las páginas que siguen está relativamente extendido y que, por lo mismo, las reflexiones para el caso chileno podrían ser útiles a considerar en otras realidades nacionales.

## 2. UNA VISIÓN GENERAL SOBRE LOS CAMBIOS Y SUS ALCANCES EN MATERIA PROBATORIA

Un elemento paradigmático de la transformación procesal experimentada en Chile y en la región ha sido el establecimiento de un proceso por audiencias orales como el método de trabajo central del sistema. Esto constituye uno de los aspectos simbólicos del programa de reformas ya que supuso dejar de lado un elemento que constituía la columna vertebral del sistema inquisitivo anterior: su carácter escrito.

Es por eso que buena parte del discurso reformista en América Latina ha sido identificado con el eslogan de la oralidad (BOVINO, 1998: 4-7).

En el caso chileno, la idea central de la oralidad ha sido comprender que el mecanismo institucional que permite a los jueces tomar decisiones es la realización de una audiencia pública en donde las partes pueden, cara a cara, presentar sus argumentos de manera verbal, la evidencia que apoya su posición y controvertir lo que la contraparte señala (CHAHUÁN, 2007: 7-8).

Esta nueva forma de entender al proceso penal ha llevado a la instauración en todos los países de la región de la audiencia de juicio oral como etapa central del nuevo procedimiento. La centralidad del juicio se ha expresado en la idea que, en principio, la forma legítima de resolver en definitiva los casos es por medio de la realización de una audiencia de juicio (BAYTELMAN, 2000: 228-231; DUCE y RIEGO, 2007: 373-385). Este juicio se estructura sobre ideas similares a las ya descritas como componentes de las audiencias en general. Se trata de una audiencia pública y contradictoria, es decir, en donde las partes tienen derecho a presentar su prueba y rebatir la evidencia presentada por su contraparte y luego el tribunal tiene el deber de resolver sobre la base de la información y argumentos presentados en la misma. Con distintos matices en América Latina, hay casos en donde los juicios tienen una fisonomía que se acerca en partes al modelo adversarial anglosajón (por ejemplo en donde la metodología de declaración de testigos es por medio del examen y contraexamen de las partes como en Chile y Colombia), en tanto en otros casos la audiencia de juicio está más atada a la tradición Europea continental más clásica (en donde el juez tiene mayor protagonismo en la interrogación de testigos, como por ejemplo, Costa Rica o Guatemala). Se trata de un área en donde hay bastante divergencia fuera de los principios generales básicos (DUCE, 2013: 26-27).

La instalación de los nuevos modelos de enjuiciamiento cuyo centro es la audiencia de juicio oral ha tenido también un impacto profundo en la regulación de los aspectos probatorios del sistema. Es así como los nuevos procesos acusatorios han abandonado a los sistemas de prueba legal o tasada que campeaban en la región con anterioridad, en los que la ley establecía en forma categórica los medios de prueba que podían ser utilizados y el valor que debía entregársele a cada uno de ellos. En su reemplazo, se han establecido sistemas de libertad probatoria, según la cual se permite la introducción de cualquier medio apto para producir fe sin necesidad que esté regulado de manera específica en forma previa. Un buen ejemplo de esto es la regulación chilena. Así, el art. 295 del Código Procesal Penal de Chile (en adelante el CPP) señala: «Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley»<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> La instalación de sistemas de libertad probatoria ha sido una tendencia marcada en el contexto de los procesos de reforma a la justicia penal en América Latina. De esta forma es posible identificar normas muy parecidas al art. 295 del CPP en casi todos códigos de la región. Por ejemplo, en los arts. 170 del Código Procesal Penal de la República Dominicana; 157.1 del Código Procesal Penal

Además, también se ha avanzado en el establecimiento de sistemas de valoración de la prueba basados en la sana crítica o sana crítica racional, en los que se le entrega libertad a los jueces para ponderar el valor de las distintas pruebas que reciben, respetando las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.<sup>4</sup> En el caso chileno, esto se expresó, entre otras reglas, en el ar. 297 del CPP que señala «Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados»<sup>5</sup>.

Como podrá intuirse, las nuevas reglas producen cambios muy profundos en la forma de entender la lógica de la prueba en relación a los sistemas previos. En efecto, la manera en que se debe producir, presentar y valorar la prueba en un sistema escrito con prueba tasada, debiera ser muy distinta a cómo debe realizarse el mismo trabajo en un sistema en donde dicha prueba debe ser presentada en el formato de una audiencia oral, pública y contradictoria y, luego, en el que la ley no le señala al juez qué valor específico debe asignarle a dicha prueba. Para enfrentar este enorme desafío, hubo que dictar un conjunto de reglas en los nuevos códigos procesales destinadas a lidiar con la admisibilidad y exclusión de la prueba a juicio.

Por otra parte, el establecimiento de audiencias de juicio oral como forma de resolución de los casos impuso también la necesidad de regular con mucho más detalle las instancias preparatorias del mismo con el objetivo de facilitar su realización. Uno de los temas claves a resolver antes del juicio es precisamente la determinación de la evidencia considerada admisible. Por esto, en todos los nuevos procesos acusatorios se reguló alguna instancia procesal, en el caso chileno la etapa de preparación del juicio oral, que pudiera hacerse cargo de esta tarea.

---

Peruano; 373 del Código de Procedimiento Penal Colombiano; 182 del Código Procesal Penal de Guatemala; 182 del Código Procesal Penal de Costa Rica; art. 376 del Código procesal de Panamá; y 209 del Código Procesal Penal de Provincia de Buenos Aires (en adelante identificaré a los códigos como CPP indistintamente del nombre específico que tengan).

<sup>4</sup> La literatura sobre esta materia es amplia. A modo ejemplar recomiendo refiriéndose brevemente a la situación en Argentina, pero también como contexto a la región (MAIER, 2011: 102-107). En el caso chileno (ARAYA, 2018: 147-170).

<sup>5</sup> Un ejemplo a nivel regional es el art. 184 del CPP de Costa Rica que señala «Valoración. El tribunal asignará valor a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica». Reglas similares pueden revisarse en los arts. 172 del CPP de República Dominicana; 158 del CPP de Perú; 380 del CPP de Colombia (en relación a los arts. 404, 420 y 432); 186 del CPP de Guatemala; 380 del CPP de Panamá; y 210 del CPP de Provincia de Buenos Aires en Argentina.

### 3. EL PROCEDIMIENTO INTERMEDIO Y SU ROL EN LOS DEBATES PROBATORIOS

#### 3.1. Una breve panorámica regional<sup>6</sup>

Las legislaciones en América Latina presentan diferencias respecto al momento y el órgano jurisdiccional responsable de hacer el control de admisibilidad de la prueba que se intenta introducir a juicio. Los modelos existentes son básicamente dos, aquellos que entregan la determinación de la admisibilidad de la prueba al mismo tribunal que conocerá del juicio oral en la fase de preparación de la audiencia y aquéllos que le entregan esa función a un juez distinto en el procedimiento o etapa intermedia antes que el caso sea enviado al tribunal de juicio oral que conocerá en definitiva el caso (DUCE, 2013: 87-88). No importando estas diferencias, lo relevante es que en todos los casos se comprendió que era indispensable para la realización de la audiencia de juicio establecer un mecanismo formal de control de admisibilidad previo de la prueba que las partes intentan introducir.

El CPP Penal Modelo para Iberoamérica constituye un ejemplo de determinación de la admisibilidad en manos del mismo tribunal de juicio oral. Así lo regula su art. 283 en materia de ofrecimiento de prueba y luego en el art. 288 referido a la resolución que recae en esta materia. Esta lógica se replicó en varias de las legislaciones nacionales que se reformaron en los primeros momentos de este proceso regional de cambio en los que las propuestas del CPP modelo fueron muy influyentes. Así, por ejemplo, el CPP de Guatemala establece en su art. 347, a propósito de los actos de preparación del debate, que las partes deben presentar ante el tribunal que conoce de la audiencia de juicio una lista con las pruebas que se pretenden introducir al debate. Esta norma es complementada con el art. 350 que señala que en la resolución que fija el lugar, día y hora del debate deberá también admitir o rechazar la prueba ofrecida por las partes (numeral 1). Es claro entonces que hay un momento institucional regulado para la decisión sobre la admisibilidad y un responsable, en este caso, el mismo tribunal en donde se realizara luego la audiencia de juicio oral. Una lógica similar se regula en el CPP de Provincia de Buenos Aires. Su art. 338, también a propósito de los actos preliminares al juicio, establece que el presidente del tribunal citará a una audiencia que se realizará ante el tribunal en pleno en donde se tratará «1. las pruebas que las partes utilizarán en el debate» y donde luego el tribunal podrá sugerir la prescindencia de la prueba que «...aparezca como manifiestamente imperitante, superabundante o superflua».

El otro modelo diseñado en América Latina, me atrevería a señalar el mayoritario, se da en el caso de códigos que establecen el control de admisibilidad de la prueba

---

<sup>6</sup> No me detengo en el análisis de los diversos modelos más allá del ámbito de América Latina, aun cuando es evidente que ellos fueron considerados como base en la región. Para una revisión somera de esto con ejemplos del mundo anglosajón y europeo continental recomiendo revisar el texto de Vera (VERA, 2017: 148-157). Para un panorama actualizado en materia regional recomiendo el texto de Leonel González (GONZÁLEZ, 2018: 147-169).

debe estar en manos de un juez distinto al tribunal oral y que se ejecuta en la etapa o procedimiento intermedio. El CPP de Costa Rica es un buen ejemplo de este modelo. Así, en la regulación que se hace del «procedimiento intermedio» el art. 317 letra e) establece la facultad de las partes de ofrecer sus pruebas en la denominada audiencia preliminar (el Ministerio Público lo ha tenido que hacer previamente en la formulación de su acusación escrita de conformidad al artículo 303). Luego, el art. 319 regula que, al finalizar dicha audiencia preliminar, el tribunal debe dictar una resolución en la que debe, dentro de otras cosas, decidir «...sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida para el juicio». Esto, finalmente, se complementa con el art. 320 que establece los criterios para que el tribunal admita o rechace la prueba ofrecida por las partes (GONZÁLEZ, 1996: 642-644). El CPP de Ciudad de Buenos Aires representa otro ejemplo del régimen descrito. Simplificando el análisis, el art. 210, en el contexto de la etapa intermedia, señala que el juez en la audiencia de esta etapa resolverá «...sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas por todas ellas (las partes), previo escucharlas sobre su procedencia, improcedencia y/o inadmisibilidad».

Como se puede apreciar en estos dos ejemplos, el momento en el que se resuelve es una audiencia en una etapa previa al juicio por un juez que luego no intervendrá este. Otros ejemplos de este mismo modelo pueden verse en los casos de Perú (art. 352 CPP) (NEYRA, 2010: 315-316) y Panamá (art. 347 CPP) en donde las normas entregan a la etapa intermedia una función clave en la discusión de la prueba y facultades explícitas a los jueces a cargo de ella para poder admitir o rechazar la prueba que las partes intentan introducir a juicio.

Junto con establecerse un momento y un órgano responsable de controlar en forma previa la admisibilidad de la prueba a la audiencia de juicio, gran parte de las legislaciones en la región establecieron criterios para permitirles a los jueces adoptar estas decisiones (GONZÁLEZ, 2018: 161-166). La mayoría de los países regulan lo que se podría identificar como causales clásicas de inadmisibilidad, es decir, causales más o menos lógicas reconocidas históricamente por sistemas procesales incluso no penales<sup>7</sup>. Estos incluyen las causales de «manifiesta impertinencia» o falta «pertinencia»<sup>8</sup>, «superabundancia» o «sobreabundancia»<sup>9</sup> y «hechos notorios»<sup>10</sup>. Además, la gran mayoría de las legislaciones de la región regulan la posibilidad de excluir prueba cuándo en su producción ha existido una violación de derechos fundamentales o como suele llamarse por ser una «prueba ilícita»<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> González agrupa estas causales en tres grandes criterios (1) desconexión con la imputación; (2) exceso de información; y, (3) protección de garantías (GONZÁLEZ, 2018: 162).

<sup>8</sup> Véase a modo ejemplar los arts. 359 del CPP de Colombia, 320 del CPP de Costa Rica, 350 del CPP de Guatemala, 347 del CPP de Panamá, 338 del CPP de Provincia de Buenos Aires y 210 del CPP de Ciudad de Buenos Aires (que ocupa el lenguaje de «manifiestamente inconducente»).

<sup>9</sup> En general las mismas disposiciones anteriores contienen reglas respecto a este criterio de admisibilidad.

<sup>10</sup> Por ejemplo, véase los arts. 359 del CPP de Colombia, 209 del CPP Provincia de Buenos Aires y 107 del CPP de Ciudad de Buenos Aires.

<sup>11</sup> Por ejemplo, véase los arts. 360 del CPP de Colombia, 350 del CPP de Guatemala, 347 del CPP de Panamá y 211 del CPP Provincia de Buenos Aires.

Existe también doctrina que argumenta que varios CPP de la región regulan algunos criterios especiales de admisibilidad de prueba pericial, que se podrían agregar a los anteriores (DUCE, 2013: 55-86)<sup>12</sup>.

En definitiva, todos estos diseños, con sus diferencias, muestran la relevancia que en los nuevos modelos procesales se asignó a la función de control probatorio previo a la audiencia de juicio.

Ahora bien, el que mucho de los legisladores latinoamericanos hayan asignado esta función al procedimiento intermedio no significa que este haya sido el único o incluso siquiera el objetivo principal de esta etapa. En prácticamente todos los países de la región que ya habían implementado sistemas acusatorios antes que Chile, incluso los que comparten un diseño similar de control probatorio previo como ya vimos (vgr. Costa Rica), se le entregó como rol principal al procedimiento intermedio el controlar la seriedad de las acusaciones presentadas por los fiscales (GONZÁLEZ, 2018: 148-153). Esto es, se esperaba que, en su desarrollo -especialmente la audiencia intermedia o preliminar a través de la cual se lleva adelante- constituiría el momento por excelencia en la que los jueces debieran hacer un control sustantivo de la evidencia acumulada por el fiscal para decidir si ella y la acusación satisfacían unos mínimos de seriedad para efectos de autorizar la realización del juicio oral. Como lo plantea Maier para el caso argentino:

Parece natural y racional que se exija que la apertura del juicio solo se produzca cuando aparezca como probable una condena, esto es, cuando exista la probabilidad acerca de la existencia de los elementos de la imputación deducida en la acusación que, eventualmente, permitan condenar al tribunal de juicio (MAIER, 2011: 358-359)

La idea entonces era evitar que acusaciones infundadas llegaran a juicio oral y así evitar los perjuicios que se podrían eventualmente generar para esas personas acusadas superfluamente (BINDER, 1993: 223-232; GONZÁLEZ, 1996: 619-620).

Esto se reflejó en reglas como el art. 319 inciso segundo del CPP de Costa Rica que obliga al juez al final de la audiencia preliminar analizar la procedencia de la acusación a fin de determinar si hay base para el juicio o si corresponde desestimar o sobreseer el caso. Menos explícito, pero en la misma lógica, el art. 341.3 del CPP de Guatemala. El CPP de República Dominicana sigue este esquema, pero desarrolla en la ley las causales que pueden llevar al rechazo de la acusación (el auto de no ha lugar) en su art. 304.

A continuación, veremos cómo se recogieron estas ideas en la legislación de Chile.

### 3.2. El modelo de la legislación de Chile

El legislador de Chile escogió como modelo de control de admisibilidad previa de la prueba a juicio que se realiza en una etapa anterior y a cargo de un juez diferente

---

<sup>12</sup> Dentro de ellos están las exigencias de necesidad de conocimiento experto, idoneidad del perito y confiabilidad del peritaje que se intenta introducir.

al tribunal que conocerá la audiencia como ya he señalado. Esta fase se denominó «Etapa de Preparación del Juicio Oral» y su desarrollo nuclear se produce en una audiencia llamada «Audiencia de Preparación del Juicio Oral» (en adelante APJO) que dirige un juez unipersonal denominado «juez de garantía».

En este contexto, una de las innovaciones más relevantes introducidas por el CPP de Chile en relación a otros países en la región fue darle un rol marcadamente probatorio a esta etapa, elevando a esta materia a uno de los objetivos principales de la APJO. El legislador chileno quiso apartarse explícitamente del modelo de procedimiento intermedio centrado en el control sustantivo de la acusación y prefirió entregarle a la APJO un rol mucho focalizado en lo que su nombre indica, es decir, resolver aquellas cuestiones básicas para que el juicio oral pudiera ser desarrollado de manera organizada y efectiva (CAROCCA, 2000: 178; MATURANA y MONTERO, 2010: 680-681; VERA, 2017: 158-159)<sup>13</sup>. Dentro de estas cuestiones, la central fue la determinación de las pruebas que debieran rendirse en juicio a partir de analizar las solicitudes respecto de ellas presentadas por los intervinientes. Por lo mismo, el control probatorio se transformó en el debate principal en el diseño del procedimiento intermedio chileno<sup>14</sup>.

La razón de optar por este modelo tuvo mucho que ver con la experiencia crítica que se conocía de los países que ya habían instalado sus sistemas acusatorios y, a la vez, habían optado por el modelo de etapa intermedia con roles fuertes de control de la acusación. En especial preocupaban dos cosas: (1) que la aprobación judicial de la acusación del fiscal pudiera significar una suerte de anticipación del juicio allí donde precisamente se estaba intentado instalar una nueva cultura de juicios orales como forma de resolver conflictos penales; y, (2) que esto significara abrir una puerta de intromisión de los jueces en las facultades de persecución penal de los fiscales, nuevamente en un contexto en el que se intentaba separar claramente las aguas entre estas funciones que históricamente habían estado confundidas en manos de los jueces del crimen (HORVITZ y LÓPEZ, 2004: 15-17). Estas razones quedaron reflejadas en el Mensaje del CPP que señaló sobre esta materia:

---

<sup>13</sup> Se trata de una idea muy presente en Chile incluso en el debate legislativo al señalarse que la «... audiencia de preparación es clave para el éxito de la reforma» (a propósito de justificar la necesidad de contar con convenciones probatorias) (MATURANA ET. AL, 2003: 441).

<sup>14</sup> Esta idea es destacada por diversos autores que la mencionan como: «El aspecto más novedoso y relevante de la APJO» (BOFILL, 2002: 277); «La etapa crucial de la audiencia» (BLANCO y OTROS, 2005: 122); «la función principal junto con determinación hechos a ser debatidos» (HORVITZ y LÓPEZ, 2004: 21). También se ha señalado que «Se busca de este modo evitar la realización de juicios eternos y la producción en ellos de pruebas ilícitas» (HORVITZ y LÓPEZ, 2004: 273). Ideas similares han sido planteadas, que plantea desde la perspectiva de depuración de la calidad de información que se presentará al juicio (MORENO, 2013: 135) y citando el debate legislativo contenido en la historia de la ley (VERA, 2017: 158-159), quien reconoce, además, que desde el punto de vista estructural del sistema esta es la función que le entrega importancia a la etapa intermedia (VERA, 2017: 163, 173). Ideas similares han sido recogidos por la jurisprudencia de tribunales superiores. Así, se ha señalado «Que, una de las principales finalidades de la audiencia de preparación del juicio oral es la probatoria, que conlleva el debate acerca de la procedencia de la prueba». (Corte de Apelaciones de Concepción rol n° 701-2016, considerando 4°).

Las razones para proponer esta forma limitada de control de la acusación, que se aleja de la mayoría de los modelos extranjeros, dicen relación con, por una parte, evitar la anticipación del juicio admitiendo prueba sobre el fondo del debate, y, con cautelar la independencia judicial, por la otra, reafirmando el principio de que la promoción de la persecución penal corresponde a los fiscales y no a los jueces. (MENSAJE, 1995: 21)

A ellas agregaría una tercera cuestión que no se reflejó en el Mensaje pero que estuvo siempre sobre la mesa en el debate legislativo del proceso de reforma chileno. El diseño tradicional de la etapa intermedia en modelos comparados de la región había producido que esta se transformara en el cuello de botella del sistema (BINDER, 1993: 231; GONZÁLEZ, 1996: 621). Es decir, en la práctica se había constituido en un serio obstáculo para el avance de los procesos. Por lo mismo, se quería evitar una regulación que generara dificultades para el buen funcionamiento del sistema desde sus inicios.

Sumadas estas razones se optó por un modelo diferente en el que se aspiraba a que los debates probatorios fueran parte central de la misma como ya dije.

Estos niveles de innovación no se reflejaron eso si luego en las reglas que establecieron criterios de admisibilidad o más bien causales de exclusión de la prueba. Ellas se mantuvieron bastante apegadas a lo que había sido recogido por otras legislaciones en la región. La principal de estas normas es el art. 276 del CPP de Chile que contempló causales de exclusión muy similares las que ya he revisado, incluyendo la «manifiesta impertinencia», la prueba que recae sobre «hechos públicos y notorios», la «superabundante» y la obtenida con infracción de derechos fundamentales. A ellas se sumarían otras reglas especiales de admisibilidad previstas para la prueba pericial, según ha sostenido un sector de la doctrina chilena en sus arts. 314 y 316 del CPP (DUCE, 2010: 59-86).

Ahora bien, el foco en los aspectos probatorios no quiere decir que no se le hayan asignado también otras funciones a la APJO, como, por ejemplo, la determinación de las acusaciones que serán escuchadas en el juicio oral o la del Tribunal Oral en lo Penal que será competente para conocer la audiencia de juicio. Algo mencionaré sobre estas otras cuestiones en la sección que sigue.

#### 4. ¿QUÉ HA PASADO EN EL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL SISTEMA CON LA ETAPA DE PREPARACIÓN DE JUICIO ORAL EN CHILE?

¿Se ha cumplido con la expectativa tenida al momento de diseñar el sistema procesal penal chileno? En esta sección presentaré y analizaré la evidencia empírica disponible sobre esta materia. Luego expondré algunos datos que dan cuenta de las consecuencias que esto podría tener en el funcionamiento general del sistema.

#### 4.1. La evidencia disponible y sus alcances

Diversos datos empíricos indican que en forma creciente la APJO se ha venido transformando en una instancia meramente formal en que se cumple de manera muy superficial el rol de determinar las pruebas a rendir en juicio oral.

Un primer dato a considerar se refiere al promedio de duración que estaría teniendo la APJO en Chile. Así, en un estudio de evaluación del funcionamiento del sistema procesal penal efectuado por el Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (en adelante CEJA) el año 2017, expone las cifras producidas por el Poder Judicial chileno que muestran que el promedio de duración de la APJO ha bajado de 37,4 minutos el año 2006 a 16,4 minutos el año 2014 (ARELLANO, 2017: 64)<sup>15</sup>. Es decir, las APJO estarían durando menos que la mitad de lo que se extendían hace un poco más de diez años. Este mismo hallazgo se encuentra presente en una base de datos en las que se sistematizan 104 APJO realizadas en tres tribunales de garantía de la ciudad de Santiago entre enero y mayo de 2019<sup>16</sup>. En dicha base de datos el promedio de duración fue de 13 minutos y 40 segundos. Es decir, incluso un poco menos que el promedio del año 2014. Interesante es que la mediana en dicha base de datos se sitúa en 10 minutos con 32 segundos, es decir, que la gran mayoría de casos está por debajo del promedio.

Se trata de un tiempo extremadamente limitado para el conjunto de cuestiones que se plantean en estas audiencias. Como ya señalaba, si bien el debate principal es el probatorio, el CPP de Chile establece que en esta audiencia deben seguirse diversos pasos asociados a los otros objetivos que el sistema entregó a la etapa de preparación de juicio oral. Así, en el desarrollo de la audiencia el juez de garantía debe en primer lugar hacer un resumen sintético de las presentaciones de los intervinientes (art. 267), debe entregarle luego la palabra a la defensa para que formule su defensa en caso de no haberlo hecho por escrito en forma previa (art. 268). Cabe señalar que la práctica generalizada de las defensas es precisamente guardar la exposición de su defensa para la APJO). A continuación, se debe dar pie a la corrección de vicios formales de la acusación si es que los hubiera (art. 270), resolver excepciones de previo y especial pronunciamiento en caso de que existieren (art. 271), eventualmente generar una conciliación sobre la responsabilidad civil (art. 273) y discutir y aprobar convenciones probatorias (art. 275). Finalmente, se debe abrir debate sobre las pruebas ofrecidas por todos los intervinientes (art. 272). Este conjunto de decisiones, en

---

<sup>15</sup> Es necesario aclarar que se toma como base el año 2006 ya que es el primero en el que el sistema procesal penal acusatorio funcionó en todo el país el año completo. Entre los años 2000 y 2005 el nuevo sistema fue implementado gradualmente por regiones o zonas geográficas.

<sup>16</sup> Se trata de los 2º, 4º y 7º Juzgados de Garantía de Santiago, escogidos como una muestra para el desarrollo de una investigación de tipo empírica exploratoria. El trabajo de investigación ha sido llevado adelante por Francisca Rojas, alumna del Programa de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales año 2018-2019. La base de datos ha sido generada como insumo para la posterior elaboración de su trabajo final de titulación en dicho programa y ha sido dirigida por el autor del presente texto. Los datos están disponibles en formato electrónico en poder del autor. Se citarán en lo sucesivo solo en el texto principal como Base de Datos APJO.

palabras de Carocca, hacen que se trate «...de una serie de cuestiones complicadas y difíciles de resolver, más aún en una sola audiencia, pero cuya adecuada tramitación y decisión serán esenciales para conseguir que el juicio oral sea exitoso...» (CAROCCA, 2000: 17).

Como se podrá apreciar, este dato sugiere la idea que el tiempo que se está invirtiendo en debates probatorios «robustos» es bastante escaso y ello lleva a plantearse críticamente acerca de si en la práctica las APJO están cumpliendo el rol que el legislador consideró debían cumplir. En esta misma dirección, la evaluación de CEJA concluye que en esta audiencia podría estarse dando una situación de «litigación automática» en la que no se profundiza en los temas que son objeto de debate (ARELLANO, 2017: 67). Esta misma conclusión es también sugerida por la Base de Datos APJO que indica que el tiempo promedio dedicado por los defensores a discutir aspectos probatorios de exclusión en las APJO analizadas (tomando solo como base el total de casos en donde alegaron alguna exclusión) fue solamente de dos minutos y 22 segundos, estando la mediana en un tiempo de un minuto y 18 segundos. El tiempo promedio que invierte el Ministerio Público en solicitar exclusión de prueba de la defensa en los pocos casos que lo hace es de 59 segundos (la mediana es de 35 segundos).

Más allá de la breve duración de la APJO y el escaso tiempo que invierte en ella en debates probatorios, existen también otros antecedentes empíricos que apuntan a la misma conclusión anterior y que son preocupantes. Así, el resultado de la auditoría anual externa que realiza la Defensoría Penal Pública, realizada con el propósito de evaluar el cumplimiento de los estándares básicos de la calidad de la prestación de servicio de la defensa, concluye que hay un escaso desarrollo técnico de las APJO y que en ellas los defensores, por lo general, juegan un «...rol absolutamente pasivo y mecánico» y en muchas ocasiones no solicitan la exclusión de prueba (DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, 2018: 2)<sup>17</sup>. Por otra parte, en el mismo estudio de CEJA se constata que solo en un 40% de los testigos y peritos que presenta el Ministerio Público se señalan en la acusación del fiscal de manera específica los hechos o puntos de prueba respecto de los cuales se ofrece cada uno (ARELLANO, 2017: 64-65)<sup>18</sup>. Más allá de la potencial infracción a exigencias como las previstas en el art. 259 del CPP, esta práctica indicaría que el sistema está operando con unos ciertos niveles de automatismo en la admisión de prueba testimonial ya que esas decisiones se adoptan con muy

---

<sup>17</sup> La auditoría del año 2018 se realizó en cinco de las más grandes Defensorías Regionales del país e incluyó como elementos de su metodología la visita de pares, revisión de audios de audiencias, carpetas de los defensores y acompañamiento a un número significativo de audiencias. Su objetivo es evaluar de manera sistemática y continua la calidad del servicio de defensa penal pública mediante la evaluación del cumplimiento de los estándares básicos del servicio de defensa y los manuales de actuación mínima. Agradezco al Departamento de Evaluación, Control y Reclamaciones de la Defensoría Nacional el acceso al informe final de resultados de la auditoría de 2018, se trata de un texto no publicado en poder del autor.

<sup>18</sup> El art. 259 inciso final del CPP de Chile exige al fiscal señalar en su acusación a los medios de prueba que dese incluir a juicio y luego, tratándose de testigos y peritos deberá individualizarlos y respecto de los primeros señalar «los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones».

poca información sobre lo que se espera aporten los testigos y, por lo mismo, se hace imposible sostener debates en serio sobre temas tan básicos como su pertinencia. En efecto, la única posibilidad en serio de determinar la pertinencia de la prueba testimonial o pericial es sobre la base que estos puntos de prueba aportaran información relevante que permita hacer un juicio con un mínimo de profundidad sobre su contribución, cuestión que no parece estarse cumpliendo en la práctica.

En el caso particular de los jueces, la situación descrita se agravaría por un comportamiento fundamentalmente pasivo de los mismos en la APJO que llevaría que en porcentajes menores de casos soliciten información complementaria para decidir la admisibilidad o no de la prueba presentada. De acuerdo a la Base de Datos APJO, en un 66% de los casos los jueces se limitan a conducir audiencia sin solicitar información o tener intercambio con los abogados. En el porcentaje restante, la mayoría de sus intervenciones se limitan a indicar existencia de vicios formales en temas no probatorios o pedir aclaraciones menores de cuestiones de orden legal.

Esta evidencia es complementada por los resultados de una investigación que incluyó un análisis sobre prácticas en materia de uso de prueba pericial (DUCE, 2018:73-76) y reconocimientos oculares (DUCE, 2017: 347-348) en el proceso penal chileno, basada centralmente en entrevistas a distintos actores del sistema y recopilación de diversos datos de corte empírico. En ambos casos, se estableció que –a pesar de que con cierta regularidad dichas fuentes se producen con serios problemas de calidad y confiabilidad- casi no existen debates sobre admisibilidad o exclusión de las mismas en la APJO<sup>19</sup>. En esta misma investigación se levantó información que permite afirmar que esta realidad se proyecta también a otros medios de prueba o fuentes de información que se presentan en esta audiencia, ya que los actores entrevistados señalaron se trataría de un patrón común de comportamiento del sistema<sup>20</sup>.

A continuación, revisaré con un poco más de detalle los resultados de ambos trabajos. La investigación en materia de prueba pericial pudo determinar que existen importantes dudas respecto a la calidad de los peritajes que habitualmente se producen en ciertas materias en Chile y, a la vez, hay cuestionamientos serios sobre los niveles de experiencia y formación de los peritos (DUCE, 2018: 59-69). En ese escenario, una expectativa razonable sería que el sistema intentara filtrar los casos de prueba pericial de menor calidad o elaborados por peritos sin las competencias básicas, para evitar que sean utilizados en juicio oral y lleven al sistema a cometer un

---

<sup>19</sup> El hallazgo que prácticamente no hay exclusión de prueba en las APJO en Chile se reproduce en evaluaciones más antiguas del sistema (BAYTELMAN y DUCE, 2003: 86, 129).

<sup>20</sup> En la evaluación de CEJA se pudo establecer que en un 35% de las APJO las defensas plantean debates de exclusión de la prueba presentada por los fiscales, correspondiendo la mayoría de esos debates a objeciones sobre la pertinencia de la prueba presentada o el haberse obtenido con infracción de garantías fundamentales. Se trataría de un porcentaje que no es tan despreciable aún cuando solo corresponde a un tercio de los casos. Con todo, las materias sobre las cuales recaen esos debates dan cuenta que no se presta mucha atención a problemas de calidad o confiabilidad de los medios de prueba que se intentan introducir, aspectos que fueron el foco de la investigación en materia de prueba pericial y de reconocimientos oculares (ARELLANO, 2017: 65).

error. A ello se suma la existencia de un sector de la doctrina y la jurisprudencia chilena que ha sostenido que, junto con los requisitos generales de admisibilidad de todo medio probatorio, los peritajes tienen algunas reglas adicionales especiales dentro de las cuáles se incluyen la idoneidad del perito y la confiabilidad del peritaje<sup>21</sup>.

El hallazgo central sobre esta materia es que los actores entrevistados manifiestan un consenso importante en que los debates de exclusión de la prueba pericial en la APJO son pocos (algunos hablan incluso de inexistentes, pero la mayoría los califica como excepcionales). Las entrevistas también reflejan que existe consciencia en los actores del sistema que se está frente a una práctica deficitaria desde distintos puntos de vista: la calidad de la prueba y la eficiencia del sistema (DUCE, 2018: 73-76). Las explicaciones que se entregan son diversas, volveré sobre ellas en la siguiente sección, pero en su conjunto dan cuenta que se ha instalado una cultura en el sistema según la cual no se debe hacer un escrutinio muy estricto tratándose del uso que se hace de la prueba pericial. Todo ello podría explicar el bajo nivel de discusión en esta materia<sup>22</sup>.

Una situación similar fue identificada tratándose de los debates en relación a evidencia a través de la cual se intentan introducir los procedimientos de reconocimiento ocular de los imputados, normalmente la declaración de la víctima o del funcionario policial que los llevó a cabo. Hubo bastante consenso entre los entrevistados en la investigación en relación a que las exclusiones de prueba en la APJO generadas por la realización de diligencias de reconocimientos mal efectuadas o efectuadas por fuera de los supuestos del Protocolo Interinstitucional (MINISTERIO PÚBLICO, 2013) que rige la materia es, en el mejor de los eventos, una cuestión excepcional en el sistema (DUCE, 2017: 347-348).

En los pocos casos en que existiría algún tipo de debate, este sería sobre su exclusión en situaciones muy graves como, por ejemplo, cuando no hay registro de las diligencias de reconocimiento en la carpeta investigativa del fiscal o se trata de

---

<sup>21</sup> Ya he citado a esta doctrina previamente. En materia de jurisprudencia hay algunas decisiones de Cortes de Apelaciones del Chile que han validado la exclusión por falta de acreditación de idoneidad de los peritos, por ejemplo, Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia de 12 de octubre de 2007, rol n° 1392-2007, y, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Sentencia de 29 de abril de 2016, rol n° 644-2016. Como también otras en donde el problema es que se ha tratado de una pericia de poca confiabilidad, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Rancagua, Sentencia de 23 de mayo de 2013, rol n° 199-2013.

<sup>22</sup> La excepción principal a la situación descrita se produciría en debates sobre la falta de idoneidad del perito que las partes presentan. Con todo, estos debates se basarían no en una discusión de fondo sobre el tema, sino que en la no presentación de antecedentes formales que la acrediten, por ejemplo, las copias de los títulos profesionales o el *curriculum vitae*. Se trata de un debate surgido al amparo de la regla contenida en el art. 314 inciso primero del CPP que señala que los intervinientes pueden solicitar en la APJO sea admitida su prueba pericial «acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito». Sobre este tema es posible encontrar variada jurisprudencia en los tribunales superiores de justicia en Chile y que ratificaría la opinión de los entrevistados que esta sería la principal área de debate en la materia (DUCE, 2018: 75-76). Con menor frecuencia se mencionan debates de exclusión de la prueba pericial por falta de pertinencia de la misma, por haber sido obtenida con infracción de garantías y por intentar que el informe escrito ingrese a juicio oral como prueba (DUCE, 2018: 76).

actuaciones en las que hay evidentes infracciones vinculadas al debido proceso o a garantías procesales. La explicación que entregan los actores entrevistados permite observar como ellos no percibirían como un problema de admisibilidad el que los reconocimientos se hagan de forma que no asegure su confiabilidad. Solo habría un problema de esta naturaleza en casos de vulneración de garantías más o menos evidentes (DUCE, 2017: 348).

Si bien hay una cierto nivel de discrepancia entre los entrevistados en la frecuencia con la cual defensores presentan cuestionamientos de admisibilidad y exclusión de estos reconocimientos en la APJO (los defensores señalan que litigan esta materia con cierta frecuencia), la gran mayoría de los entrevistados señala que derechamente este es un tema que no se litiga en la APJO, algunos incluso dejando entrever que los reconocimientos solo pueden ser cuestionados en sede de valoración (DUCE, 2017: 348). Más allá de estos matices, la evidencia recopilada muestra que el litigio de exclusión en esta materia es escaso y con pocos resultados. Ello parece obedecer tanto a la concepción que tienen los actores acerca de cuál es la sede adecuada para discutir estas cuestiones, como probablemente la falta de criterios claros de cómo proceder en ellas.

Sintetizando los hallazgos de las investigaciones sobre prueba pericial y reconocimientos oculares, se puede describir a la APJO como un «pasadizo» desde el punto de vista probatorio, es decir, en donde todo lo que se presenta simplemente entra, salvo excepciones muy específicas o calificadas. Esto pareciera estar muy lejos de las ideas que el legislador chileno tuvo al momento de diseñar esta etapa. Con todo, no parecieren ser un fenómeno exclusivo del área penal. Hallazgos similares se han obtenido en otras investigaciones de corte empírico que han puesto foco en el análisis de las prácticas en las etapas intermedias de los procedimientos de familia y laborales (FUENTES, 2018).

#### 4.2. Algo sobre las consecuencias

La realidad descrita es problemática para el funcionamiento del sistema en su conjunto. Hay diversos indicadores que sugieren que la falta de un filtro adecuado de la prueba que se admite a juicio está generando un conjunto de efectos negativos. Debo eso sí aclarar que se requiere mayor investigación y evidencia sobre esta materia para tener afirmaciones más definitivas en estos puntos.

Una primera cuestión tiene que ver con los tiempos de programación de las audiencias de juicio. Uno de los elementos que se destacan del nuevo sistema chileno es que ha mostrado a lo largo de su vigencia mucha eficacia en generar procesos que permiten realizar las audiencias cumpliendo los plazos establecidos en el CPP (ARELLANO, 2017: 248; BAYTELMAN y DUCE, 2003: 56-61). Así, según datos del Poder Judicial publicados por CEJA, el promedio general de tiempo de fijación de las audiencias se ha mantenido relativamente estable en el tiempo. En el año 2006 era de 22,1 días y en el año 2015 de 25,7 días, es decir, una variación de 3,6 días o en

términos porcentuales un alza de 16,2%. Tratándose de la audiencia de juicio oral la situación es distinta. Allí el promedio se ha elevado de manera mucho más significativa que el resto de las audiencias. Así, el año 2006 era de 32 días y el 2015 se elevó a 48,2 días, es decir, 16,2 días de diferencia o un alza de 50,6%, más de tres veces la experimentada por el promedio general de audiencias (ARELLANO, 2017: 303).

Sin tener evidencia específica sobre el punto, pero sobre la base de varias conversaciones informales con actores del sistema, me parece que una de las hipótesis que puede explicar este fenómeno es la existencia de cada vez más prueba admitida a juicio en los autos de apertura de juicio oral. Esto tiene luego un impacto en retrasos en la programación de las audiencias. En efecto, el sistema de programación de las audiencias de juicio opera sobre la base de identificar en la agenda del tribunal a su cargo espacios disponibles en la misma a partir de una proyección de su duración considerando como una variable central la cantidad de evidencia admitida en la APJO y que potencialmente debe presentarse en los mismos. En la medida que esa evidencia es mayor, normalmente esto retrasará su programación y a su vez produce el efecto de copar la agenda para otros casos al asignársele un tiempo mayor a la audiencia, generando también retrasos en su programación. Se produce un círculo vicioso.

De la mano de lo anterior, los datos del Poder Judicial recopilados por CEJA también dan cuenta de un incremento significativo de los tiempos de duración de los procesos que llegan a juicio oral. Allí donde en el año 2006 ese promedio era de 282,9 días, el año 2015 sube a 369,1 días, es decir, 86,2 días más o un alza de un 23,5% en su duración (ARELLANO, 2017: 304). Se trata de datos ratificados por las estadísticas del Ministerio Público que dan cuenta incluso de un alza muy superior. En efecto, el año 2006 el promedio de tramitación de casos con juicio oral era de 326 días (MINISTERIO PÚBLICO, 2006: 39) y eso sube a 545 el 2018, es decir, 219 días más o un incremento de un 67% de la duración de estos casos (MINISTERIO PÚBLICO, 2018: tabla n°10).

A pesar de estos resultados, los tiempos de duración de las audiencias de juicio se han mantenido estables e incluso con una tendencia a una leve baja. Así, según los datos del Poder Judicial, el promedio en días de las audiencias de juicio el año 2006 fue de 5,1 y el año 2015 esa cifra bajó a 4,7 días, es decir, cerca de medio día o una disminución de un 7,8% (ARELLANO, 2017: 304). Se podría sostener a partir de este dato entonces que el impacto de la falta de debates probatorios en la APJO no sería tanto. Con todo, para sacar una conclusión más fuerte hay que considerar otras variables. Lo primero es que este resultado contrasta con lo ocurrido con el resto de las audiencias en el proceso penal chileno. Como destaca el informe de CEJA, en todas las audiencias, salvo las de juicio oral, se han producido disminuciones significativas de los tiempos de tramitación (ARELLANO, 2017: 64). Desde esta perspectiva, podría argumentarse que la mantención de tiempos de la audiencia de juicio oral se ha debi-

do precisamente al aumento de prueba no filtrada oportunamente en las APJO<sup>23</sup>. En esta dirección, existe alguna evidencia que indica que los jueces de juicio oral han ido introduciendo estrategias de “*case management*” de manera de mantener controlada la duración de las audiencias de juicio por medio de reducir los tiempos de presentación de prueba y de alegaciones de los intervinientes en las mismas<sup>24</sup>. En consecuencia, la mantención de los tiempos de tramitación de las audiencias de juicio se habría subsidiado, por decirlo de alguna manera, a costa de pérdida de calidad de la misma.

El análisis de los resultados de las audiencias de juicio me parece constituye un indicio que efectivamente algo ha ocurrido en los últimos años con la calidad de los juicios orales que está impactando en la forma en que estos concluyen. Con todo, advierto que en esta materia se requeriría mayor evidencia e investigaciones específicas para verificar esta hipótesis. De acuerdo a los datos del Ministerio Público una tendencia clara desde el año 2006 al 2018 es que año a año ha ido bajando el porcentaje de imputados condenados y, en forma paralela, aumentando el de absueltos. En efecto, en el año 2006 las condenas correspondieron al 90,8% y las absoluciones al 9,2% (MINISTERIO PÚBLICO, 2006: 37). En 2018 el resultado fue, en cambio, de un 71,44% de condenas y 28,59% de absoluciones (MINISTERIO PÚBLICO, 2018: tabla n° 8.1). Es evidente que los factores que explican esto son complejos y están asociados con distintos fenómenos. Con todo, lo que me interesa destacar es que existen indicios que sugieren que lo que está ocurriendo con las APJO no es neutro para el sistema. Como señalaba al inicio, necesitamos mayor y mejor información en esta materia para tener conclusiones más definitivas.

## 5. ¿QUÉ EXPLICA LO QUE ESTÁ OCURRIENDO CON LAS APJO?

Sin pretender un análisis exhaustivo que identifique todas las causas que podrían explicar la situación descrita, formularé diversas hipótesis para efectos de ayudar a la comprensión del problema descrito. Se trata también de una materia en la que mayor investigación sería necesaria para avanzar en un diagnóstico más fino de la realidad. En este contexto desarrollo en forma breve cuatro hipótesis explicativas.

---

<sup>23</sup> Otra hipótesis que podría elaborarse, pero respecto de la cual no tengo evidencia, es que la falta de filtro se traduce en una práctica posterior en la que en juicio se abandona o no se termina presentando mucha de la prueba admitida en la APJO por su falta de relevancia o necesidad en el juicio, lo que tiene un impacto en hacer las audiencias más breves de lo que se proyecta podrían durar.

<sup>24</sup> Hallazgos realizados por el profesor Claudio Fuentes (Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago-Chile) en investigación empírica efectuada para la elaboración de su tesis doctoral proporcionados en entrevista de 22 de mayo de 2019.

### 5.1. La excesiva carga de trabajo y la burocratización del sistema

En mi experiencia, una primera explicación que suele darse por parte de funcionarios del sistema de justicia penal frente a cualquier crítica asociada a la calidad de su trabajo, suele ser la falta de recursos, normalmente vinculada a que manejan cargas de trabajo superiores a lo que razonablemente estiman pueden llevar<sup>25</sup>. No estamos ante una excepción. Así, este factor es mencionado por los jueces, fiscales y defensores entrevistados en la investigación sobre prueba pericial. Ellos reiteradamente relatan no contar con los tiempos requeridos para preparar su litigio derivado que su carga laboral lo impide (DUCE, 2018: 79). En consecuencia, el problema de los recursos disponibles (tiempo o mayores recursos humanos) sería una de las piedras de tope para un desarrollo más sofisticado de prácticas orientadas al control probatorio.

El argumento es comprensible como explicación de casos individuales. Es probable que en muchos casos concretos existan operadores del sistema que se ven sobrepasados en sus funciones cotidianas y ello afecte la calidad de su preparación y luego litigio en las APJO. Con todo, no parece ser una excusa razonable que pueda esgrimir el sistema de una forma global. Frente a un diagnóstico como este, las distintas instituciones que conforman al sistema debieran estar en condiciones de adoptar medidas de gestión tendientes a mejorar la situación, especialmente frente a fenómenos que se arrastrarían por años. En efecto, la carga de trabajo del sistema chileno se ha mantenido bastante estable a partir de los años 2011-2012 y eso debiera haber permitido desarrollar estrategias para lidiar con problemas como este<sup>26</sup>. Por otra parte, si el problema que enfrenta el sistema es una excesiva carga de trabajo, no se entiende bien el por qué no se invierte un poco más de tiempo y esfuerzo en una actividad que podría tener un impacto significativo en la racionalización de tiempos del sistema, como lo es precisamente el trabajo de filtrar prueba en una APJO. Al final del día, los problemas de uso escaso de recurso son también problemas de priorización adecuada y estratégica en el uso de esos recursos.

---

<sup>25</sup> Por ejemplo, en esta dirección puede verse los estudios de evaluación de los procesos de reformas procesales penales en América Latina llevados adelante por el CEJA en la década pasada. Frente a varios de los problemas identificados, contrario a las tesis de falta de recursos, los hallazgos de esas investigaciones ponen acento en problema derivados de la falta de adecuación de procesos y metodologías de trabajo más acordes con la lógica de funcionamiento de los nuevos sistemas procesales penales (RIEGO y VARGAS, 2005). Un ejemplo reciente en Chile de esta lógica se ha dado a propósito de una propuesta que ha formulado el Fiscal Nacional para modificar los procedimientos disciplinarios administrativos en el Ministerio Público de Chile. La respuesta del Presidente de la Asociación Nacional de Fiscales formulada en una carta a El Mercurio ha señalado, entre otras materias, que esta propuesta «...nada dice de la evidente carencia de medios que los fiscales debemos afrontar». Concluye señalando que el proceso administrativo «...necesariamente debe incluir dentro de sus requisitos para sancionar que el fiscal haya contado con las condiciones mínimas para realizar su labor. Lamentablemente, hoy esas condiciones mínimas no existen» (URIBE, 2019: A2).

<sup>26</sup> El estudio de CEJA analiza fenómeno y destaca la enorme capacidad del sistema chileno para desarrollar metodologías y procesos de trabajo orientados a manejar adecuadamente la carga de trabajo (ARELLANO, 2017: 46-50).

Otro problema que tienen los argumentos de exceso de carga es que tienden a hacer invisibles otras razones igualmente o incluso más poderosas que explicarían el estado del arte, por ejemplo, ineficiencias derivadas de defectos en la gestión y procesos de trabajo de las instituciones del sistema. Uno de estos defectos -que estimo ha tenido un alto impacto en esta materia- es que con el paso del tiempo se ha producido un fenómeno de burocratización de los actores del sistema que explica pérdida de calidad en su trabajo. La idea de burocratización no se menciona con alcance peyorativo, sino más bien me interesa entregar una imagen con poder descriptivo de lo que ocurre. Es más o menos lógico que instituciones con muchos profesionales y organizadas en distintos eslabones tiendan a comportarse más burocráticamente con el paso del tiempo<sup>27</sup>. Esto tiene un impacto en el sistema, entre otros, la pérdida de sensibilidad respecto a la realidad de los casos y la potencialidad de litigio frente a algunos problemas evidentes que estos presentan. En nuestro caso, por ejemplo, problemas de calidad o confiabilidad de la prueba que se intenta introducir a juicio.

La pérdida de esta sensibilidad propia del proceso de burocratización genera impacto muy relevante en distintas dimensiones del trabajo del sistema. Uno de estos se ve en el fenómeno que podría llamarse como la «rutinización», es decir, el encarar las tareas en una lógica de línea de producción masiva que hace perder un trabajo más individualizado que el requerido en el litigio de los casos concretos y particularmente en los temas probatorios de admisión o exclusión<sup>28</sup>. Este fenómeno se expresa paradigmáticamente en la forma de organización del trabajo que han realizado fiscales y defensores en las ciudades más grandes del país, lo que tendría una incidencia muy directa en la calidad de su litigio en materia probatoria. Con el propósito de ofrecer cobertura a todas las APJO (en verdad a todo tipo de audiencias), se ha privilegiado un sistema en que el fiscal o defensor titular de la causa de manera sistemática delega a un tercero de su institución (otro fiscal o defensor) el litigio de sus audiencias. Este tercero asume todas las audiencias en la misma sala la tarde o mañana que le corresponde litigar este «turno» o bloque horario en que varios fiscales o defensores le delegaron sus audiencias<sup>29</sup>. El material con que cuenta para

---

<sup>27</sup> Para personas externas al sistema el carácter burocrático del funcionamiento de sus distintos actores es un factor que siempre llama poderosamente la atención. Así Chesterton afirmaba sobre el punto «La cuestión horrible de los oficiales del sistema legal, incluso los mejores...no es que sean malvados (algunos de ellos son buenos), ni tampoco estúpidos (muchos de ellos son bastante inteligentes), sino es simplemente que se han acostumbrado a su trabajo. Estrictamente ellos no ven a un prisionero en la celda, ven a una persona común en un lugar habitual» (BOGIRA, 2005: s/n). (la traducción es del autor).

<sup>28</sup> La pérdida de sensibilidad y la «rutinización» parecen ser consecuencias comunes de estructuras jerárquica del tipo que se configuran las instituciones que integran al sistema de justicia penal chileno. En este sentido, véase la descripción del «modelo jerárquico» de organización de los sistemas judiciales realizada por Damaska que corresponde bastante bien a la lógica de configuración de instituciones como el Ministerio Público en Chile (DAMASKA, 1985: 18-23).

<sup>29</sup> En la Base de Datos APJO se intentó cuantificar este fenómeno. En un 87% de los casos la defensa fue asumida por un defensor penal público. Considerando ese universo, solo en un 10% de esos casos compareció a la APJO el «defensor titular» de la causa. Como puede apreciarse, la delegación en un tercero es la regla general de trabajo de los defensores en esta muestra. Tratándose del Ministerio

ello será normalmente una minuta de delegación o derivación del caso preparada por el fiscal o defensor titular en la que se consigna información básica sobre el caso y la audiencia respectiva. Normalmente se trata de información precaria a lo que se suma el desconocimiento que la persona tiene del caso, lo que impide o dificulta un litigio de calidad <sup>30</sup>. A ello habría que agregar un problema de carácter subjetivo adicional. Al no ser el titular de la causa quien litiga la APJO, los incentivos y el compromiso emocional con la misma serían bajos y ello llevaría a comportarse con más distancia en el litigio que la que ese mismo fiscal o defensor tendrían en un caso «propio». Como se puede apreciar, en un escenario de este tipo no es difícil que se produzca un trabajo de baja calidad.

## 5.2. Problemas asociados a la comprensión cultural del cambio

Más allá de los temas de gestión, me parece que existen varias explicaciones que se vinculan a problemas básicos asociados a la poca claridad y escasa profundidad con la que los temas probatorios han sido estudiados y comprendidos tradicionalmente en el país. Se trataría, por así nombrarlo, de un problema de dificultades «culturales» de instalación del cambio de sistema experimentado en el país.

Una primera cuestión que estimo ha incidido en el pobre rol de las APJO en materia probatoria se vincula a la existencia de una concepción dominante en buena parte de los actores del sistema que los potenciales problemas que pudieran tener las evidencias que se intentan introducir a juicio oral, por ejemplo, las que dan cuenta de los procesos de reconocimiento ocular de mínima confiabilidad, son un tema de «valoración» de la prueba en juicio y no de admisibilidad (DUCE, 2017: 348).

Se trata de una idea muy propia de la cultura probatoria de la cual se nutre nuestra tradición jurídica, la que históricamente ha puesto una fe importante en la aptitud de los jueces profesionales de resolver estos problemas sin afectar su capacidad de decisión en los casos. El problema de esta visión es que hoy sabemos los jueces, incluso los profesionales, están expuestos a cometer errores y también tienen algunos problemas importantes al evaluar la prueba (SAKS y SPELLMAN, 2016; EDMOND, 2015). Ello sin contar la existencia de diversos sesgos cognitivos que provienen más bien de cómo funcionamos todos los seres humanos, aun los que desarrollan profesiones específicas (CHABRIS y SIMONS, 2011; KAHNEMAN, 2011; SIMON, 2012). En este contexto, esta concepción no se haría cargo del conocimiento que tenemos en la actualidad del funcionamiento cognitivo de los seres humanos, sino que también

---

Público solo en un 3% de los casos compareció el fiscal titular de la causa y en un 97% abogados asistentes de fiscales, con lo cual el porcentaje de delegación también fue altísimo.

<sup>30</sup> La información y caracterización del problema descrito ha sido obtenida en entrevista con Rubén Romero, Jefe de Estudios de la Defensoría Penal Pública de Chile en entrevista de 11 de junio de 2019. En la misma dirección también apuntan los resultados y hallazgos de la auditoría externa de desempeño que realizó la Defensoría Penal Pública en el año 2018 y que ya he citado (DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, 2018: 2).

sería un obstáculo para avanzar en un objetivo deseado por el legislador al entregarle a la APJO alguna función de control de admisibilidad probatoria.

Un segundo elemento tiene que ver con la instalación de una concepción acerca del principio de libertad probatoria bastante superficial que se ha traducido en muy poco rigor en el desarrollo de las prácticas probatorias generando, a su vez, diversos problemas interpretativos (COLOMA y AGÜERO, 2014: 673-703)<sup>31</sup>. Explico esto. Como ya señalé, el proceso acusatorio estableció un sistema de libertad probatoria, según la cual se permite la introducción de cualquier medio apto para producir fe sin necesidad que esté regulado de manera específica en la ley en forma previa (artículo 295 CPP). Se trata de un cambio muy profundo en la forma de entender la lógica de la prueba. Uno de los problemas de comprensión que ha generado, ha sido el entender que la libertad probatoria flexibiliza a tal punto la introducción de prueba a juicio oral, que permite el ingreso de todo tipo de fuente de información que sea pertinente<sup>32</sup>. Esto, a su vez, impediría a los jueces de garantía rechazar prueba, salvo los casos de exclusión específicos contemplados la legislación procesal penal<sup>33</sup>. La lógica de este razonamiento es sencilla: si hay libertad probatoria, se debiera aceptar como prueba a juicio cualquier medio apto para producir fe que no caiga dentro de las causales de exclusión previstas en el sistema procesal penal.

Sin entrar al detalle de los argumentos en contra de esta comprensión de la libertad probatoria, cosa que se puede revisar en otros trabajos disponibles (DUCE, 2016: 303-307), me parece que la doctrina es coincidente en identificar que esta libertad debe tener como límite natural la afectación a valores relevantes de los sistemas procesales. Por lo mismo, si se intenta presentar una fuente de información a juicio que comprometa la vigencia de estos valores (por ejemplo, comprometa la calidad de la decisión o los derechos de una de las partes) el sistema no debiera admitirla. Dicho de otra forma, la libertad probatoria no confiere a los intervinientes en un proceso el derecho ilimitado a presentar cualquier cosa como prueba a juicio de la manera que ellos estimen es más conveniente a sus intereses. La falta de claridad y comprensión

---

<sup>31</sup> Esto también ha ocurrido tratándose de la comprensión del sistema de libre valoración. Como sostiene Araya «Es probable que, por lo relativamente novel del sistema en Chile, la doctrina y la jurisprudencia no han podido encontrar un derrotero único por donde transite adecuada y cómodamente la libre valoración» (ARAYA, 2018: 149).

<sup>32</sup> Se trata de un tipo de interpretación que como lo señala Ferrer se inscribiría en una cierta tradición dogmática abolicionista respecto al derecho probatorio (FERRER, 2005: 5).

<sup>33</sup> Como ya señalé en el caso chileno, estas se encuentran reguladas en el art. 276 del CPP e incluyen la prueba manifiestamente impertinente, la que recae sobre hechos públicos y notorios, la superabundante con efectos dilatorios y la obtenida con infracción de derechos fundamentales. Un ejemplo de esta lógica se puede apreciar en decisiones de diversas cortes de apelaciones de Chile. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Valdivia de 21 de abril de 2014, rol n° 203-2014; la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 3 de septiembre de 2010, rol n° 276-2010; y, la Corte de Apelaciones de Santiago de 2 de septiembre de 2011, rol n° 1756-2011. Una visión más restrictiva del artículo 295 del CPP puede verse en un voto de minoría de la Corte Suprema en sentencia de 1 de junio de 2017, rol n° 2219-2016.

de este punto se ha traducido entonces en que prácticamente no existan controles de admisibilidad de la evidencia que se intenta introducir previa a juicio.

Se suma a los aspectos anteriores la existencia de una comprensión equivocada de los alcances del derecho a defensa que se ha traducido en una limitación a la posibilidad de ejercer un control de admisibilidad más fuerte respecto a la prueba que presentan los defensores. Así, se ha entendido, especialmente por parte de defensores y jueces, que el derecho a defensa, específicamente en su manifestación de derecho a presentar prueba<sup>34</sup>, limitaría en forma significativa la posibilidad que no se admita evidencia que la defensa intente introducir a juicio oral. Si bien los datos disponibles indican que la defensa presenta habitualmente mucho menos prueba a juicio que lo que lo hacen regularmente los fiscales del Ministerio Público (solo en un 40% de los casos alguna prueba, no pudiendo determinarse si es propia o la misma del Ministerio Público) (ARELLANO, 2017: 66)<sup>35</sup>, en todos ellos la posibilidad de hacer un escrutinio serio de admisibilidad en la APJO disminuiría en forma relevante. La invocación del derecho a defensa se constituiría, así, en una suerte de manto de protección para evitar el control de admisibilidad en la APJO.

Es evidente que el derecho de defensa genera la necesidad a los sistemas jurídicos de cuidar no privar de su ejercicio a los defensores. Con todo, nunca ha significado que ellos puedan hacer lo que quieran en materia probatoria. Como lo ha destacado el Comité de Derechos Humanos al interpretar las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos «...no se trata de un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de cualquier testigo que soliciten los acusados o sus abogados, sino solo el derecho que se admita a testigos pertinentes para la defensa...» agregando luego que corresponde «...a los poderes legislativos de los Estados Nacionales Partes determinar la admisibilidad de las pruebas y la forma en que han de ser evaluada por los tribunales. (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 2007: 16). Ideas similares han sido recogidas por tribunales nacionales, incluido el Tribunal Constitucional<sup>36</sup>.

Sumadas estas concepciones, es posible comprender que en la práctica cotidiana del sistema se produzca un efecto respecto a la intensidad con la que se asuma la tarea de depuración de la evidencia que se esperaría el sistema pudiera realizar en el desarrollo de las APJO. Cierre este círculo un factor que me parece puede explicar, especialmente, el comportamiento poco proactivo de los defensores en esta materia y que tiene también alguna significancia tratándose de los jueces garantía. Este podría describirse como el desarrollo de una actitud «derrotista» frente a los resultados que obtienen regularmente en las APJO producto de la experiencia que viven en la práctica.

---

<sup>34</sup> Se trata de una dimensión contemplada en los arts. 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>35</sup> En la Base de Datos APJO también se pudo establecer que la defensa presenta prueba en el 40% de los casos y que en todos ellos se trató de prueba «propia» de la defensa.

<sup>36</sup> Por ejemplo, sentencia del Tribunal Constitucional rol n° 481-2006 de 4 de julio de 2006.

Al final del día, si la probabilidad de éxito en los debates de admisión probatoria es baja, una tendencia natural es no invertir tiempo ni hacer un esfuerzo en una actividad que no traerá resultados positivos. Esto ocurriría cuando los jueces de garantía no consideran estos argumentos o, cuando lo hacen, ocurre que luego los tribunales superiores revocan estas decisiones. Desde el punto de vista de los jueces de garantía, tampoco conviene invertir esfuerzos en decisiones que luego puedan ser cuestionadas y regularmente revocadas por sus superiores jerárquicos. Como se puede apreciar, se produce de esta forma una suerte de círculo vicioso que impide mejorar la calidad de las prácticas probatorias.

### 5.3. Defectos y vacíos en la regulación legal

Un tercer factor que puede explicar el escaso control probatorio en la APJO puede deberse a ambigüedades y vacíos de la legislación procesal penal chilena en materia de la existencia de criterios que permitan a los jueces justificar decisiones de filtro o no admisibilidad más allá de las causales básicas contempladas en el artículo 276 del CPP que ya he mencionado<sup>37</sup>. Por ejemplo, tratándose de prueba pericial y reconocimientos oculares poco confiables. Así, si bien se planteado una interpretación de las reglas vigentes según la cual es posible afirmar que el CPP de Chile contemplan reglas especiales de admisibilidad de la prueba pericial -similares a las recogidas en legislaciones comparadas- ellas no han sido leídas como una forma de producir un control fuerte de admisibilidad y solo se ha traducido a la fecha en una práctica limitada entre litigantes y jueces (DUCE, 2010: 45-86). En materia como los reconocimientos oculares, por ejemplo, la normativa chilena es aún más precaria ya que ni siquiera existe alguna regulación sobre la realización de esta diligencia (DUCE, 2017: 305). En consecuencia, menos sobre lo que ocurre cuando ella es realizada de una manera descuidada o fuera de protocolos.

Estas ambigüedades y vacíos generan natural incertidumbre en jueces al momento de resolver sobre potenciales solicitudes de exclusión o no admisibilidad sobre el fundamento legal de tales solicitudes. En una cultura positivista, la tendencia natural es a rechazar aquello que no aparece con claridad a primera vista regulado en la ley, no obstante, sea consistente con los principios y valores del sistema. Esto mismo también impacta en el trabajo de los litigantes.

A este factor sumo un elemento adicional vinculado a la regulación legal del control probatorio en la APJO. Generar una práctica fuerte de discusión de admisibilidad en la APJO requeriría, además de reglas especiales de admisibilidad como aquellas focalizadas en los problemas de calidad y confiabilidad de la evidencia, dotar de las condiciones necesarias a la audiencia para poder discutir con profundidad esto. Ello supone, entre otras cosas, regular con precisión el acceso a información

---

<sup>37</sup> Moreno constata la existencia de una interpretación limitada que ha recibido el art. 276 del CPP y luego argumenta acerca de la necesidad de ampliar sus causales o, al menos, la interpretación que reciben las mismas (MORENO, 2013: 140-143).

temprano y de calidad sobre las pruebas que las partes intentan introducir a juicio de manera que los litigantes pudieran preparar con anticipación cuestionamientos a la admisión de las mismas y no simplemente improvisarlos en el desarrollo de las audiencias. También debería llevar a examinar la posibilidad de admitir producción de evidencia en la misma APJO para permitir que la audiencia sea un lugar en el que efectivamente estos debates puedan ser llevados adelante con información de calidad para la toma de decisiones. Materia que hoy no tiene regulación en el CPP chileno. En fin, sería necesario revisar varios aspectos normativos de la regulación de la audiencia que podrían mejorar el entorno de litigación de la misma promoviendo debates más intensos en materia de control probatorio.

#### 5.4. Problemas de diseño institucional e incentivos

Dejé para el final una explicación sobre un aspecto de diseño institucional que estimo ha tenido impacto en debilitar el trabajo de control probatorio, al establecer un incentivo bajo a los jueces de garantía para ejercer esta función de manera intensa.

Esto requiere una breve explicación acerca de la organización de tribunales penales en Chile. El sistema procesal penal chileno se organiza sobre la base de una estructura judicial que distingue dos tipos de tribunales penales con funciones completamente diferenciadas a nivel de lo que se podría identificar como primera instancia. Por una parte, los Juzgados de Garantía, integrado por los jueces unipersonales de garantía, cumplen funciones de control judicial en las etapas de investigación y de preparación de juicio oral, y los Tribunales Orales en lo Penal, que se integran por salas de tres jueces, a quienes se les encarga la realización de las audiencias de juicio y la decisión de ellos (VARGAS, 2000: 333-381). Uno de los aspectos centrales tenidos en vista para este diseño fue evitar la contaminación de los tribunales de juicio con información surgida, lo que se reflejó paradigmáticamente en la asignación que realizó a los jueces de garantía del rol de control probatorio en la APJO para evitar que prueba considerada no admisible fuera escuchada por el tribunal oral (MORENO, 2013: 151; VARGAS, 2000: 336).

Mi hipótesis es que este diseño, junto con efectivamente haber evitado esta potencial contaminación, ha generado un entorno de incentivos débil para que los jueces de garantía cumplan con un rol de control probatorio fuerte. Por de pronto, desde muy temprano en el funcionamiento del nuevo sistema se produjo una cierta situación de tensión entre ambos tipos de tribunales a partir de considerarse que los jueces de garantía tenían cargas de trabajo muy superiores a los orales (BAYTELMAN y DUCE, 2003: 73-76), lo que generó una práctica extendida de no «facilitarle» el trabajo a estos últimos haciendo un filtro intenso de la prueba en la APJO. Fuera de esta disputa específica, un problema de este modelo es que establece pocos incentivos para tomarse en serio este trabajo a los jueces de garantía. Por ejemplo, los beneficios derivados de un trabajo de depuración de la prueba no están en su favor (sino para los tribunales orales) y más bien se trata de una labor que agrega costos adicionales de

diverso tipo a su trabajo<sup>38</sup>. En un escenario de este tipo, el comportamiento racional esperable es precisamente no hacer aquello que genera más costos potenciales que beneficios.

## 6. REFLEXIÓN FINAL: ¿CÓMO HACER DE LA APJO UN MOMENTO DE CONTROL DE ADMISIBILIDAD PROBATORIA EN SERIO?

A partir de los aspectos de diagnóstico contenidos en secciones anteriores, surgen líneas diversas de trabajo para intentar mejorar la situación. Debe tenerse presente, como ya he señalado, que el diagnóstico requiere un poco más de investigación empírica para precisar, confirmar y complementar varias de mis hipótesis. Ello podría también darnos nuevas pistas acerca de los caminos de acción a seguir. Con todo, al menos esbozo tres áreas de trabajo por las que se podría partir.

Inicio con la consecuencia natural del último aspecto abordado en la sección anterior. Es probable que un cambio importante en las prácticas del sistema en la APJO requiera reformas relevantes en la organización judicial chilena. En esta dirección, han existido algunas propuestas que enfatizan la necesidad de reconsiderar la división entre Juzgados de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal (ARELLANO, 2017: 258). Una medida de este tipo podría cambiar la lógica instalada en la actualidad y hacer que los jueces a quienes corresponda la labor de control probatorio estén mucho más sensibilizados sobre la importancia y el impacto del rol si es que también tuvieran que llevar adelante audiencias de juicios en casos diversos. Sin necesariamente eliminar la distinción entre ambos tipos de tribunales, un efecto similar se podría lograr con un sistema de rotación de jueces de ambos de manera de lograr esta mayor sensibilización. No puedo obviamente extenderme en propuestas de esta naturaleza, sólo me interesa manifestar que una línea potencial de trabajo debiera mirar esta dimensión.

En la misma dirección anterior, habría que examinar algunos cambios en la gestión del trabajo de fiscalías y defensas. Si parte del problema de calidad del litigio se deriva de la improvisación que supone asumir causas ajenas con poca información y tiempo de preparación, habría que revisar procedimientos internos y los acuerdos interinstitucionales para asegurar que fiscales y defensores con conocimiento detallado del caso pudieran intervenir en la APJO. Esto supone también acuerdos relevantes con los tribunales a nivel de los sistemas de programación de audiencias complejas como la APJO.

Una segunda línea de trabajo que me parece imprescindible abordar es a nivel de mejora de los programas de capacitación institucional de fiscales, defensores y jueces.

---

<sup>38</sup> No solo estoy pensando en el mayor tiempo que un debate probatorio intenso requiere de los jueces y, por cierto, el de fundamentar decisiones de exclusión que surjan de él, sino también los riesgos asociados a generar disputas con las partes, a exponerse ante superiores jerárquicos por apelaciones o reclamos en estas materias, entre otros.

Por ejemplo, la gran mayoría de los entrevistados en la investigación de reconocimientos oculares y prueba pericial manifestaron que en esas materias no han recibido del todo o solo ha recibido muy poca capacitación específica y que, por lo mismo, tienen la percepción de no contar con todas las herramientas necesarias para lidiar con estas pruebas en las distintas etapas procesales que les corresponde (DUCE, 2017: 357-359; DUCE, 2018: 88). En consecuencia, se trata de un espacio de trabajo del sistema en donde es necesario realizar cambios profundos y en los que en Chile se invierten recursos importantes de parte de las tres instituciones, lo que permite pensar se trata de una materia que puede ser abordada con relativa rapidez.

En esta dirección, el desarrollo de programas de capacitación y perfeccionamiento debiera cubrir en estas materias al menos dos aspectos para tener impacto en la mejora de funcionamiento de las APJO. Por una parte, se requiere reforzar conocimiento legal y no legal respecto de los criterios de admisibilidad de la prueba. Los aspectos legales suponen un conocimiento más profundo de las reglas y estándares de admisibilidad y exclusión probatoria. Por aspectos no legales incluyo, por ejemplo, conocimientos sobre los principales hallazgos y consensos que existen desde la ciencia acerca de cómo funciona la memoria y cuáles son las prácticas que favorecen o perjudican la confiabilidad de los reconocimientos y también sobre los principios básicos de cómo opera la ciencia y las disciplinas forenses. Esto debiera dotar a los actores de mayores criterios para analizar críticamente la admisibilidad de las pruebas. En segundo lugar, los programas debieran incorporar el desarrollo de destrezas y habilidades propias de la función que cumple cada actor del sistema, de manera de estar en condiciones de ejecutar aquello que en teoría han identificado como un problema.

Por otra parte, estos programas de capacitación debieran también desarrollarse en dos niveles. En un primer término, algunos componentes de ellos debieran formar parte del «paquete de formación básica» que se recibe al ingresar a las respectivas instituciones. Además, debieran luego formar parte de programas especializados de perfeccionamiento continuo que permitan acceder a un conocimiento que evoluciona constantemente.

Una última línea de trabajo que estimo puede ayudar a superar, al menos en parte, los problemas detectados en materia de control probatorio en la APJO, puede desarrollarse desde la perspectiva de pensar algunas reformas legales que toquen «nervios» claves del sistema y promuevan el desarrollo de comportamientos distintos a los actuales. Una de las centrales sería introducir nuevas reglas que fijen criterios de admisibilidad más amplios y explícitos que los actuales, regulando que su consecuencia en caso de incumplimiento debiera ser su exclusión del juicio o su no admisibilidad. Me parece también que hay que establecer estándares mucho más precisos y exigentes de descubrimiento de información relevante para asegurar la posibilidad real de tener un debate fructífero en la materia<sup>39</sup>. Finalmente, se debe reforzar normativamente el rol de filtro de los jueces en esta materia.

---

<sup>39</sup> Por ejemplo, en materia de reconocimientos oculares me parece que un paso clave para establecer una posibilidad real de controlar su calidad y confiabilidad es avanzar hacia el establecimiento de

Estoy consciente que una reforma legal por sí misma no tiene la capacidad de cambiar la realidad y las prácticas si no va acompañada de otros elementos de corte más estructural como lo son otros que he sugerido en esta misma sección. También conozco las enormes dificultades que reglas de admisibilidad especiales han tenido en su aplicación práctica en países como los Estados Unidos, la importante crítica a sus alcances y el debate que existe acerca de su real impacto. Con todo, en el estado actual de la práctica en Chile que ha sido descrito en este trabajo, una reforma legislativa podría constituir una señal política fuerte para que las distintas instituciones del sistema de justicia penal se hagan cargo de manera más intensa de los problemas que se enfrentan en la actualidad.

Me detengo un poco en este punto ya que es clave. Estimo que el mayor valor de una regulación legal en esta materia no debe esperarse en la capacidad de tribunales de excluir necesariamente una gran cantidad de las evidencias que se le presenten. Su potencialidad está más bien en constituir una señal fuerte que envía el legislador a las partes y a los jueces para tomarse más en serio el problema de la calidad y confiabilidad de la prueba que presentan a juicio, de las prácticas probatorias asociadas a su producción y del control de calidad de las mismas en las APJO. Esto a mediano y largo plazo debiera traducirse en incentivos para el desarrollo de conductas que prevengan los casos más problemáticos<sup>40</sup>.

Junto con este efecto «político», un buen diseño legal, además, debiera permitir generar espacios de litigación que no se han desarrollado en la actualidad por la inexistencia de regulación y que podrían servir de control de la calidad y confiabilidad de la prueba. Eso daría mayor espacio al desarrollo de jurisprudencia un poco más sofisticada que la actual y que encare las prácticas más problemáticas.

Me parece que el camino a recorrer para resolver los problemas identificados en este trabajo es largo y complejo. No puedo en un trabajo de esta naturaleza recorrerlo completo y la profundidad requerida. Con todo, un primer paso indispensable es al menos tener consciencia de los problemas que enfrentamos y un diagnóstico más fino de los mismos. Si este trabajo ayuda a fomentar un debate sobre esta materia, me parece su objetivo ha sido cumplido.

---

sistemas de registro audiovisual de estas diligencias tal como se sugiere como estándar por la literatura especializada. Sin una regla explícita en la materia, es difícil que las policías avancen en un estándar de registro que permita un control intenso de su actuación en esta materia.

<sup>40</sup> Me parece que la Corte Suprema de Canadá apunta en esta lógica en un caso de hace pocos años en el que estableció por primera vez que la imparcialidad de los peritos podía ser también exigida como un criterio para la admisibilidad de dicha prueba a juicio. En abril del año 2015 la Corte señaló que la imparcialidad de los peritos, entendida como la capacidad de los mismos de cumplir su deber de informar objetivamente sin importar la parte que los lleve a juicio, no es solo un problema de valoración de la prueba sino también de admisibilidad de la misma. Luego estableció un estándar que ellos mismos consideran no debiera ser un obstáculo o impedimento para la admisión de la mayoría de los peritos, reconociendo así que su fallo más bien intenta enviar una señal a litigantes y jueces para mejorar sus prácticas. Caso *White Burgess Langille v. Abbott and Haliburton*, 2015 SCC 23, en <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/15328/index.do> (última visita el 6 de junio de 2019).

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA, M., 2018: *Recurso de nulidad y control racional de la prueba*, Santiago: Librotecnia.
- ARELLANO, J., 2017: *Desafíos de la reforma procesal penal en Chile: análisis retrospectivo a más de una década*, Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- BAYTELMAN, A., 2000: «El juicio oral», *Nuevo Proceso Penal*, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 227-282.
- BAYTELMAN, A.; DUCE, M., 2003: *Evaluación de la reforma procesal penal: estado de una reforma en marcha*, Santiago: Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.
- BLANCO, R., et. al., 2005: *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Santiago: LexisNexis.
- BINDER, A., 1993: *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- BOFILL, J., 2002: «Preparación del juicio oral», *Revista Chilena de Derecho* Vol. 29 n° 2: 273-281.
- BOGIRA, S., 2005: *Courtroom 302*, New York: Vintage Books.
- BOVINO, A., 1998: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- CARROCCA, A., 2000: «Etapas intermedia o de preparación de juicio oral en el nuevo proceso penal chileno», *Nuevo Proceso Penal*, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 173-204.
- CHABRIS, C.; SIMONS, D., 2011: *El gorila invisible*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- CHAHUÁN, S., 2007: *Manual de nuevo procedimiento penal*, Santiago: LexisNexis.
- COLOMA, R.; AGÜERO C., 2014: «Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 2, 673-703.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 2007: *Observación General n° 32*.
- DAMASKA, M., 1983: «Adversary system», KADISH, S., *Encyclopedia of Crime and Justice (Vol. 1)*, Michigan: Free Press.
- 1985: *The faces of justice and state authority*, New Haven: Yale University Press.
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, 2018: *Informe final de resultados de auditoría externa de cumplimiento de estándares básicos del servicio de defensa penal pública de 2018*, Santiago, 4 pp. (documento no publicado en poder del autor).
- DUCE, M., 2009: «Reformas a la Justicia Criminal en América Latina: una Visión Panorámica y Comparada Acerca de su gestación, Contenidos, resultados y Desafíos», *Crimen e Inseguridad*, Santiago: Flasco-Catalonia, 189-224.
- 2010: «Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional», ACCATINO, D. (coordinadora), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago: Abeledo Perrot, 45-86.
- 2013: *La prueba pericial*, Buenos Aires: Ediciones Didot.
- 2016: «Los informes en derecho nacional y su inadmisibilidad como prueba a juicio en el proceso penal chileno», *Revista de Derecho Universidad Austral*, Volumen XXIX N° 1, 297-327.
- 2017: «Los reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora», *Polít. Crim.* Vol. 12 (n° 23), 291-379.
- 2018: «Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema», *Polít. Crim.* Vol. 13 (n° 25), 42-103.
- DUCE, M.; RIEGO, C., 2007: *Proceso penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- EDMOND, G., 2015: «Forensic Science evidence and the conditions for rational (jury) evaluation», *Melbourne University Law Review* Vol. 39 (n° 1), 77-127.
- FERRER, J., 2010: «La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana», ACCATINO, D. (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago: Abeledo-Perrot, 3-19.
- FUENTES, C., 2018: *La fragmentación de la audiencia de juicio en la judicatura de familia y labora: prácticas, causas y consecuencias*, ponencia presentada en VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal: la Prueba en los Procedimientos Chilenos, Santiago (trabajo no publicado facilitado por su autor).
- GONZÁLEZ, D., 1996: «El procedimiento intermedio», *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, San José: Corte Suprema de Justicia, 617-648.
- GONZÁLEZ, L., 2018: «La etapa intermedia: del saneamiento formal al control sustancial de la acusación», *Investigación y acusación*, Buenos Aires: Editores del Sur, 147-177.

- HORVITZ, M.; LÓPEZ, J., 2004: *Derecho procesal penal chileno tomo II*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- KAHNEMAN, D., 2011: *Thinking fast and slow*, New York: Farrar, Straus and Giroux.
- LANGER, M., 2001: «La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado», MAIER, J., *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 97-133.
- 2007: «Revolution in Latin American criminal procedure: diffusion of the legal Ideas from the periphery», *The American Journal of Comparative Law* vol. 55, 617-676.
- MAIER, J., 2011: *Derecho Procesal Penal III parte general*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MAIER, J., AMBOS, K. y WOISCHNIK, J., 2000: *La Reformas Procesales Penales en América Latina*, Buenos Aires: Editorial Ad-hoc.
- MATURANA, C., 2003: *Reforma procesal penal tomo II*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MATURANA, C.; MONTERO, R., 2010: *Derecho procesal penal tomo II*, Santiago: Abeledo-Perrot.
- MINISTERIO PÚBLICO, 2013: *Protocolo interinstitucional de reconocimiento de imputado*, Santiago.
- MORENO, L., 2013, «Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la reforma procesal penal», *El modelo adversarial en Chile*, Santiago: Thomson Reuters, 67-218.
- NEYRA, J., 2010: *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*, Lima: IDEMSA.
- RIEGO, C., 1998: «La reforma procesal penal chilena», *La reforma de la justicia penal*, Santiago: Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 15-54.
- RIEGO, C.; VARGAS, J., 2005: *Reformas procesales en América Latina: resultados del proyecto de seguimiento*, Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- SAKS, M.; SPELLMAN, B. 2016: *The psychological foundations of evidence law*, New York: New York University Press.
- SIMON, D., 2012: *In doubt*, Cambridge: Harvard University Press.
- STRUENSE, E.; MAIER, J., 2000: «Introducción», MAIER, J., AMBOS, K. y WOISCHNIK, J., *La Reformas Procesales Penales en América Latina*, Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 17-32.
- URIBE, C., 2019: «Responsabilidad de los fiscales», Santiago: El Mercurio, A2 (2 de junio).
- VARGAS, J., 2000: «Organización y funcionamiento de los tribunales en el nuevo sistema procesal penal», *Nuevo Proceso Penal*, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 173-204.
- VERA, J., 2017: «Naturaleza jurídica de la fase intermedia del proceso penal chileno: un breve estudio a partir de elementos comparados», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLIX 2° semestre 2017, 141-184.



## SCIENTIFIC QUESTIONS OF FACT BETWEEN FREE EVALUATION OF EVIDENCE AND PROOF BEYOND ANY REASONABLE DOUBT IN THE CRIMINAL TRIAL

Gaetano Carlizzi

Military judge in Rome and Full Professor of Philosophy of Law,  
teaching the Theory of Legal Argumentation  
at 'Suor Orsola Benincasa' University in Naples

**ABSTRACT:** In contemporary legal epistemology it is common to talk about the «*paradox of expert testimony*», which can be formulated as follows: «how can the judge assess information provided by an expert witness if he needs him precisely because of his own lack of adequate specialist knowledge?». The *goal of the paper* is to show that this paradox is only apparent. To pursue it I first of all review the history of the ideas of free evaluation of evidence and proof beyond any reasonable doubt in the civil law and common law traditions, in order to address the theoretical problem of their nature in contemporary law systems. Then I propose a taxonomy of the judicial approaches to the role of experts at trial, concluding that none of these approaches, except one («the gatekeeper judge»), is consistent with both above-mentioned principles. Lastly, I look in depth at the gatekeeper judge approach, showing that a real *assessment* of expert information is possible, so that the paradox of expert *testimony* depends only on a faulty understanding of both activities.

**KEYWORDS:** Question of fact, Free evaluation of evidence, Proof beyond any reasonable doubt, Expert testimony, Scientific evidence.

**SUMMARY:** 1. Introduction.—2. Free evaluation of evidence. 2.1. Historical evolution. 2.1.1. The English legal context. 2.1.2. The Continental legal context. 2.2. Theoretical outlines. 2.2.1. The idea of FEE as source of a rule. 2.2.2. The idea of FEE as source of a trend. 2.2.3. The idea of FEE as source of a principle.—3. Proof beyond any reasonable doubt. 3.1. Historical evolution. 3.1.1. The English legal context. 3.1.2. The American legal context. 3.1.3. The Italian legal context. 3.2. Theoretical outlines. 3.2.1. The idea of PRD as source of a principle. 3.2.2. The Italian version of the logic of proof beyond any reasonable doubt. 3.2.3. Methodological implications of the

principle of PRD. 3.2.4. Constitutional relevance of the principle of PRD.—4. “*Iudex peritus peritorum*”: an ambiguous phrase. 4.1. Closed attitudes on the part of the judge. 4.1.1. The apprentice judge. 4.1.2. The popularising judge. 4.1.3. The land-surveyor judge. 4.2. Open attitudes on the part of the judge. 4.2.1. The receptor judge. 4.2.2. The gatekeeper judge.—5. Free evaluation of scientific evidence and scientific proof beyond any reasonable doubt. 5.1. Resolving the paradox of expert testimony. 5.2. Requirements for epistemological reliability. 5.2.1. The American legal context. 5.2.2. The Italian legal context. 5.3. Unsolved questions concerning the requirements for epistemological reliability. 5.3.1. Heterogeneity of the specialist evidential questions. 5.3.2. Pluralistic disciplines. 5.3.3. Working logic of the evaluation of epistemological reliability. 5.3.4. Specialist proof beyond any reasonable doubt. 5.3.5. Judicial practicability.—6. Bibliography

## 1. INTRODUCTION

The main questions every court must address are of two kinds. On the one hand, there are the questions of law (*lato sensu*)<sup>1</sup>, which concern the application of law to the disputed facts of a trial. In particular, the question of law *stricto sensu* (hereafter: *question of law*) concerns whether the case presented in support of a claim to justice is legally relevant (the so-called “case”). On the other hand, there are the questions of fact (*lato sensu*)<sup>2</sup>, which concern the ascertaining of the disputed facts. In particular, the question of fact *stricto sensu* (hereafter: *question of fact* or *factual question*) concerns whether the case actually happened.

The *evidential judgement*<sup>3</sup> is the means by which the fact finder (judge or jury) resolves the factual question and is based on two activities. The fact finder has to assess the evidence to determine the *probative value – reliability* and *cogency* – of each item of evidence (evidential *evaluation*), and to establish whether all the collected evidence is *sufficient* to prove the case (evidential *decision*)<sup>4</sup>. In this paper I assume that the fact finder is a judge in a *civil law* system, but my conclusions apply – all things being equal – also when the fact finder is a jury in a common law system.

In many contemporary *criminal* trials, the evidential decision is underpinned by two fundamental ideas: *free* evaluation of evidence (hereafter: FEE) and proof beyond any *reasonable doubt* (hereafter: PRD). According to the first idea, the judge is autonomous in selecting criteria to assess the probative value of the evidence, namely he is not bound by any statutory provision. According to the second idea, the judge may consider the case to have been ascertained only if the evidence in no way supports hypotheses different from the charge.

<sup>1</sup> CANALE, D., TUZET, G., 2019: 35-44, 61-66; CHOO, A. L-T., 2018: 9-10; LAUDAN, L., 2006: 206, 216; TWINING, W., 1990: 238-242.

<sup>2</sup> CANALE, D., TUZET, G., 2019: 35-44; LAUDAN, L., 2006: 216; TWINING, W., 1990: 228-238.

<sup>3</sup> ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING, W., 2005: 224-245; FERRER BELTRÁN, 2012: 51-160; FERRUA, 2017: 183-207; GASCÓN ABELLÁN, 2010: 140-167; LAUDAN, L., 2006: 117-146; TARUFFO, M., 2009: 193-245; TONINI, P., CONTI, C., 2012: 43-59, 66-67; TUZET, G., 2016: 119-142, UBERTIS, G., 2015: 158-178.

<sup>4</sup> On the weight (probative value and sufficiency) of evidence, see HO, H.L., 2015: § 3. See also ROBERTS, P., ZUCKERMANN, A., 2012: 228, 248-249, 347.

Since the last century, one of the biggest problems regarding this subject is assessing *scientific evidence*. By «scientific evidence» I mean information provided by a scientific expert acting as such in order to ascertain a fact that, on the one hand, is disputed during the trial, and on the other, is a research topic in his field of discipline. In this case the evidential decision is problematic above all because the judge usually does not have sufficient scientific competences.

On this issue, in contemporary legal epistemology it is common to talk about the «*paradox of expert testimony*», which can be formulated as follows: «how can the judge assess information provided by an expert witness if he needs him precisely because of his own lack of adequate scientific knowledge? ».

The *goal* of my *paper* is to show that this paradox is only apparent. To pursue it I first of all review the history of the ideas of FEE and PRD in the civil law and common law traditions, in order to address the theoretical problem of their nature in contemporary law systems (§ 2 and § 3). Then I propose a taxonomy of the judicial approaches to the role of experts at trial, concluding that none of these approaches, except one (the «gatekeeper judge»), is consistent with both the above-mentioned principles (§ 4). Finally, I look in depth at the gatekeeper judge approach, showing that a real *evaluation* of expert information is possible, so that the paradox of expert *testimony* depends only on a faulty understanding of both activities (§ 5).

## 2. FREE EVALUATION OF EVIDENCE

The idea of FEE<sup>5</sup> emerged in English legal culture, was imported into the American trial system, and finally penetrated the Continental sphere. In this paragraph I will first of all draw a sketch of this genealogy, taking the Italian legal system as a Continental example (§ 2.1.). I will then concentrate on this system, asking whether the idea of FEE gives rise to a legal rule, a regulatory trend, or a legal principle, reaching the conclusion that it produces the first constitutional principle of the evidential decision in many contemporary criminal trial systems (§ 2.2). Even though this thesis is applied to the Italian criminal law system in this case, it aims to be general in scope, valid for any system that considers the claim to rationality and reasonableness of the judicial activity as constitutional principles.

### 2.1. Historical evolution

The idea of FEE came to light as an alternative to the mandatory regimes of evidential evaluation<sup>6</sup>. In simple terms, these are similar because they establish specific criteria to predetermine the probative value of the elements that emerged during

<sup>5</sup> See CARLIZZI, G., 2018; CLERMONT, K.M., 2009: 481-482, 487; NOBILI, M., 1974; GASCÓN ABELLÁN, M., 2010: 140-144; TOURNIER, C., 2003; WALTER, G., 1979.

<sup>6</sup> On this historical evolution, see CARLIZZI, G., 2018: 11-24.

trial. They in fact establish the kinds of evidence apt for ascertaining the case, as well as the degree of their weight. There are two kinds of regimes regarding evidential evaluation: irrational and rational. This binomial allows us to distinguish between the origins of FEE in the English and Continental legal systems respectively.

### 2.1.1. *The English legal context*

In England the idea of FEE emerged in the 13th century<sup>7</sup>, after the IV Lateran Council (1215), when the ordeal procedure was no longer used to establish a question of fact, which was now entrusted to a jury. From that moment, the guilt or innocence of the accused no longer depended on the result of an almost impossible challenge (e.g. surviving immersion with bound hands and feet)<sup>8</sup> but on the autonomous assessment of evidence by a group of jurors. At first (13th-15th century), moreover, this assessment was not wholly neutral, because the jurors belonged to the same community as the accused, thus acting as witnesses and decision-makers at the same time<sup>9</sup>. The jury, in the modern sense of the term, namely a group of people without direct knowledge of the case, would be introduced only later, in the 16th century<sup>10</sup>. Of course, the mandatory regime of the ordeal procedure was typically *irrational*, given the unailing connection established between God's will and the probative value of the outcome of the ordeal. In fact, overcoming the ordeal was considered a proof of innocence in accordance with an assumption like the following: «since it is unthinkable that God wills an innocent to succumb to the ordeal to which he is subjected, and since it is unthinkable that something happens that God does not will, then overcoming the ordeal unquestionably indicates the innocence».

### 2.1.2. *The Continental legal context*

On the Continent, the idea of FEE emerged only at the end of the 18th century, when the French Constituent Assembly decree of 16th-29th September 1791 ascribed the duty to resolve the question of fact to a jury similar to the English one, therefore a jury fully endowed with evaluative autonomy («*intime conviction*») and free of any obligation to state its reasons<sup>11</sup>. This choice was a reaction not to the

<sup>7</sup> On the antecedents of this idea: in ancient times, see NOBILI, M., 1974: 82 fn. 1, with regard to a rescript of the emperor Hadrian (76-138 CE): «[...] *non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligare debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris*» (D., 22.3.5.3.2.); shortly before the IV Lateran Council, see GIULIANI, A., 1988: 529-537, esp. 532, concerning a passage of the *Policraticus* (V, 14) of John of Salisbury (1120-1180): «*In ipsa vero testium examinatione, non potest ex regula aliqua diffiniri, quid magis iudicem sequi oporteat*».

<sup>8</sup> BAUDI DI VESME, C., 2013; CORDERO, F., 1981: 468-475, esp. 468 and fn. 2; WHITMAN, J.Q., 2008: 51-90.

<sup>9</sup> ANAND, S., 2005: 417-418; TARUFFO, M., 2009: 20-22.

<sup>10</sup> ANAND, S., 2005: 418-425.

<sup>11</sup> NOBILI, M., 1974: 150-162; PADOA SCHIOPPA, A., 1994: 122-162.

ordeal procedure but to the equally mandatory regime of evidential evaluation that had replaced it in Europe from the 13th century onwards, namely that of legislative positive evidence<sup>12</sup>. In the latter case, the proof was not the result of a challenge but information collected during the trial. Therefore, the judge as a fact finder was obliged to perform two duties devoid of discretion, namely to verify the correspondence between the elements emerging at trial and the legislative types of evidence (e.g. confession of the defendant), and identify the probative value the legislator assigned to these types (e.g. the confession had the greatest value). The regime of legislative positive evidence was as mandatory as the ordeal procedure but differed from it in its rationality. This regime did no more from rendering the probative value of quite reasonable empirical criteria absolute (e.g. if the defendant pleaded guilty, then he very probably was not lying, given the adverse effects of his confession). Democratic aversion to this despotic rigidity, deemed to be in contradiction with the autonomy of the jurors as representatives of the people, is the reason why the French Constituent Assembly<sup>13</sup> and the legislators of other European countries based their regimes of evidential evaluation on the idea of FEE.

With particular regard to Italian law, this idea was implemented in the main criminal procedural codes (or statutes) throughout the 19th and 20th centuries but led to different models<sup>14</sup>. In short, some codes relied on the free evaluation of the *judge* without imposing any obligation to state his reasons (e.g. the 1807 Napoleonic Code of the Kingdom of Italy); other codes followed a slightly different solution, establishing such an obligation (e.g. the 1819 Bourbonic Code of the Kingdom of the Two Sicilies); other statutes returned to the French model of free evaluation by the *jury* (this was the general regime in force after the unification of 1861 until the code of 1930); the current code of 1988 (like that of 1930) re-establishes the second model and therefore provides that the *judge* may assess the evidence autonomously but must state reasons. More specifically, the current code of criminal procedure (hereafter: CCP) establishes, on the one hand, that all legally significant facts must be proven: not only the case but also the facts relevant for punishability, the establishment of the penalty or the security measure, the application of procedural norms, and civil liability (art. 187). On the other hand, it provides that «The judge evaluates the evidence, setting out in the reasoning the results obtained and the criteria adopted» (art. 192, § 1). Briefly, today's CCP requires the evidential evaluation to take the form of a reasoning.

## 2.2. Theoretical outlines

The main theoretical problem regarding the idea of FEE concerns its legal nature. Even though a classificatory solution depends on the choices of each legal system, it

---

<sup>12</sup> ALESSI PALAZZOLO, G., 1979.

<sup>13</sup> PADOA SCHIOPPA, A., 1994: 63-162.

<sup>14</sup> NOBILI, M., 1974: 200-266; RUGGIERI, F., 2012.

is possible to propose such a solution in broad terms. Indeed, a solution of this kind may be inferred from a specific legal system, but it is also valid for every legal system sharing the same logic of classification. This is exactly the path I aim to follow, taking the Italian legal system as my starting point<sup>15</sup>.

The above-mentioned problem could be resolved in one of three ways, whereby the idea of FEE gives rise either to a legal rule (hereafter: rule), or to a regulatory trend (hereafter: trend), or else to a legal principle (hereafter: principle). The right answer to the problem can be found by clarifying these three concepts, as the difference between them, especially between the former and the latter, is still quite controversial.

### 2.2.1. *The idea of FEE as source of a rule*

Rules are prescriptions that deontically qualify (as obligatory, forbidden, allowed etc.) facts described with varying degrees of specificity (e.g. prohibition of undue enrichment to the detriment of others through misrepresentation, under article 640 of the Italian criminal code – hereafter: CC – on the crime of fraud)<sup>16</sup>. Given the artificial character of every legal system, these qualifications and descriptions are ultimately functional to the protection/promotion of the values recognised in the community subjected to that system (e.g. patrimony *lato sensu* and good faith in contractual relationships, in the case of art. 640 CC). The functional connection between rules and axiological sphere raises the problem of distinguishing them from principles, which too regard values. I will address this problem in § 2.2.3, where I explain my conception of principles.

In terms of the CCP, one could speak of the «rule of FEE» only if this code established judicial autonomy solely for a *specific* evidential assessment (e.g. assessment for ascertaining the case). But this is not the case, because, as seen in § 2.1.2, the code *provides* for judicial independence from absolute evidential criteria in general terms, namely for all the facts relevant to the trial (examples of such criteria are: a statement by a public official is *always* supremely reliable; the fingerprints of the defendant on the body of the victim *always* proves that he is the murderer). Conceived as an element of a rule, the idea of FEE would be barely relevant from the doctrinal point of view<sup>17</sup>, but not at all relevant from the theoretical and normative one<sup>18</sup>. Indeed, this

<sup>15</sup> On the judicial discretion in common law systems, see ROBERTS, P., ZUCKERMAN, A., 2012: 29-30.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, L., 2007: 109-179; HART, H.L.A., 1961: esp. §§ II-III; Kelsen, H., 1960: esp. §§ III.

<sup>17</sup> On the various functions of «legal dogmatics», see MENGONI, L., 1996: 25-65.

<sup>18</sup> On the relationship between theory of law, legal dogmatics, philosophy of justice and sociology of law, see FERRAJOLI, L., 2007: 39-43; on the relationship between «*dogmatische Rechtswissenschaft*», «*Rechtsphilosophie*», «*Rechtspolitik*», «*Rechtsgeschichte*», «*Rechtsvergleichung*», and «*Rechtssoziologie*», see RADBRUCH, G., 2003: 106-107.

idea would add nothing to the specific content of such a rule and could be cancelled out by derogating or even abolishing the same rule.

### 2.2.2. *The idea of FEE as source of a trend*

Trends are social effects regularly and actually resulting from a set of rules concerning a specific subject<sup>19</sup>. Even though they are not the goal of the set (otherwise they would be principles), these effects arise with a certain frequency through its application. An example could be a set of rules on safety in the workplace: they aim to protect the workers' health, but they actually entail general limitations to the employer's organisational freedom.

In terms of the CCP, the idea of FEE may not be reduced to the label for a trend, because it is not a mere side-effect of the regime of evidential evaluation but rather its basis. Conceived as an element of a trend, this idea would be relevant only to a sociologist of law<sup>20</sup> but not at all to a jurist. Such a trend, albeit based on a set of rules, would not be an autonomous rule and could be either limited or eliminated by reforming the regime that produced it.

### 2.2.3. *The idea of FEE as source of a principle*

Principles are norms, as are rules and unlike trends<sup>21</sup>. They differ from rules because they do not deontically qualify (as obligatory, forbidden etc.) *specific* facts that realise or cancel out a certain value but *generically* demand this value to be realised in the legal system<sup>22</sup>, and are therefore the *basis* of the rules themselves. In brief, the principles are the *rationes* underlying homogeneous sets of rules, which are in this way legally justified<sup>23</sup>. Let us cite an example limited to the central but not exclusive field of constitutional principles. The principle of formal equality (art. 3, § 1, It. Const. – hereafter: IC) demands *everyone* (legislator, judge, employer etc.) concur to bring about the equal treatment of similar cases *in some way*. This principle therefore justifies various rules: on universal suffrage (art. 4, dpr 361/1957), on the invalidity of dismissal, *inter alia*, for political reasons (art. 4, l. 108/1990), on the crime of the dissemination of ideas based on racial or ethnic superiority or hatred (art. 604-bis, CC), and so on.

<sup>19</sup> LUHMANN, N., 1974: § IV.

<sup>20</sup> GRIFFITHS, J., 2017: 121-125.

<sup>21</sup> On the distinction between principles and rules, see ALEXY, R., 1994: § III.1-2; DWORKIN, R., 1977: §§ II-III.

<sup>22</sup> On the relationship between law and values, see RADBRUCH, G., 2003: 8-20, 34-37, esp. 37 («*Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen*»).

<sup>23</sup> For this conception of principles, see GUASTINI, R., 2011: 173-180; for a more complex conception, see PINO, G., 2016: 76-96.

With regard to the CCP, it has often been said that there is a «principle of free evaluation of evidence» («*principio del libero convincimento*»<sup>24</sup>) but without clarifying the reasons for this morphological conclusion. I will try to identify these reasons<sup>25</sup>. As seen at the end of § 2.1.1, the CCP essentially establishes that, in order to prove every fact relevant to the trial, the judge has to assess the evidence that emerged therein, above all setting out the criteria adopted in doing so (combined provisions art. 187-192, § 1). Furthermore, the CCP does not usually predetermine these evidential criteria, and when it does<sup>26</sup>, it establishes them only to some extent, so that the judge may use alternative criteria to justify his decision (e.g. art. 273, § 3, CCP, presumes that if someone is charged with the crime of mafia association, there are precautionary necessities, unless proven otherwise)<sup>27</sup>. Since the CCP, on the one hand, *does not bind* the judge, establishing *absolute* evidential criteria, on the other hand, it only *requires* the judge to set out his freely chosen criteria, it can be concluded that the CCP recognises the *mandatory freedom* (or autonomy in Kantian terms<sup>28</sup>) of evidential evaluation, which represents the highest evolution of the idea of FEE (see once again § 2.1.1). But this idea is implemented here as the basis for all rules making up the described regime, because the values to which it refers are precisely the values realised by these rules. On the one hand, the rules that specify general judicial freedom from absolute criteria concur to realise the value of *concreteness* of evidential assessment, i.e.: fully taking into account all the aspects of the evidence. On the other hand, the rules that specify the general judicial obligation to state reasons concur to realise the value of *logicality* of evidential assessment, which is fundamentally guaranteed by that obligation. Both realisations, in turn, are demanded by the idea of FEE because they foster the rational ascertaining of the truth of the case, which is the ultimate goal of every kind of judicial proof<sup>29</sup>.

Moreover, the principle of FEE can be conceived as constitutional in nature. With regard to the Italian Constitution, on the one hand, the first component of this principle, the demand for *concreteness*, arises from the principle of *reasonableness*, which has been considered as an expression of the principle of equality provided for in art. 3 IC, and more broadly as the central parameter of constitutional justice

<sup>24</sup> CANZIO, G., 2004: 306; GIULIANI, A., 1997: 143; NOBILI, M., 1974: *passim*. In terms of principle, see also GASCÓN ABELLÁN, M., 2010: 140. Other scholars use different phrases, for example «*regola*» (DANIELE, M., 2009: 167), «*standard*» (TONINI, P., CONTI, C., 2012: 75), «*criterio*» (PALIERO, C.E., 2006: 73), «*canone*» (UBERTIS, G., 2015: 163).

<sup>25</sup> CARLIZZI, G., 2018: 37-46.

<sup>26</sup> DANIELE, M., 2009: 98-106 («*regole di valutazione positiva*»), 123-140 and 147-165 («*regole di valutazione negativa*»).

<sup>27</sup> On the legal presumptions, see GASCÓN ABELLÁN, M., 2010: 123-140.

<sup>28</sup> KANT, I., 1922: 43 («*Jene Unabhängigkeit aber ist Freiheit im negative, diese eigene Gesetzgebung aber der reinen und als solche praktischen Vernunft ist Freiheit im positiven Verstande. Also drückt das moralische Gesetz nichts anderes aus als die Autonomie der reinen praktischen Vernunft. d.i. der Freiheit [...]*»).

<sup>29</sup> CARLIZZI, G., 2019: 67-79; CAPRIOLI, F., 2014: 201-202; FERRER BELTRÁN, J., 2005; HAACK, S., 2014: 27-46; LAUDAN, L., 2006: 1-26; TARUFFO, M., 2009: 74-134; TUZET, G., 2016: 75-79.

(together with the principle of proportionality)<sup>30</sup>. Indeed, given that the principle of reasonableness requires the law to consider all the interests involved in the legally relevant facts, the concreteness of the evidential assessment constitutes a specific form of this due consideration. On the other hand, the second component of the principle of FEE, the demand for *logicality*, arises from the principle of obligation to *state the reasons* for the judicial decision provided for in art. 111, § 6, IC<sup>31</sup>. Indeed, as seen above, this obligation guarantees the logicality of the evidential assessment<sup>32</sup>.

Recognising the fundamental rank of the principle of FEE has important implications. As a constitutional principle, it is addressed not only to the judge, requiring him to reason in a certain way, but above all to the legislator, imposing either the duty to, or the prohibition from, introducing certain rules. On the one hand, the demand for *concreteness* forbids the legislator to establish absolute evidential criteria, and obliges the judge to find for himself criteria of assessment that take into account all the aspects of the evidence as much as possible. On the other hand, the demand for *logicality* obliges the legislator to establish rules to give the evidential evaluation the form of a reasoning, and the judge to follow these rules. All these obligations are relevant, as breaching them leads to a declaration of illegitimacy: in the first case by the Constitutional Court, and in the second by the *Corte di Cassazione*.

### 3. PROOF BEYOND ANY REASONABLE DOUBT

In this paragraph, I will follow the same route as the previous one. Firstly, I will review the main stages of the evolution of the idea of PRD, referring, for the Continental area, to the Italian legal system (§ 3.1). I will then ask whether, in this system, the idea of PRD inspires a legal rule, a regulatory trend, or a legal principle, concluding that it comprises a further constitutional principle of evidential decision in all legal systems that demand the due process of law in criminal trials (§ 3.2).

#### 3.1. Historical evolution

The idea of PRD too was addressed for the first time in English legal culture, later adopted in the American criminal trial, and finally transplanted into the Continental area<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> CARTABIA, M., 2013: 1-2, 8-14.

<sup>31</sup> CANZIO, G., 2004: 303.

<sup>32</sup> The demand for logicality is normally of constitutional rank also in contemporary legal systems where the trier of fact is required to search but not to state the reasons of his evidential judgment (e.g.: in the American criminal trial, where the jury is bound by the judicial instructions on the application of the BARD standard of proof: see § 3.1.2). In particular, in these systems, the constitutional rank of the demand for logicality can be inferred *a fortiori* (*a maiori ad minus*) from the due process of law as a principle that presupposes a demand, the demand for optimal certainty of criminal proof (see § 3.2.4), which is more strict than that for logicality.

<sup>33</sup> On this historical evolution, see CARLIZZI, G., 2018: 51-65.

### 3.1.1. *The English legal context*

Like the idea of FEE, the idea of PRD is a product of English legal culture and a result of the replacement of the ordeal procedure by the jury trial<sup>34</sup>. It arose in the second half of the 16th century, albeit for a goal that is still disputed and under different names<sup>35</sup>. In the first case, while the main thesis is that the idea of PRD emerged to protect the defendant's freedom, a famous scholar has argued that this idea «was originally concerned with protecting the souls of *the jurors* against damnation»<sup>36</sup> and so with preventing them from evading their fundamental duty. Concerning the different names of the idea of PRD, until the end of the 18th century, the requirement that the jury convict the accused only if the charge was fully proven was not labelled «proof beyond any reasonable doubt»<sup>37</sup> but in different ways, especially «*satisfied conscience*»<sup>38</sup>. Despite these latter labels referring to the jurors' internal sphere, they carried no meaning related to intuition or will, because such a meaning was incompatible with moral theology and the Protestant spirit of the time, according to which «the judgment of conscience was a rational decision»<sup>39</sup>.

The idea of PRD assumed a clearly rational stamp only in the 18th century, albeit once again going under different names, above all «*moral certainty*»<sup>40</sup>. In this case, English jurists capitalised on the objections that some philosophers and Protestant thinkers had formulated against two diametrically opposed approaches<sup>41</sup>. The source of inspiration was, on the one hand, John Locke's critique in his *Essay Concerning Human Understanding* (1690) against the sceptical assumption that scientific knowledge is *absolutely* impossible; on the other hand, the polemics in John Wilkins' *Of the Principles and Duty of Natural Religion* (1699) against the Catholic assumption that dogmas of faith are *absolute* certainties. The spirit of both objections was the same, deriving from the *relativistic* warning issued in Aristotle's *Ethics*: «it is the mark of an educated man to look for precision in each class of things just so far as the nature of the subject admits»<sup>42</sup>. With regard to knowledge of human things, this approach made it clear that such knowledge, despite being unable to aspire to the full certainty of mathematical proof, is not even doomed to total uncertainty, being capable of reaching the intermediate level of «moral certainty». This concept was soon adopted by jurists, who were developing what we today call «theory of evidence»<sup>43</sup>,

<sup>34</sup> WHITMAN, J.Q., 2008: 52-53; see also RUGGIERI, F., 2017: 311.

<sup>35</sup> WALDMAN, T., 1959.

<sup>36</sup> WHITMAN, J.Q., 2008: 3.

<sup>37</sup> WALDMAN, T., 1959: 299 («As a result of a study he had made, [Judge] May observed that its first occurrence [...] was in the high-treason cases tried in Dublin in 1798»).

<sup>38</sup> SHAPIRO, B., 1991: 16.

<sup>39</sup> SHAPIRO, B., 1991: 16.

<sup>40</sup> LAUDAN, L., 2006: 33.

<sup>41</sup> WALDMAN, T., 1959: 300-306; see also SHAPIRO, B., 1991: 7-10.

<sup>42</sup> ARISTOTLE, 2009: I, 1094b24.

<sup>43</sup> WALDMAN, T. 1959: 311, 314-315.

in particular by Geoffrey Gilbert, the author of the first significant treatise on the subject: *Law of evidence* (1756)<sup>44</sup>.

### 3.1.2. *The American legal context*

The first use of phrases like «*proof beyond any reasonable doubt*» occurs in some American legal documents dating back to the end of the 18th century<sup>45</sup>. In particular, some scholars referred to the *Boston Massacre Trials* (1770)<sup>46</sup>. The search for a precise definition of the concept of «PRD» began only in the following century. It occurs in a 1850 judgment:

Then, what is reasonable doubt? [...] It is not mere possible doubt; because every thing relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge [...] a certainty that convinces and directs the understanding, and satisfies the reason and judgment, of those who are bound to act conscientiously upon it<sup>47</sup>.

This passage is very interesting, because it weaves in the same web all the threads of the history we are recounting and shows for the first time the stamp of rationality that today characterises the idea of PRD: «evidence», «minds», «moral certainty», «understanding», «reason», «judgement».

In the American legal system, the PRD standard has been further developed along three lines:

A) *the consolidation of its apical rank*. This is grounded in the famous *Winship* judgment of the U.S. Supreme Court (1970)<sup>48</sup>. Given that the nature of the PRD standard was still disputed, this judgment clarified that it is not a mere verbal formula but a fundamental norm dating «at least from our early years as a Nation» and forever considered in the opinions of the USSC as «constitutionally required».

<sup>44</sup> SHAPIRO, B., 1991: 26-27

<sup>45</sup> WIGMORE, J.H., 1940: § 2497 (« [a] precise distinction seems to have had its origins no earlier than the end of the 1700's, and to have been applied at first only in capital cases, and by no means in a fixed phrase, but in various tentative forms»).

<sup>46</sup> NEWMAN, J.O., 1993: 981-982.

<sup>47</sup> LAUDAN, L. 2006: 33. In the above-mentioned definition we note the correspondence between the concepts of «moral certainty» and «proof beyond any reasonable doubt», and therefore their common rational hallmark. Both aspects are also present in the works of some American and English scholars. For example, in Thomas Starkie's influential *Practical Treatise on the law of Evidence* (1824), which contains some distinctions that are typical of the doctrine of PRD and still current in the lexicon of its scholars (e.g. «moral certainty/metaphysical certainty»; «reasonable doubt/fanciful suppositions»; «exclusion of every reasonable doubt/preponderance of assent»): see SHAPIRO, B., 1991: 35-36.

<sup>48</sup> *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

More specifically, the real virtue of the 1970 judgment is that it made explicit for the first time the «cogent reasons» for the apical rank thesis. Briefly, the PRD standard best guarantees the basic interests enshrined in the criminal trial («good name and freedom» of the defendant, «moral force of the criminal law») and arises from the constitutional Due Process Clause. The underlying ideology is that «it is far worse to convict an innocent man than to let a guilty man go free».

B) *the extension of its scope*. The PRD standard has gradually become a general evidential requirement in the criminal trial, working not only for the proof of the case, but for «every element of the offence, as well as for the circumstances influencing the penalty»<sup>49</sup>; *mens rea*<sup>50</sup>, absence of self-defense in first-degree murder<sup>51</sup> and aggravating circumstances<sup>52</sup>. But there is more to it than this. The same standard has been applied also in practical terms in order to establish procedural rules, namely that «the State cannot [...] compel an accused to stand trial before a jury while dressed in identifiable prison clothes»<sup>53</sup>.

C) *the formulation of instructions for its application*. This has proven to be the most problematic aspect of the PRD standard<sup>54</sup>. Indeed, intuitively understanding this psychological state is of little use if the conditions for achieving it are not clear. In the American legal system the problem is not purely theoretical. Given that the judge has to instruct the jurors on these conditions, if he gives inappropriate instructions, the Supreme Court may quash the judgment. The trial judges usually define the PRD standard either in quantitative or in qualitative terms. The quantitative model was adopted describing reasonable doubt as a probability of guilt equal to or less than «seven and a half»<sup>55</sup> or «95%»<sup>56</sup> (so that these thresholds have to be exceeded for the conviction). The qualitative model was followed defining reasonable doubt as a «doubt [which] give[s] rise to a grave uncertainty [...] an actual substantial doubt»<sup>57</sup>, «a doubt for which you give a reason»<sup>58</sup> or «a serious or strong or substantial well-

<sup>49</sup> STELLA, G., 2003: 182

<sup>50</sup> *Rose v. Clark*, 478 U.S. 570 (1986).

<sup>51</sup> *Moran v. Ohio*, 469 U.S. 948 (1984).

<sup>52</sup> *Jones v. United States*, 526 U.S. 227 (1999).

<sup>53</sup> *Estelle v. Williams*, 425 U.S. 501 (1976), which states these reasons: «Jurors required by the presumption of innocence to accept the accused as a peer, an individual like themselves who is innocent until proved guilty, may well see in an accused garbed in prison attire an obviously guilty person to be recommitted by them to the place where his clothes clearly show he belongs».

<sup>54</sup> For a criticism of some definitions of «PRD», see LAUDAN, L., 2006: 5-15 («that Security of Belief Appropriate to Important Decisions in One's Life»; «the Sort of Doubt that Would Make a Prudent Person Hesitate to Act»; «an abiding conviction of guilt»; «Doubt for Which a Reason Could be Given»; «High Probability»); NEWMAN, J.O., 1993: 982 («a doubt which would cause a reasonable person to hesitate to act in a matter of importance in his or her personal life»).

<sup>55</sup> *McCullough v. State*, 657 P.2d 1157 (S.C. of Nevada, 1983), in critical terms.

<sup>56</sup> *United States v. Schipani*, 289 F.Supp. 43, 57 (E.D.N.Y., 1968).

<sup>57</sup> *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990).

<sup>58</sup> *Adams v. South Carolina*, 464 U.S. 1023 (1983).

founded doubt»<sup>59</sup>. In such a confused situation, one scholar<sup>60</sup> believed he had found a solution in § 1096 of the Penal Code of California, which defines reasonable doubt and was applied in the famous O.J. Simpson trial. Beyond the usefulness of this kind of formula, the latter is a very modest sign of progress, as it echoes the above-mentioned formula of the 1850 trial.

### 3.1.3. *The Italian legal context*

The idea of PRD entered Italian law very late<sup>61</sup>. It was initially alien to the main procedural criminal systems of the 19th and 20th centuries because of the lack of any obligation to state the reasons of the judicial evidential decision (Code of Kingdom of Italy of 1807), the vagueness of any such obligation (Bourbon Code of 1819), the attribution of the evidential decision to a jury without receiving actual instructions on this point (from 1848 to 1913), and lastly because of the ideological refusal of the presumption of innocence (Criminal Code of Procedure of 1930<sup>62</sup>). After the entry into force of the 1948 Constitution, some scholars argued that the idea of PRD had become a fundamental rule of the Italian criminal trial even though this rule was not established in the CCP until 2006. In this respect, the main argument was that this rule implemented, *inter alia*, the presumption of innocence as established in art. 27, § 2, IC<sup>63</sup>, and recognised in many international legal documents: Universal Declaration of Human Rights of 1948 (art. 11, § 1), European Convention on Human Rights of 1950 (art. 6, § 2), International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 (art. 14, § 2); a special mention is due to the Statute of the International Criminal Court, which expressly provides for the rule of PRD (art. 66, § 3). All remaining doubts regarding the existence of the PRD rule in the current CCP were overcome with the 2006 reform, which reformulated art. 533, § 1, in the following terms: «The judge convicts if the defendant is proven guilty of the alleged offence beyond any reasonable doubt».

### 3.2. Theoretical outlines

Like that of the idea of FEE, the legal nature of the idea of PRD is still disputed. I will address this problem applying the same model followed in the theoretical review of the idea of FEE. In other words, I will focus on the Italian legal system and try to

<sup>59</sup> *Butler v. South Carolina*, 459 U.S. 932 (1982).

<sup>60</sup> STELLA, G., 2003: 200-201.

<sup>61</sup> INCAMPO, A., SCALFATI, A., 2017

<sup>62</sup> GARLATI, L., 2012: 182-183.

<sup>63</sup> See, for example, CANZIO, G., 2018: 14; CATALANO, E.M., 2016: 43-44; GAROFOLI, V., 2010: 1034; PALIERO, C.E., 2006: 73; STELLA, F., 2003: 212-216; UBERTIS, G., 2015: 175-176. On this conception, in critical terms, see CAPRIOLI, F., 2009: 52, 91.

ascertain the legal nature that the idea of PRD has there, considering my findings valid for all similar legal systems.

In the abstract, this idea too could be conceived as inspiring a single rule, a regulatory trend or a principle. With regard to the Italian CCP, the first conception may be followed due to the existence of the above-mentioned art. 533, § 1, which expressly provides for the PRD standard and has been categorised as a rule of decision. As I'm going to show, this conception is correct but narrow, as is the thesis that the idea of PRD is a mere regulatory trend.

In this respect, other scholars and judgments speak of a «principle of reasonable doubt»<sup>64</sup> but without explaining or justifying this morphological thesis. Furthermore, it is still disputed whether this principle is of constitutional rank. The following reflections will try to shed light on these uncertainties<sup>65</sup>.

### 3.2.1. *The idea of PRD as source of a principle*

The historical evolution and the judicial and doctrinal conceptions of the idea of PRD show that it has always been functional to the same need. Modern legal systems are aware that the criminal trial involves supreme interests (of the defendant, the administration of justice, and in some ages even the trier of fact)<sup>66</sup>, and that trying the fact can never lead to a perfect ascertainment of truth<sup>67</sup>. Therefore, they have chosen the most rigorous discipline for this ascertainment, namely that of proof beyond any reasonable doubt. This conviction was shared irrespective of the type of trial system in place: the central value is the same in both common law and civil law culture. I propose to call this value «optimal certainty» of criminal proof, which presupposes the *best possible* justification of the proposition «the defendant has committed the fact» and implies that «it is proven that the defendant has committed the fact»<sup>68</sup>. Optimal certainty is neither the preponderant probability of the civil trial nor the absolute certainty of mathematics<sup>69</sup>. It is rather both the minimum to which the criminal proof has to aspire and the maximum compatible with the limits of historical knowledge.

As a *general* demand for realising a *value*, the idea of PRD underpins an *open* set of prescriptions, a set that includes rules of decision, such as art. 533, § 1, CCP, but is not limited to them (see § 3.2.2). This «*axiological exuberance*» characterises the legal principles, and is thus the reason why the idea of PRD constitutes the «principle of proof beyond any reasonable doubt» (hereafter: «principle of PRD»).

<sup>64</sup> CATALANO, E.M., 2016: 43-44; CONTI, C., 2006: 89, 111, 115.

<sup>65</sup> CARLIZZI, G., 2018: 79-99.

<sup>66</sup> FERRAJOLI, L., 2000: 193-196.

<sup>67</sup> FERRAJOLI, L., 2000: 24-36.

<sup>68</sup> For the (correct) thesis that «it is proven that P» means “there are enough reasons to believe that P», see FERRER BELTRÁN, J., 2005: § 1.3.

<sup>69</sup> On the standard of proof, see CHOO, A. L-T., 2018: 44-52; FERRER BELTRÁN, J., TUZET, G., 2018: 455-462; VÁSQUEZ ROJAS, C., 2013.

### 3.2.2. *The Italian version of the logic of proof beyond any reasonable doubt*

The axiological exuberance of the principle of PRD emerged above all in Italian law due to some judgments handed down by the *Corte di Cassazione*, which gave rise to a specific «Italian version of the logic of PRD»<sup>70</sup>. More specifically, it became apparent in two respects. On the one hand, in the very famous *Franzese* judgment<sup>71</sup>, the United Sections of the Court, in addressing the problem of ascertaining the causal relationship in the criminal trial, clarified that the PRD standard is connected not only to a rule of *decision* but above all to a set of *guidelines* for the *evaluation* of evidence (arts 192 and 546 CCP).

The axiological exuberance of the principle of PRD has emerged not only in the above-described terms, namely implying a specific evidential reasoning, but also in a further respect. According to the *Dasgupta*<sup>72</sup> and *Patalano*<sup>73</sup> judgments of the United Sections of the *Corte di Cassazione*, if the Appeal Court intends to overturn an acquittal because of a different evaluation of the reliability of the defense witnesses compared to that of the prior judge, it is obliged to re-examine the witnesses, as this is the only way to prove guilt beyond any reasonable doubt. The stance of the *Corte di Cassazione* has significant implications as it confirms that the idea of PRD has not only an *epistemic* but also a *practical* application. In other words, the idea does not guide only the *knowledge* of the trier of fact, namely the methods for *ascertaining* the case, but also his *action*, prescribing a specific *behavior*, namely the re-examination of the defense witnesses. This prescription was so in line with the adversarial framework of the CCP, that it was ultimately incorporated into it (art. 603, § 3 *bis*, introduced by l. 103/2017).

In summary, in Italian law the idea of PRD is acknowledged as a principle, which can be called the *principle of PRD*. As the general demand for *optimal certainty* of criminal proof, it is not a specific rule but requires the introduction of rules that concur to realise this value, and so justifies these rules. In particular, in the wake of the *Corte di Cassazione*, it can be concluded that the idea of PRD does not underlie only the *epistemic* rule of *decision* found in art. 533, § 1, CCP, but also the *epistemic* guidelines for the evidential *evaluation* that can be inferred from arts 192 and 546 CCP, and the *practical* rule that has been introduced in art. 603, § 3 *bis*, CCP. Moreover, the principle of PRD is valid not only in the Italian criminal trial system but in every legal system that in some way demands the optimal certainty of criminal proof.

<sup>70</sup> For this phrase («*versione italiana della logica BARD*»), see CARLIZZI, G., 2018: 88, 104.

<sup>71</sup> *Corte di Cassazione, Sezioni Unite*, 11 September 2002, *Franzese*.

<sup>72</sup> *Corte di Cassazione, Sezioni Unite*, 6 Jul 2016, *Dasgupta*. See LUPÀRIA, L., BELLUTA, H., 2017: esp. 155-157.

<sup>73</sup> *Corte di Cassazione, Sezioni Unite*, 14 Apr 2017, *Patalano*. See LUPÀRIA, L., BELLUTA, H., 2017: esp. 158-159.

### 3.2.3. Methodological implications of the principle of PRD

Although they have led to these conclusions, the illustrated opinions of the *Corte di Cassazione* do not constitute a point of arrival but only a point of departure in the doctrine of PRD. In particular, these opinions leave open two fundamental issues. We must firstly illustrate the model arising from both above-mentioned epistemic rules of evaluation and decision, and secondly show whether the principle of PRD is of constitutional rank and therefore binding not only on the judge but also the legislator.

The first issue, concerning *what* the judge has *to do to prove* the case beyond any reasonable doubt, can be resolved adapting the epistemological model of eliminative induction. According to this model, thought up by Francis Bacon, developed by John Stuart Mill, and adopted by many contemporary theorists of evidence<sup>74</sup>, « [t]he hypothesis that best resists our most concerted efforts to eliminate it, as well as any other hypotheses, is the one in which we should have increasing confidence »<sup>75</sup>. Therefore, I argue that the principle of PRD implies a rule of evaluation and a rule of decision that prescribes a specific *methodology of reasoning*<sup>76</sup>. In particular, the *rule of evaluation* requires the judge to:

A) deduce *all* the elements that are normally present when facts like the case occurs (the so-called «*damning evidence*»), and establish which of these elements actually emerged during the trial and how relevant the presence of each of them is;

B) deduce *all* the elements that are normally not present when facts similar to the case occur (the so-called «*rebuttal evidence*»), and establish which of these elements are lacking and how relevant the absence of each of them is;

C) reason in this dual way with regard to *all* the alternative hypotheses to the charge that have actually been formulated by the defence or can be formulated on the basis of the evidence (the so-called «*counterhypotheses*»).

For example, if the defendant Tom is accused of furiously stabbing Dick, the lover of his wife Mary, in his own home, for reasons of jealousy, the judge will have to establish whether:

a) one or more neighbours heard Tom threaten Dick at that time, Tom had discovered or at least suspected the relationship between Dick and Mary, Tom left his fingerprints on the knife that was used to kill Dick, and so on (*damning evidence*);

b) Tom had already applied for separation to marry another woman; Tom had a physical inability that stopped him moving with agility, and so on (*rebuttal evidence*);

<sup>74</sup> ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING, W., 2005: 257-261; COHEN, J.L., 1977: esp. 245-264; ROBERTS, P., ZUCKERMAN, A., 2012: 258-265; FERRER BELTRÁN, J., 2012: 152-156; GASCÓN ABELLÁN, M., 2010: 154-167. For a more rigid model, see FERRAJOLI, L., 2000: 123-132.

<sup>75</sup> ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING, W., 2005: 257.

<sup>76</sup> On the «criminal standard as reasoning procedure», see also ROBERTS, P., ZUCKERMAN, A., 2012: 258-265.

c) given that Tom's defence lawyer has countered that Dick's killer was Mary, the clothes that she was wearing when the police arrived on the crime scene were stained with Dick's blood; given that the bloodstains of another man were found on the crime scene, so that it could be supposed that he killed Mary, the neighbours provided information on the presence of a third man in Tom and Mary's home at the time of the crime, and so on (*counterhypotheses*).

The model of evidential *evaluation* described is connected with the principle of PRD because it ensures that the judge scrutinises the evidence with the most rigorous and complete care, and therefore contributes to the optimal certainty of the criminal proof. Indeed, the judge has to consider, on the one hand, *all* the elements and hypotheses relevant to ascertain the case, not only the elements that have been presented by the prosecutor; on the other hand, *all* the counterhypotheses that can be formulated on the basis of the evidence, not only the counterhypothesis proposed by the defence lawyer (who may also remain inactive).

Nevertheless, such a reasoning is not enough to reach the optimal certainty of criminal proof. It is precisely in this that the principle of PRD implies a *rule of decision* requiring a specific methodology of reasoning, as does the rule of evaluation<sup>77</sup>. This rule, addressed once again to the judge, may be formulated in the following terms: «convict if and only if:

A) the vast majority of the most relevant damning elements are present and the absence of all the others can be congruently explained;

B) the vast majority of the most relevant rebuttal elements are lacking and the presence of all the others can be congruently explained;

C) all the alternative hypotheses to the charge are actually lacking in supporting evidence and/or discredited by counterevidence».

Returning to the example of the murder for reasons of jealousy, conviction will be justified beyond any reasonable doubt if, *in effect*, among other things:

a) many neighbours heard Tom threaten Dick; Tom had discovered the relationship between Dick and Mary;

b) Tom had already applied for separation but only subsequent to this discover; Tom had no physical impairment;

c) Mary's clothes were not stained with Dick's blood; the third man's bloodstains were present before the time of the crime.

The definition of the concept of «PRD» arising from the above-mentioned rule of decision is highly significant. Indeed such a definition, being *methodological*<sup>78</sup>, is *informative* and not purely *tautological*, unlike the *substantial* definition that is current

<sup>77</sup> The distinction between rules of evaluation and rules of decision is current in the Italian legal scholarship: see FERRUA, P., 2017: 54-55, 100-101; UBERTIS, G., 2015: 158-161, 162-167.

<sup>78</sup> In Italy, a similar approach to the PRD is followed by CANZIO, G., 2004: 306-308; CATALANO, E.M., 2016: 89-101; CONTI, C., 2012: 6-7, 8, 12-13.

in Anglo-American legal culture and refers to a vague state of mind of the fact finder (see § 3.1.2, for the similar definitions of the 1850 judgment, and § 1096 of the Penal Code of California: «It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction of the truth of the charge»).

### 3.2.4. Constitutional relevance of the principle of PRD

The issue of the *constitutional rank* of the principle of PRD remains. I propose a solution by developing an argument that is merely touched upon in the above-mentioned *Winship* judgment (§ 3.1.2.A), namely the connection between the principle of PRD and the Due Process Clause<sup>79</sup>. In the Italian Constitution this clause is found in art. 111, § 1, whereby «Jurisdiction is implemented through due process regulated by law». The *principle of due process* can be specified in two principles, which both serve to reach a fair decision, namely a decision that is right because it takes into account all the interest involved in the process<sup>80</sup>.

The first principle, which can be (and is) called the «*principle of fair trial*»<sup>81</sup>, is practical and demands the implementation of all *procedural* forms necessary to reach a right decision. Art. 111, §§ 3 and 4, lists the main forms of this type applicable to the criminal trial, namely the right of the defendant to:

- i) be promptly and confidentially informed of the nature and reasons for the charges brought;
- ii) have adequate time and conditions to prepare a defense;
- iii) cross-examine or have cross-examined the persons making accusations before a judge;
- iv) summon and examine persons for the defence on the same terms as the prosecution;
- v) produce all other evidence useful for the defence;
- vi) be assisted by an interpreter in the event that he or she does not speak or understand the language used in the proceedings;
- vii) be tried in adversarial process<sup>82</sup>.

The second principle, which can be called the «*principle of fair reasoning*», is epistemological and demands the implementation of all *epistemic* forms necessary to

<sup>79</sup> ORTH, J.V., 2003.

<sup>80</sup> On the distinction between fairness of the trial («*giustizia del processo*») and fairness of the decision («*giustizia della decisione*»), see FERRUA, P., 2005: 67-71.

<sup>81</sup> On the fundamental principle of fair trial, see McDERMOTT, Y., 2016 (International legal context); GOSS, R., 2016 (European Convention on Human Rights); BODENHAMER, D.J., 1991 (USA); CLAYTON, R., TOMLINSON, H., 2010 (English law); FERRUA, P., 2005 (Italy).

<sup>82</sup> On these guarantees, see FERRUA, P., 2005: 24-167.

reach a right decision. These forms are not expressly provided for in art. 111 IC, so they must be identified through its analysis. Given that the main epistemic judicial activities are to interpret the law and to prove the case, the principle of fair reasoning demands the implementation of all forms necessary for a right interpretation (*principle of fair interpretation*) and a right proof (*principle of fair proof*).

Regarding the latter demand, which is the most significant for our present goals, the right proof is the appropriate ascertainment of the truth, namely the resolution of the factual question according to a *method* and a *standard* that fulfil all the interests involved in the trial. Briefly, the principle of fair proof requires the implementation of a proportional regulation of evidential reasoning. But this is exactly what the *principle of PRD* (or of optimal certainty of the criminal proof) requires with regard to the criminal trial. It can therefore be concluded that the second principle is a specification of the first and, in the same way, is of constitutional rank.

To demonstrate that the regulation of evidential reasoning required by the principle of PRD for the criminal trial is proportional, we must examine and apply the model of the judgment of proportionality<sup>83</sup>. According to this model, which has been adopted by the Constitutional Courts of several countries, a legal regulation is proportional if it:

- A) pursues a constitutionally significant goal (legitimacy);
- B) is able to reach this goal (suitability);
- C) is not, among the different regulations equally capable of satisfying the interests underlying that goal, the most detrimental to other interests involved in the same regulation (necessity);
- D) brings the interests of the first order advantages at least equal to the disadvantages brought to the interests of the second (proportionality *stricto sensu*).

It is possible to apply this model to the regulation of evidential reasoning required by the principle of PRD. This regulation is proportional because it:

- a) pursues a goal (the best possible ascertainment of truth) that is constitutionally significant, as it is the best form of the goal pursued by the fundamental principle of fair proof;
- b) is able to reach this goal, given that it requires the highest degree of precision on the epistemological level;
- c) is not, among the different regulations that are *equally* capable of satisfying the interests underlying said goal (esp. the defendant's freedom, dignity and peace of mind), the most detrimental to the other interests involved in it (the public expectation that crime be punished and prevented, as well as the efficient administration of justice). In fact, the regulation of PRD, imposing the best possible ascertainment of

---

<sup>83</sup> On this model, see BARAK, A., 2012: 243-370. See also ALEXY, R. 2012: 133-137; CARTABIA, M., 2013: 4-8.

truth, is the *best able to* guarantee the goods of the defendant, so that, in this respect, no other regulation can be compared to it;

d) brings the interests of the first order advantages that are not simply equal but even greater than the disadvantages brought to the interests of the second order. In fact, the discipline of PRD is ambivalent. On the one hand, *minimising* the risks of unjust convictions, it safeguards the innocent defendant, but on the other hand, *maximising* the risks of unjust acquittals, it penalises the interests of the community and any victim of the crime. However, the advantages for the defendant outweigh the disadvantages for the community and any victim. Indeed, while the damages suffered by an innocent person wrongly convicted are always enormous and not erasable (variously: limitation of personal freedom, social stigma, dismissal from job, loss of familiar serenity, and so on), the same conclusion does not hold for the inconvenience arising from the erroneous acquittal, first for the community (crime generating a sense of impunity, which nevertheless appears mostly in those already inclined to commit crimes), and second for any victim of the crime (whose needs are often only partially and temporary frustrated, because they can be transferred as claims for damages to the civil trial, with a less rigorous standard of proof, namely the «preponderance of evidence»). It is probably such a logic of proportionality that underlies the famous protective slogan «It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer» (so-called «Blackstone's *ratio*») <sup>84</sup> and analogous ones <sup>85</sup>.

Recognising the fundamental rank of the principle of PRD has similar implications to those of the principle of FEE, namely obligations relevant not only for the judge but also for the legislator. For both subjects it is possible to distinguish two aspects of this binding effect: *epistemic* and *practical*. Regarding the former, the legislator has to provide, and the criminal judge to apply or make explicit, *methods of evaluation* and *standards of decision* that will contribute to the optimal certainty of the criminal proof. Regarding the latter, the legislator has to establish, and the criminal judge to implement or extract from the legal system, *procedural* rules for the best possible ascertainment of the truth. Failure to do so leads also in this case to the illegitimacy of either the statute or the judgment.

#### 4. “*IUDEX PERITUS PERITORUM*”: AN AMBIGUOUS PHRASE

Albeit not lacking in the past, the main problem of scientific evidence, namely that of the relationship between judges and experts, has taken on particular significance only recently, as a result of scientific and technological advances. This problem has customarily been addressed using the formula «*iudex peritus peritorum*», which is

<sup>84</sup> BLACKSTONE, W., 1893: 358.

<sup>85</sup> Many of these slogans, which propose either a quantified (4:1, 5:1, 9:1, 100:1, 1000:1) or an undetermined («a few», «some», «several», «many», «a considerable amount», «a goodly number») ratio, are quoted and examined in VOLOKH, A., 1997: esp. 174-177, 182-185.

ambiguous, as it is unclear to which question it provides an answer<sup>86</sup>. In short, what does it mean to say that the judge is the expert of experts? That he is free to both *identify* and *apply* for himself the scientific principle necessary to resolve a specialist question of fact? Or that only he can *apply* this principle? Or that he is anyway authorised to *reject* the conclusions of the experts heard at trial? Or something else?

This bundle of questions have to do with the «paradox of expert testimony» illustrated in the introduction above. As mentioned, in order to establish whether this paradox is real or only apparent, I shall review the possible judicial approaches to the role of experts at trial<sup>87</sup>. This review, which will rely on some recent and significant Italian criminal judgments, rests on a fundamental premise. As the role of *peritus peritorum* assumed by the judge means having logical supremacy, namely imposing his judgement over that of the experts, this supremacy can manifest itself in two fundamental attitudes: closed or open.

#### 4.1. Closed attitudes on the part of the judge

The judge can have three kinds of closed attitude towards experts. First of all it must be clarified that this closure is revealed as either opposition or indifference to the experts. In the case of *opposition*, the judge overrides the opinion of an expert summoned to trial with his own without developing any epistemological critique of the opinion. In the case of *indifference*, on the other hand, the judge does not feel the need for the presence of an expert at the trial and directly assumes this role himself. In both cases, the result is the same: the possible contribution of the expert is not taken into account. For this reason I will disregard the distinction below.

The judge is a *peritus peritorum* with a closed attitude when he behaves as an «apprentice judge», a «popularising judge» or a «land-surveyor judge»<sup>88</sup>. All three approaches are consistent with the *PFE's first requirement*, that of concreteness, since the evidential criterion is freely chosen or applied by the judge. But none of them is consistent with the *PFE's second requirement*, that of logicity, since the evidential criterion is either not at all scientific or not applied in accordance with scientific methods. Therefore, none of the three approaches is consistent with the *PRD* either, which demands the most rigorous application of scientific criteria.

<sup>86</sup> CARLIZZI, G., 2019: 49-79.

<sup>87</sup> On this role, see VÁZQUEZ ROJAS, C., 2015: esp. 25-57, 149-194, 211-263. On the other hand, for a list of the ways that science works as a «bad teacher» («*cattiva maestra*») in the trial (bad science, good science applied badly, good and well-applied science improperly used), CAPRIOLI, F., 2008: 3525-3535.

<sup>88</sup> CARLIZZI, G., 2019: 51-60.

#### 4.1.1. *The apprentice judge*

Firstly, the judge can assert the scientific validity of an evidential criterion that is only a precipitate of common sense, or even a vague stereotype. This is the image of the apprentice judge, who struggles to establish specialist evidential criteria by himself.

An example of this attitude is offered by a judgment of the Court of Appeal of Milan handed down on 9th November 2012. In a prior trial, a woman pleabargained for robbery (art. 628, § 2, CC). Later, in two further trials, where she was accused of stealing credit cards and identity cards in order to swindle a number of storekeepers, the woman was found to be a kleptomaniac by two psychiatrists. Therefore, the woman's lawyer demanded the Court of Appeal of Milan review the plea bargain judgment. The Court of Appeal of Milan rejected the demand, because it argued, at odds with the opinions of the psychiatrists, that the ability to plan shown by the woman was incompatible with the typical impulsivity of the kleptomaniac. The *Corte di Cassazione* dismissed the application presented against the judgment of the Court of Appeal, asserting that the judge as a *peritus peritorum* can disagree with the expert conclusions, provided that he states his reasons<sup>89</sup>.

The judgment of the Court of Appeal clearly exemplifies the attitude of the apprentice judge. At the time of the trial, the most prominent reference manual on psychiatric assessment (Diagnostic and Statistical Manual on Mental Disorders-4-TR) defined kleptomania on the basis of specific symptoms, and the ability to plan was not included among these symptoms (redundancy of the theft; increasing sense of tension immediately before committing the fact; relief at the time of this committing; and so on). In short, the judgment of the Court of Appeal seems to have relied on a pseudoscientific definition that was invented by the judge starting from the stereotype of the kleptomaniac as an impulsive agent.

#### 4.1.2. *The popularising judge*

Secondly, the judge can use a specialist criterion consulting official sources that, instead of establishing a nomological connection between problematic phenomena, provide either simplified versions of scientific laws or generic accounts. In both cases emerges the image of the popularising judge, who trivialises and sometimes even distorts the specialist discourse.

This trivialising approach can be found in a decision of the Court of Appeal of Bari handed down on 28th March 2014. The defendant was originally convicted for having induced an old lady to donate him some of her property, and therefore for «circumvention of an incapable» (art. 643 CC). Indeed, the expert present at trial had established, relying on extensive documentation and examining the old lady,

<sup>89</sup> *Corte di Cassazione*, Sect. II, 11 December 2013, *Mosca*.

that she suffered from senile dementia. The Court of Appeal, relying principally on the entry for «Dementia» in the *Dizionario di medicina Treccani*, considered the expert opinion «a result of suppositions and hypotheses but not of actual ascertainment» and therefore overturned the conviction. The *Corte di Cassazione* reversed the order of acquittal of the Court of Appeal, arguing that it arose from an erroneous conception of the judge as *iudex peritus peritorum*<sup>90</sup>.

The *Corte di Cassazione*'s criticism captures the image of the popularizing judge well. The above-mentioned entry for «Dementia», on the one hand, having been drafted with the help of psychiatrists, does not echo mere stereotypes but, on the other hand, serving to satisfy the layman's general need for information, represents only the popular version of the real specialist definition of «Dementia».

The second form of judicial popularisation, namely the distorting approach, which consists in transforming a simple specialist account of disputed phenomena into an actual scientific law, occurred in a judgment of the Court of Appeal of Turin, handed down on 28th November 2012. The court of first instance convicted almost all the defendants, who had worked as directors of an electricity plans in the course of several years, for aggravated multiple murder (art. 589, § 2, CC). The defendants were charged with not ensuring the absence of asbestos in the workplace, and therefore with not preventing the death from pleural mesothelioma of a number of workers between 2003 and 2006. Two facts were proven: that asbestos can cause mesothelioma, and that the victims contracted this illness under the direction of one of the defendants in the early stages of their work. Therefore, the main evidential question was whether the victims' exposure to asbestos in the subsequent stages of employment, under the direction of other defendants, could be considered to have accelerated the development of the illness and thus led to early death (the so-called «question of the acceleration-effect»). The Court of Appeal of Turin, contrary to the opinions of all the experts heard during the trial, reversed the conviction of the court of first instance, establishing that if, *in abstract*, it could be argued that further exposure of an ill worker to asbestos can lead to his early death due to mesothelioma, *in concrete*, there were insufficient elements to prove this is precisely what happened in the case of the deceased workers. The *Corte di Cassazione*, in turn, objected that the Court of Appeal based the abstract hypothesis of the acceleration-effect on a document, the 2011 *Consensus conference*, which referred only to «the ratio between the illness and the dose» of asbestos<sup>91</sup>.

The latter remark illustrates the specificity of this kind of popularisation: the judge not only simplified a complex specialist discourse like that of the *Consensus conference* but also ascribed to it a nomological guise that it did not claim to assume. In brief, here the judge trivializes the specialist discourse through a distortion.

<sup>90</sup> *Corte di Cassazione*, Sect. II, 12 February 2015, *Renna*.

<sup>91</sup> *Corte di Cassazione*, Sect. IV, 27 February 2014, *Negrone*.

### 4.1.3. *The land-surveyor judge*

Thirdly, a judge can use criteria that are effectively shared by an expert community but are also so complex that they require special competence to apply. This approach matches the image of the land-surveyor judge, who delineates the perimeter of the specialist criteria for himself.

An example of this approach is the judgment of the Court of Appeal of Caltanissetta handed down on 21st May 2015. The defendant, who was twice submitted to an alcohol test, a couple of hours after causing a road accident, was initially found to have a blood alcohol level of 1.49 grams per litre (g/l), and shortly after 1.35 g/l. It had to be proven whether his blood alcohol level was above the threshold of 1.50 g/l at the moment of the accident, because this excess is a constitutive element in the crime of drunk driving according to art. 186, § 2, lett. c, Italian Highway Code (hereafter: HC). The Court of Appeal confirmed the conviction of the lower court, applying – without the help of an expert – a theory, the so-called «Widmark-curve», widely accepted in the scientific literature. This is the central passage of the Court's reasoning:

it is known that the concentration of alcohol, which increases between 20 and 60 minutes after intake (the so-called «Widmark-curve»), falls after reaching the maximal absorption peak during this interval of time. Therefore, there is no doubt that the [levels resulting from the above-mentioned measurements], which marked the evolution of the defendant's alcohol level and resulted just below the threshold of 1.50 g/l, are able to prove that this threshold had been crossed while he was driving.

In brief, given that the ascertained alcohol levels were close to the threshold of 1.50 g/l, and given that this measurement was made while the level of alcohol in the blood was falling, the Court of Appeal concluded that before the measurement was taken –more specifically while driving– this threshold had been passed, albeit only slightly. The *Corte di Cassazione*, however, disagreed with this conclusion, considering it in conflict with the obligation of the judge to be a «user and not producer of scientific laws»<sup>92</sup>.

The latter stance can certainly be shared. In the case of the Court of Appeal, judicial arbitrariness is manifest not as a «free establishing» but as a «solitary implementing» of a scientific criterion (above all in the form of an intuitive calculation). Indeed, in the toxicological literature, the theory of the Widmark-curve is widely acknowledged in explaining and quantifying the absorption of alcohol in the blood. Nevertheless, this theory implies a mathematical function that is rich in numerical and non-numerical variables (concerning, for example, the quantity of alcohol ingested, the time elapsed from the moment of ingestion, the concomitant ingestion or otherwise of alcohol and food and so on), whose quantification and co-ordination requires specialist competence.

---

<sup>92</sup> *Corte di Cassazione*, Sect. IV, 21 April 2016, *Lo Porto*.

## 4.2. Open attitudes on the part of the judge

The judge can also play the role of *peritus peritorum* displaying openness towards scientists or technicians. This happens in two situations: when he behaves either as a receptor judge or as a gatekeeper judge. In both situations, which I review here separately, there is at least one expert present at trial, and the judge takes his opinion into account.

The judge is a *peritus peritorum* with an open attitude when he behaves as a «receptor judge» or a «gatekeeper judge»<sup>93</sup>. In the first case, the judicial approach is not consistent with the *PFE*, since the judge lets uncritically the expert impose the evidential criterion, so it is not consistent with the *PRD* either. In the second case, the judicial approach is consistent with both *PFE* and *PRD*, since the judge shares the expert opinion only after seriously scrutiny it.

### 4.2.1. The receptor judge

The judge can first of all refer to the conclusion of the expert and share it merely as a matter of common sense. In this case, the judge questions neither whether the criterion proposed by the expert is widely recognised, nor whether the expert has used it correctly. This approach gives rise to the image of the judge receptor, who ratifies the specialist opinions in a substantially uncritical way.

An example in this regard is the judgment of the *Corte di Assise di appello* of Naples handed down on 11th December 2012. The defendant was charged with murder (art. 575 CC) for killing a local surveyor whom he suspected had plotted against him. While the defence sustained that the defendant suffered from a psychosis implying total mental incapacity, the court of first instance shared the psychiatrist's conclusion that he was only partially incapable on account of his paranoia. The *Corte di Assise di appello* followed the opinion of the lower Court, simply highlighting «the extreme precision and completeness» of the expert report, its «full adherence to the [defendant's] anamnesis» and that it was the result of a «careful and thorough investigation» of his personality. The *Corte di Cassazione* confirmed this *modus procedendi*, specifying that the judge who states his reasons can «merely recall the evaluations and conclusions of the expert shared by [him] »<sup>94</sup>.

This argument illustrates what it means for the judge to consider expert opinions in a receptive way. In fact, the *Corte di Cassazione* strives to enrich the requirement of «merely recalling», demanding it be based on an «ongoing observation of the [defendant] » and «correct scientific criteria». Nevertheless, this requirement is too vague and thus cannot be considered truly binding. Therefore, the judicial decision will not rely on the ascertainment of epistemological reliability but the pure reasonableness of the expert's opinion.

<sup>93</sup> CARLIZZI, G., 2019: 60-79.

<sup>94</sup> *Corte di Cassazione*, Sect. I, 14 November 2013, *Araci*.

#### 4.2.2. *The gatekeeper judge*

Lastly, the judge can establish whether (and possibly which of) the opinions of the scientists and technicians present at trial are worthy of acceptance, only after ascertaining some requirements for epistemological reliability. In this case, he behaves as a gatekeeper judge who examines precisely and completely the nomological and implementing opinions of the experts during the cross-examination.

In Italy, the first to develop a model for this kind of ascertainment is a judgment of the *Corte di Cassazione*<sup>95</sup>, which has been often compared<sup>96</sup> to the famous *Daubert* judgment of the U.S. Supreme Court (see § 5.2.1). The first judgment is also known as «*Cozzini*», by the name of the main defendant, an engineer who assumed the direction of a railway workshop containing asbestos dust in 1976. One of the maintenance men, who worked there between 1971 and 1982, discovered in 2003 that he was suffering from pleural mesothelioma and died the following year from this illness. In the subsequent trial, only two facts were undisputed: on the one hand, that the mesothelioma has a multistage pathogenesis, consisting in a degenerative process that essentially comprises three phases (promotion, latency, and appearance); on the other hand, that the victim had passed to the promotion stage (namely the irreversible but not yet detectable cell mutation) because of exposure to asbestos dust under the direction of a predecessor of Cozzini's. It had therefore to be proven whether, as Cozzini had constantly exposed the victim to asbestos dust, he had shortened the latency phase, thus hastening the appearance of the illness and consequent death of the victim. Essentially, the main question was whether the so-called «theory of the acceleration-effect» (see § 4.1.2) could be used as an «etiologically covering law». This evidential question was resolved in the negative by the court of first instance, which acquitted the defendant pointing to the purely epidemiological rather than nomological nature of the statistics concerning the acceleration-effect. In contrast, the Court of Appeal asserted that the «acceleration-effect is a finding that is constantly and undisputedly recognised in the scientific field, as well as 'supported by illustrious and surely rigorous scientific publications'; therefore this effect is the object of «a statistical generalisation able to prove the causal link». The *Corte di Cassazione* overturned the conviction of the higher court, arguing that its reasons in favour of the theory of the acceleration-effect were weak. According to the *Cassazione*, the judge «can [neither] assume a passive role in relation to the scientific world», nor pretend to have sufficient «knowledge and [...] competences to carry out an [autonomous] investigation [on this world] ». He has rather to interact with experts, thus behaving as «a guarantor of the scientific value of the knowledge brought to the trial» and «play an insightful [...] critical role, becoming [...] gatekeeper of the scientific method».

This model, which demands the judge be a gatekeeper of the reliability of expert opinions, was not followed in the decisions of first and second instance in *Cozzini*,

<sup>95</sup> *Corte di Cassazione*, Sect. IV, 17 September 2010, *Cozzini*.

<sup>96</sup> See, for example, TONINI, P., 2011: 1341.

and this is precisely why they can both be censured. In fact, both decisions addressed the acceleration-effect theory in quite a superficial way, as they limited themselves to substantially transposing the opinion of an individual expert, without verifying any requirement for epistemological reliability. In simple terms, in both decisions the *iudex peritus peritorum* was illegitimately conceived according to the image of the receptor judge described above (§ 4.2.1).

As said above, the gatekeeper approach reflects the only appropriate conception of the *iudex peritus peritorum*, as it is wholly consistent with the principles of FEE and PRD. Aware of his limited competence and simultaneously of his role as administrator of justice, the gatekeeper judge places himself midway between epistemic activism and passivity. He seeks the support of experts but, at the same time, evaluates whether their opinions, based on the correct identification and application of specialist criteria, are reliable, namely they can worthily contribute to the decision of the case. In this way, the gatekeeper judge is able to reach logical evidential conclusions, and therefore to establish whether they constitute proof beyond any reasonable doubt.

## 5. FREE EVALUATION OF SCIENTIFIC EVIDENCE AND SCIENTIFIC PROOF BEYOND ANY REASONABLE DOUBT

The central problem of the evaluation of scientific evidence<sup>97</sup> is known as the «*paradox of expert testimony*»<sup>98</sup> and can be formulated in the following terms: «how can the judge assess information provided by an expert witness if he needs him precisely because of his own lack of adequate scientific knowledge? ». In the adversarial criminal trial<sup>99</sup>, where the evidential judgment is subjected to the principles of FEE and PRD, this problem is even more complicated. It is disputed not only whether the judge is actually able to *evaluate* scientific evidence autonomously but also whether he is really capable of *deciding* that the result of this evaluation constitutes proof beyond any reasonable doubt.

In the previous section, I briefly presented the reasons why only the gatekeeper judge approach is consistent with the above-mentioned principles. In this section, I examine this approach in greater detail, focusing on how the evaluation of epistemological reliability of the expert opinion is logically structured (§ 5.1), and secondly what the requirements for this epistemological reliability are (§ 5.2). In this way, I

<sup>97</sup> CANZIO, G., LUPARIA, L., 2018; CAPRIOLI, F., 2008; CARLIZZI, G., 2019; CARLIZZI, G., TUZET, G., 2018; CHOO, A. L-T., 2018: 295-333; FEDERAL JUDICIAL CENTER, NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 2011; ROBERTS, P., 2014; ROBERTS, P., ZUCKERMAN, A., 2012: 469-509; HAACK, S., 2014: 78-103, 122-293; TARUFFO, M., 2005; VÁZQUEZ ROJAS, C., 2015; VÁZQUEZ ROJAS, C., 2013.

<sup>98</sup> TARUFFO, M., 2005: 1109-1110 («*paradosso della perizia*»).

<sup>99</sup> On the adversarial jury trial, see ROBERTS, P., ZUCKERMAN, A., 2012: 42-95; on the adversarial trial by judge, see FERRUA, P., 2017: 7-9.

aim to show that the judge is truly able to assess scientific evidence, and therefore that the paradox of the expert testimony is merely apparent. Moreover, this «discovery», although very important, is not the end of the matter, because the above-mentioned evaluation in turn gives rise to some further problems that future legal epistemology will have to address (§ 5.3).

### 5.1. Resolving the paradox of expert testimony

In my opinion, the paradox of expert testimony depends essentially on a faulty understanding of the logical activities of the judge and the experts, presupposing that both *activities* are similar, if not even identical. In order to establish whether this point of view is correct, we must first of all shed light on the acts of *formulation* of a scientific criterion and *application* of this criterion to the evidence emerged at trial. Both acts are necessary to resolve any scientific question of fact, which can belong to one of the following types:

a) questions of *quantification*, which concern the measurement of a gradable quality of a living being or a thing. For example, as we said in § 4.1.3, to establish whether the blood alcohol level of a driver exceeds the threshold set in the above-mentioned art. 186, § 2, lett. c, HC, one can refer to the «Widmark-curve» and use it in the form of a calculation to the relevant evidence<sup>100</sup>;

b) questions of *classification*, which concern the positive or negative assertion that someone or something has a certain rigid (not gradable) quality. For example, if a defendant is charged with poisoning waters or foodstuffs (art. 439 CC), having introduced a certain quantity of arsenous anhydride into a water pipe, the nature of this substance can be ascertained by establishing and employing its conventional chemical definition (AS<sub>2</sub>O<sub>3</sub>)<sup>101</sup>;

c) questions of *identification*, which concern the positive or negative assertion that a living being or thing has a certain origin. A question of this kind typically emerges in murder trials, where it is necessary to prove not only the nature of the crime-scene evidence (e.g. blood, saliva) but also from whom or what they arise (e.g. does this drop of saliva come from Tom?). In order to resolve the question, it must be tested whether there is a chemical match between the record and the sample collected from its possible source, and for this test an appropriate analysis procedure must be found and implemented<sup>102</sup>;

d) questions of *explanation*, concerning the ascertainment of the causal link between a human conduct (action or omission) and an event. Therefore, the expla-

<sup>100</sup> On «forensic metrology», see VOSK, T., EMERY, A.F., 2014.

<sup>101</sup> Regarding biology, see KENDIG, C., 2016.

<sup>102</sup> Nowadays, the most significant question of identification of course concerns DNA: see GILL., P., 2016.

nation is normally an answer to a specific «*why-question*»<sup>103</sup>, although neither of the concepts are in a one-to-one relationship<sup>104</sup>. The ascertainment of the above-mentioned causal link<sup>105</sup> is a central point in trials relating to so-called «crimes of event» (e.g. murder). According to a model that is broadly accepted in contemporary legal culture<sup>106</sup> (the so-called «covering-law model»<sup>107</sup>), this ascertainment requires the formulation and application of a specific causal law<sup>108</sup> («If A happens, then B certainly or probably follows»).

Formulating and applying a scientific criterion produces «*nomological*» and «*applicational*» opinions respectively<sup>109</sup>. Although both are fundamental for addressing the above-mentioned evidential questions, the judge and the expert do not play the same role in this respect. Indeed, on the one hand, formulation and application constitute a duty of the expert, who thus gives the judge the information essential to resolve the scientific question of fact. On the other hand, the judge, relying on the results of cross-examination<sup>110</sup>, has «only» to assess whether the nomological and applicational opinions have been reached in an epistemologically correct way<sup>111</sup>. Basically, while the expert's judgement is *epistemic*, concerning the validity of a scientific criterion (law, definition and so on) and its applicability to the evidence emerged at trial, the judicial judgement is *epistemological*, concerning the reliability of the former judgement from the point of view of the «legal philosophy of science»<sup>112</sup>. In short, while the expert's judgement regards the scientific criterion, the judicial one regards the expert's judgement.

It is exactly this «Russian nesting doll-arrangement» of the two judgements, namely this relationship «from judgement to meta-judgement», that confirms that the paradox of the expert testimony is only apparent. In fact, it is true that the judge has no competence to directly and autonomously establish whether a certain scientific criterion is really valid and applicable to the evidence. But it is also true that he,

<sup>103</sup> On the «why-questions» in general, see HEMPEL, C.G., 1965: 334-335.

<sup>104</sup> Indeed, as clarified in HEMPEL, C.G., 1965: 334-335, 428-430, on the one hand, there are not only «explanation-seeking why-questions» but also «reason-seeking or epistemic why-questions» («Why should it be believed that *p*?» or «What reasons are there for believing that *p*?»); on the other hand, explanations can answer not only «why-questions» but also «how-possibly» questions («How could it possibly be the case that not-*p*?»). On these «pragmatic» matters, see also SALMON, W.C., 1990: 4.4.

<sup>105</sup> On causality, in the epistemological literature, see ILLARI, P., RUSSO, F., 2014.

<sup>106</sup> The covering-law model is widely used in the Italian legal context: see, albeit in different terms, STELLA, F., 1990 (as covering law may be used only a universal natural law or a similar one), and *Corte di Casazione, Sezioni Unite*, 11 September 2002, *Franzese* (as covering law may be used also a statistical natural law).

<sup>107</sup> This model too arises from HEMPEL, C.G., 1965: esp. 245-290.

<sup>108</sup> On the laws of nature, see MITTELSTAEDT, P., WEINGARTNER, P.A., 2005.

<sup>109</sup> This phrases («*tesi nomologiche*» and «*tesi applicative*») can be found in CARLIZZI, G., 2019: 11-18.

<sup>110</sup> On the fundamental role and limits of cross-examination in the field of scientific evidence, see CAPRIOLI, F., 2008: 3526-3527; CONTI, C., 2010: 1215-1217.

<sup>111</sup> On the logical structure of this epistemological assessment, see CARLIZZI, G., 2019: 7-30.

<sup>112</sup> See also CAPRIOLI, F., 2008: 3526-3527.

being an «undercover philosopher»<sup>113</sup>, can normally verify whether the expert judgement on this criterion meets the demands of legal epistemology.

The requirements for epistemological reliability vary depending on whether the judicial evaluation concerns either the nomological or the applicational opinion of an expert. The Supreme Court and the legal scholarship of many countries have focused above all on the requirements relating to nomological opinions, although the problem of the reliability of the application is often more complex. Space does not permit a detailed investigation of both problems, so I shall review in the next section only the features required for the expert *nomological* opinions to be *epistemologically reliable*. In particular, I shall focus on and compare the models established in the USA by the Supreme Court and in Italy by the *Corte di Cassazione*, aiming once again to reach generally valid conclusions.

## 5.2. Requirements for epistemological reliability

The problem of evaluating the reliability of expert opinions was initially addressed in the USA during the 19th century. It arose from the need to prevent the jury, which is charged with trying the fact but not used in assessing evidence, being tricked by merely self-proclaimed experts<sup>114</sup>. Briefly, from the beginning, this problem was conceived as how the judge could *banish «junk science»*<sup>115</sup> (also called «bad science or pseudoscience») from courtrooms at the *beginning* of the trial.

Although the solution ultimately found by the U.S. Supreme Court has been of inspiration to other national trial systems<sup>116</sup>, the requirements for epistemological reliability play a somewhat different role in some of these systems than they do in the USA. The remark is especially relevant for the systems, like the Italian, where the trier of fact is the judge. Indeed, in this case, the requirements under consideration essentially serve to ensure the best possible judicial *evaluation* of the scientific evidence at the *conclusion* of the trial.

### 5.2.1. *The American legal context*

In the USA, at first, the opinion of an expert present at trial was considered reliable just because he «succeeded in making a living from [his] expertise»<sup>117</sup> (the so-called «*commercial marketplace test*»). This criterion revealed itself inappropriate as

<sup>113</sup> For this idea (judge as a «*filosofo in incognito*»), see CAPOGRASSI, G., 1959: 22.

<sup>114</sup> WELCH, C.H., 2006: 1085; JURIS, A.W., 2012: 1334, 1415.

<sup>115</sup> HUBER, P.W., 1993.

<sup>116</sup> On the international spread of *Daubert*, see HAACK, S., 2014: 24 (referring to Canada, England, Wales, Italy, Mexico and Colombia).

<sup>117</sup> MNOOKIN, J.L., 2001: 32.

soon as it became clear that there were scientific questions of fact that did not have an external marketplace (e.g. the question of identifying fingerprints).

Therefore, the Courts strived to establish a more refined epistemological parameter of evaluation. A milestone in this direction was the *Frye* judgment (1923), handed down by the Court of Appeal of the District of Columbia. As the defendant's lawyer had proposed an expert testimony that relied on a systolic blood pressure deception test, the Court rejected the lawyer's request. The rejection was justified by arguing that an expert testimony could be considered reliable only if it rested on a principle or discovery *generally accepted* in a specialist community, while the proposed test had not yet gained sufficient recognition among scientists<sup>118</sup>.

The real impact of the parameter of «general acceptance» was and is still disputed<sup>119</sup>. Some scholars are of the opinion that it «was applied primarily to a narrow category of forensic testimony in criminal cases»<sup>120</sup>. Anyway, it was considered both somewhat ambiguous (because of the vagueness of the concept of «general acceptance») and rigid (because of its inappropriacy for the pluralistic scientific disciplines)<sup>121</sup>. Therefore, in 1975, Federal Rule of Evidence (FRE<sup>122</sup>) 702, regarding Federal jurisdiction and that of a number of States<sup>123</sup>, provided for a new and more liberal<sup>124</sup> scheme of admissibility of expert testimony, requiring it to be *useful*<sup>125</sup>.

Given that FRE 702 made no mention of «general acceptance», the issue arose whether this concept was still relevant as an implicit requirement. The issue was resolved in the negative by the 1993 *Daubert* judgment (hereafter: *Daubert*) of the U.S. Supreme Court, whose conclusions were further developed in other two judgments of the same Court, *Joiner* (1997) and *Kumho Tire* (1999). The three decisions comprise the very famous «*Daubert* trilogy»<sup>126</sup>. The main achievements of this trilogy may be summarised as follows:

a) to admit an expert testimony, the judge has to assess not only its usefulness but also its reliability; in particular, he has to behave as a «*gatekeeper*», verifying whether the theory or technique proposed by the expert can be (and has been) tested, has been subjected to peer review and publication, has a known or potential rate of error

<sup>118</sup> *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir 1923).

<sup>119</sup> BERNSTEIN, D.E., 2001: 388-393; VÁSQUEZ ROJAS, C., 2015: 92-96.

<sup>120</sup> BERNSTEIN, D.E., LASKER, E.G., 2015: 4.

<sup>121</sup> FRADELLA, H.F., O'NEILL, L., FOGARTY, A., 2004: 326; KANNER, A., CASEY, M.R., 2007: 287.

<sup>122</sup> On the origins of the FRE, see THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2008, *Historical Note*, VII-X.

<sup>123</sup> More specifically, for the jurisdiction of 39 States, as well as of the District of Columbia: see MORGENSTERN, M., 2017.

<sup>124</sup> KANNER, A., CASEY, M.R., 2007: 287, 290; GIANNELLI, P.C., 2003: 1077-1079.

<sup>125</sup> However, the formulation of FRE 702 was changed in the following years (2000 and 2011), above all to implement and refine the results of the «*Daubert* trilogy».

<sup>126</sup> The literature on the «*Daubert* trilogy» is already vast: see BERGER, M., 2011: 12-26; BERNSTEIN, D.E., JACKSON, J.D., 2004; BERNSTEIN, D.E., LASKER, E.G., 2015; FRADELLA, H.F., O'NEILL, L., FOGARTY, A., 2004; GIANNELLI, P.C., 2003; HAACK, S., 2014: 104-155; KANNER, A., CASEY, M.R., 2007; VÁSQUEZ ROJAS, C., 2015: 98-137.

(in the case of a particular scientific technique), and enjoys general acceptance in its respective scientific community (*Daubert*)<sup>127</sup>;

b) the judicial evaluation of reliability must not be limited to the validity of the evidential scientific criterion but has to be extended to its full *congruence* with the elements of the case (*Joiner*)<sup>128</sup>;

c) this evaluation has to be implemented not only for the scientific testimony but for any kind of expert testimony (*Kumho Tire*)<sup>129</sup>.

### 5.2.2. *The Italian legal context*

In Italy, the epistemological reliability requirements of expert opinions have been established by the above illustrated *Cozzini* judgment (see § 4.2.2), which differs from the *Daubert* trilogy in two respects. On the one hand, while the *Daubert* trilogy applies in a system where the judge has to guarantee the legitimacy of the evidence presented to the jury as the trier of fact, and therefore is valid only for the *preliminary admission* of the expert testimony, *Cozzini* works in a system where the judge is also the trier of fact, and thus refers above all to the *final evaluation* of the expert information already produced during the trial. On the other hand, although it shares the *ratio* of the *Daubert* trilogy, *Cozzini* establishes its own requirements for epistemological reliability<sup>130</sup>. These requirements are of two kinds:

a) *subjective* requirements, which correspond to certain qualities of the person (or persons) who has (or have) carried out the research leading to the opinion of the expert at trial (obviously, both persons can coincide): identity, undisputed authority, independence, and pursued aims;

b) *objective* requirements, which correspond directly to certain qualities of the above-mentioned research: its scope, precision and objectivity, degree of empirical corroboration and explaining-capacity, as well as the intensity of the external critical discussion regarding the research.

Some scholars argued that such requirements are scarcely binding on the judge as a trier of fact<sup>131</sup>. This scepticism may be justified in some cases<sup>132</sup>, and it must be recognised that the Italian Courts of first and second instance have so far given scant consideration to this list. However, the judge is normally able to verify whether the opinions of the experts at trial meet the most important of the illustrated requirements. Therefore the paradox of expert testimony is once again seen to be merely apparent.

<sup>127</sup> *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

<sup>128</sup> *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

<sup>129</sup> *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

<sup>130</sup> CARLIZZI, G., 2019: 98-115.

<sup>131</sup> With regard to the *Daubert* judgment, see, among others, WELCH, C.H., 2006: 1091-1101.

<sup>132</sup> On the other hand, this scepticism.

### 5.3. Unsolved questions concerning the requirements for epistemological reliability

The requirements listed above were essentially established to aid the *judge* in assessing whether an *expert* opinion on the validity of an evidential *scientific* criterion («*nomological opinion*») is *epistemologically reliable*. In simple terms, while the expert asserts that such a criterion (scientific law, definition and so on) is valid, the judge has to establish whether this assertion can be used as a premise for his evidential scientific reasoning. Nevertheless, judicial evaluation of specialist (and not only scientific) evidence has a broader and more complex scope than this. Hence, the described set of requirements leaves many problems unsolved<sup>133</sup>, some of which I aim to review in this concluding section.

On the one hand, there are problems of *law of evidence*, namely how the set works within the positive discipline of evidential evaluation and decision. These problems obviously depend above all on the specific positive contents of the different legal systems. In the civil law legal systems, especially the Italian one, such problems are exemplified by the following questions. Are the requirements under consideration applicable (not only for evaluating the evidence at the end of the trial but also) for admitting the means of evidence at the beginning of the trial? Do they work in the same way both in the proceedings before the courts of first and second instance and the *Corte di Cassazione*? Can they justify a request for reviewing a final conviction being considered admissible and then granted?

On the other hand, there are problems of *legal epistemology*, which are relatively independent from the specific positive contents of the various legal systems. Considering the philosophical matrix of the present paper, I concentrate on this topic, and more specifically on four issues. Are the above-mentioned requirements really useful for every specialist (and not only scientific) evidential question? Can they be applied also when the expert opinion to evaluate belongs to a «pluralistic discipline»? Which is, and which complications are implied by, their «working logic»? How do they fit into the complex evidential discipline implied by the principle of PRD? How scrupulously can the judge, with a principally legal background and a very heavy workload, verify these requirements? In the following, I will focus only on the problems of legal epistemology.

#### 5.3.1. Heterogeneity of the specialist evidential questions

The scientific evidence considered in *Cozzini* (and *Daubert*) belongs to the sphere of the so-called «*natural sciences*» (biology, oncology, epidemiology, and so on)<sup>134</sup>.

<sup>133</sup> For a deeper analysis of these problems, see CARLIZZI, G., 2019: 115-155.

<sup>134</sup> On the traditional but nowadays somewhat controversial distinction between «*natural sciences*» («*Naturwissenschaften*») and «*human sciences*» («*Geisteswissenschaften*»), see above all DILTHEY, W., 1927: esp. 79-88; WINDELAND, W., 1915: 136-160; RICKERT, H., 1896: esp. 289-304.

Nevertheless, the evidence that the judge has to assess is not only natural-scientific but more broadly specialist. For example, it can be *human-scientific* (e.g. a psychiatric diagnosis to ascertain the mental capacity of the defendant), *technical* (e.g. the instrumental results of the DNA analysis to identify its source), *artistic* (e.g. an expertise on a painting to reveal whether it is fake), *semiological* (e.g. a visual inspection of a tyre to establish why it exploded, as in the above-mentioned *Kumho Tire* case) and so on<sup>135</sup>. Therefore, it could be disputed whether the requirements established in *Daubert* and *Cozzini* can be applied to every kind of specialist evidence.

In my opinion, the positive answer given in *Kumho Tire* is laudable. Irrespective of the differences between the legal systems where they were laid down, *Daubert* and *Cozzini* rely on the same ideas. They are the ideas of falsifiability and corroboration, according to which all general hypotheses can be taken for true only on two conditions: one must attempt to discredit it through intersubjective methods, and be certain that the attempts have failed<sup>136</sup>. Being universal, the ideas of falsifiability and corroboration are valid not only for natural-scientific knowledge but for any further kind of specialist knowledge.

Nevertheless, precisely due to their natural-scientific matrix, the requirements established by *Daubert* and *Cozzini* need to be refined and, if necessary, modified depending on the peculiarities of each discipline. And the main author of this “adjustment according to form of knowledge» must be the judicial body, once again under the supervision of the *Corte di Cassazione*. In fact, if the Courts of first and second instance tried to proceed autonomously, and if the legislator tried to establish a general and abstract regime, they would both be doomed to failure because of the heterogeneity of the forms of specialist knowledge.

### 5.3.2. *Pluralistic disciplines*

The *Cozzini* (and *Daubert*) requirements refer to sciences (biology, oncology, epidemiology and so on) that, in generally making use of experiment and/or measurement, very rarely obtain theoretical results that are in unsolvable conflict with each other. However, some of the disciplines that can help the judge to resolve specialist questions of fact are not so uniform, as, on the one hand, they either ignore or rarely make use of experiment and measurement, and on the other hand, are very much influenced by theoretical and ideological factors<sup>137</sup>. I propose to call them «pluralistic disciplines», namely any organic body of specialist knowledge that is not monopolised by a unique school of thought but shared between different doctrinal approaches,

<sup>135</sup> For further examples of specialist fields of discipline, see BERGER, M., 2011: 16; HAACK, S., 2015: 40.

<sup>136</sup> POPPER, K.R., 2002: 17-20 (falsifiability as a criterion of demarcation), 57-67 (failure of attempts at falsification as a source of corroboration).

<sup>137</sup> On the «theory-ladenness» of scientific observations, see HANSON, N.R., 1958: 4-30.

where none has been able to prevail over the others, and each relies on assumptions that are at least partially incompatible with those of the others.

These features beg the question whether the *Cozzini* (and *Daubert*) requirements can also be applied to pluralistic disciplines, such as research relating to economics or the mind. For example, a diagnosis on the mental condition of an individual can be made from at least two very different points of view. While *psychiatry* takes the descriptive and medical aspects of mental illness into greater account<sup>138</sup>, *clinical psychology* above all focuses on explanatory and environmental aspects<sup>139</sup>. Moreover, this is a «squared pluralism», as each of the two approaches is shared among several competing orientations (e.g. in the field of psychiatry, the dispute between the DSM<sup>140</sup> and the phenomenological models<sup>141</sup>; in the field of clinical psychology, the opposition between the biological, psychodynamic, behavioural, cognitive, humanistic-existentialist, and sociocultural models<sup>142</sup>). All this implies that the same fact could be evaluated in two or more different ways. Let us assume that three scientists of the mind are summoned to trial (the first by the prosecutor, the second by the defence, the third by the judge) to establish the mental capacity of the defendant. How has the judge to behave if the experts, referring to different doctrinal orientations, conclude that the defendant is fully capable, half capable and totally incapable respectively? Can the judge refer, for example, to the *Cozzini* requirements?

The problem arises because most of these requirements seem to be of scarce utility. Given that each of the theoretical models applied by the three experts is varyingly consolidated, «valid», and disputable, it will probably result similar to the others in terms of identity, authority and independence of its author, as well as its scope, precision, and the degree of empirical corroboration of its results. The point is that, unlike in *Cozzini* (and *Daubert*), in this case we are in the presence of no competing science and pseudoscience but of approaches based on theoretical and ideological points of view that are different and to some extent even incommensurable. A way out consistent with fundamental principles of the criminal trial, starting from that of PRD, could be to favour the scientific model most beneficial to the defendant. Of course, this solution could be followed, as long as the expert in the trial has applied this model correctly and appropriately to the case.

### 5.3.3. Working logic of the evaluation of epistemological reliability

This problem reflects the complex relationship between the requirements established by both *Daubert* and *Cozzini*, which in turn depends on two factors. *Firstly*,

<sup>138</sup> SADOCK, B.J., SADOCK, V.A., RUIZ P., 2017: VII.

<sup>139</sup> COMER, R.J., 2015: IV.

<sup>140</sup> AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2013. For a criticism of the DSM approach, because of its Neopositivist hallmark, see ARAGONA, M., 2013.

<sup>141</sup> JASPERS, K., 1996.

<sup>142</sup> COMER, R.J., 2015: III.

this relationship differs from any of the relationships between the features required for a quality to be subsistent. In fact, for the epistemological reliability of an expert opinion to be subsistent:

- a) none of the above-mentioned requirements is essential as such (not a singly necessary condition);
- b) none of them is enough as such (not a sufficient condition);
- c) it is not indispensable that they all be met (not jointly necessary conditions);
- d) it may not be enough that they all be met (not jointly sufficient conditions).

Therefore, the quality of epistemological reliability seems to be «typologically determined»<sup>143</sup>. By «typologically determined quality» I mean a quality conceived as protean, namely capable of being realised in infinite ways due to its gradability. Conceiving a quality as protean is an ideal choice, which aims to reflect this phenomenological infinity, and therefore to avoid the limits resulting from a definition in terms of a set of necessary and sufficient conditions.

In particular, conceiving epistemological reliability as a typologically determined quality<sup>144</sup> has two very important corollaries. On the one hand, it can be neither ascribed nor denied categorically, but only to a certain extent, depending on the concrete features of the expert opinion to be evaluated. On the other hand, one cannot predetermine these features once and for all but only establish the most important on the basis of their paradigmatic value; for example, even general acceptance of the expert opinion by the specialist community is neither necessary nor sufficient, as this community could be a gang of quacks. This conception of epistemological reliability underpins *Cozzini* (and *Daubert*), which more or less explicitly assert that the requirements they established are neither exhaustive nor exclusive.

The *second* reason why the working logic of the requirements for epistemological reliability is quite problematic is that here emerges a «squared complexity». In fact, what is typologically determined, and therefore gradable, is not only epistemological reliability but also each of the features on which it depends. For example, the extension and precision of a research are never subsistent in categorical terms but always to some degree.

Both these factors mean that the evaluation of epistemological reliability is flexible and demanding. The judge has to ascertain:

- A) what the features of the expert opinion are, and to what extent;
- B) for each one of these features, whether it is relevant in the abstract for an expert opinion to be deemed true;
- C) what epistemological reliability arises from the set of features that emerge.

<sup>143</sup> On this concept, see CARLIZZI, G., 2016: 97-100.

<sup>144</sup> From a similar standpoint («*Reliability as Non-Binary*»), see NANCE, D.A., 2003: 198-201.

The latter step is the most complicated, as the judge cannot calculate the degree of each emerged feature and add it to the degrees of the others. He has rather to «think synthetically», establishing whether the emerged features support each other, as every one of them, being either paradigmatic or intense, amplifies the virtues and resizes the defects of the others. For example, although an opinion has been proposed by an expert who is *not wholly* independent, it may be thought *highly* epistemologically reliable by the judge, as it relies on *broad* experimental research and is shared by the *majority of scholars* in the field<sup>145</sup>. In short, in carrying out this evaluation, the judge cannot count on *protocols* established *beforehand* but only on the *arguments* emerging *during*.

#### 5.3.4. *Specialist proof beyond any reasonable doubt*

As seen in § 3.2, the principle of PRD demands the judge apply not only a specific rule of *decision* but first of all a methodology of evidential *evaluation*. Given that both the *Cozzini* (and *Daubert*) requirements guide the judge in his *assessment* of the expert opinions, which are necessary to *ascertain* the specialist aspects of the case, one can finally ask how these requirements fit into the positive discipline of evidence. This issue must be broken up in two questions. What role do the above-mentioned requirements play within the methodology of evidential *evaluation*? To what extent must they be met to *prove* the charge beyond any reasonable doubt?

Concerning the *former* question, we must first of all recall and specify the methodological principles of evidential evaluation (see above, introduction and § 3.2.3). The judge has to assess the *probative value* of the evidence emerging at trial, namely *whether* (reliability) and, in the affirmative, *how much* (cogency) it can contribute to ascertaining the charge. The models of both assessments are similar, relying as they do on the idea of testing a hypothesis against the counterhypotheses (eliminative induction). In the first instance, the hypothesis to be tested is that the expert has told the truth, and the judge has to verify the features normally recurring when evidence of the kind under consideration is reliable. In the second instance, the hypothesis to be tested is that the charge is true, and the judge has to establish whether the facts the evidence refers to match the facts normally recurring when cases similar to the charge actually occurred. On the other hand, each expert opinion, as information, is evidence, so that it has to be treated in the described manner. In particular, the evaluation of reliability of an expert opinion is regulated by the *Cozzini* (and *Daubert*) requirements, which do no more than indicate the features normally recurring when this kind of information is reliable. Given that epistemological

---

<sup>145</sup> A conflict between the requirements of epistemological reliability illustrated here could emerge in the field of HIV. Indeed, while almost all scientists assert that this virus causes AIDS, a *renowned* professor, who teaches Molecular and Cell Biology at the *prominent* University of California, Berkeley, has criticized this assertion in *specialist journals*, relying on some principles of *scientific methodology* (the postulates of Koch and Henle, as well as six cardinal rules of virology): DUESBERG, P., 1988.

reliability is a *gradable* quality (see § 5.3.3), only if the judge considers the expert opinion epistemologically reliable *enough* can he take it as true and thus proceed to the assessment of its probative *cogency* as well as the probative *sufficiency* of all the (specialist and common) evidence.

This remark introduces the *second* question, concerning the extent to which the *Cozzini* (and *Daubert*) requirements must be met to *prove* the charge beyond any reasonable doubt. The issue arises because the BARD standard regulates the probative sufficiency of *all the collected* evidence and not a *single* item such as each expert opinion. Nevertheless, the principle that underpins this standard, namely the principle of PRD, *in general terms*, demands optimal certainty of the criminal proof. Therefore, the *BARD standard* has to influence *every* stage of the evidential judgement, including the evaluation of epistemological reliability. This means that the judge may consider an expert opinion true only if it is *fully reliable*. According to the above-illustrated conception of PRD (see once again 3.2.3), this full reliability has to be understood not in psychological but *methodological* terms. The judge may consider an expert opinion as fully reliable if he, on the one hand, *verifies* to a high degree the most important features that information of this type has when it is true, and on the other hand, he *has good reason* to believe that the possible weakness of these features and lack of additional ones have a *neutral* significance. The latter test is surely the most difficult. Let us assume that a chemist proposed as an expert by the defendant's lawyer in a trial for murder by poisoning is *relatively well known* in his specialist community, gives an opinion relying on *strong experimental* findings, and appears to be *not wholly independent* because he works for a company whose CEO is the defendant. The expert opinion could be considered as fully reliable from the second point of view but not the first and the third (not to mention the *lack* of further possible requirements), unless there are reasons to believe that these *weaknesses* do not signify the falseness of the expert opinion. Thus, the defence could point out to the judge that the expert:

- i) *is not* very well known because of his age (40 years old) but *is expected to become* very famous, considering the growing recognition he is earning in his specialist community;
- ii) *appears* to be not wholly independent but *in reality* this is not the case, given that his employment contract is expiring in a week's time;
- iii) has reached, with regard to the case, experimental findings that are *not only* strong *but also* undisputed among his colleagues.

In this case, like in any other, the judge has obviously to assess at the same time the opinions of possible other experts present at trial, as the reliability of each expert opinion depends, to some extent, on that of the others. In conclusion, according to the rule on the burden of proof arising from the principle of PRD, the judicial decision of a specialist question of fact can result in one of the following outcomes:

A) if *none of the parties* introduces an expert opinion that is *fully* epistemologically *reliable*, the specialist aspect of the case is not proven at all, and the defendant must be acquitted;

B) if *only the defence* introduces such an opinion, the specialist aspect is totally disproved, and the defendant must be acquitted;

C) if *both parties* introduce such opinions (this can happen especially in the field of pluralistic disciplines), the specialist aspect is not proven beyond any reasonable doubt, and the defendant must be acquitted;

D) if *only the prosecutor* introduces such an opinion, the specialist aspect is proven beyond any reasonable doubt, and the defendant must be convicted (while it would be irrelevant for the defendant's expert to present a modestly or even scarcely reliable opinion).

### 5.3.5. *Judicial practicability*

The question of whether the judge can really check the epistemological reliability of an expert opinion was first raised in *Cozzini*, where the Corte di Cassazione remarks that it is «aware of entrusting the trial judge with a very demanding task» but optimistically adds that such a judge will have «already shown himself capable of managing complex and cyclopic cases».

One might object that a trial judge cannot actually verify the requirements established by *Cozzini* (and *Daubert*), since this verification presupposes critical skills that he, on the one hand, usually lacks due to his principally legal background, and on the other hand, can hardly achieve due to his very heavy workload.

Both objections deserve to serious consideration. Concerning the first, given that the critical skills that a judge needs are epistemological and not scientific, the question can be reformulated as: is the training received before and after becoming a judge enough to acquire *epistemological competence*? Of course, the answer varies depending on the national system considered. In Italy, this training is traditionally of a dogmatic stamp: aspiring and working judges have above all to know how statutes, doctrine, and case law define concepts such as «source of law», «sale contract», «administrative act», «murder» and so on. This state of affairs has been changing over the last few decades, as subjects like the «theory of legal argumentation», «legal logic», and similar have become a central part of university and professional training. The change is significant, because, as seen above (§ 5.1), in order to become a gatekeeper of scientific knowledge, it is not necessary to be a good scientist but a good critic of scientific assumptions. Nevertheless this is not, in itself, sufficient<sup>146</sup>, as these methodological studies are: a) of short duration or even sporadic, so they lead to the acquisition of

<sup>146</sup> For critical remarks and reform proposals about the legal background in Italy, see the articles collected in PSCIUTA, B., LOSCHIAVO L., 2018.

only the rudiments of legal reasoning and not a strongly critical attitude; b) usually geared towards normative rather than evidential reasoning, so epistemological competence is not a central point; c) not mandatory for aspiring and professional judges, so the above-mentioned rudiments are anyway destined to fade into oblivion. Under these circumstances, it will be necessary to set up further initiatives. Thus, subjects such as «legal epistemology» and «specialist evidence» should be taught more intensively at undergraduate and graduate level on courses for future judge and working judges. More specifically, while «*legal epistemology*» should address the theoretical concepts (e.g.: assessment, evidential criteria, statistical likelihood, corroboration of the charge, and the standard of proof) and models of reasoning (e.g.: abduction, deduction, induction, analogy, Bayes' Theorem) underpinning the evidential judgement, «*specialist evidence*» needs to address the main issues concerning both the collection and assessment of scientific and technical information (e.g.: observance of chain of custody in DNA evidence, and the reliability of expert opinion). Neither of these subjects should be taught in the abstract but with constant reference to case law. On the other hand, working judges should be provided with textbooks on the sciences and techniques more frequently involved in deciding legal cases; these volumes would serve as a guide to the most commonly held theories in each field of discipline. A good model in this regard is the well-known *Reference Manual on Scientific Evidence*, which was promoted for the first time in 1994 in the USA and reached its third edition in 2011<sup>147</sup>. It consists of fifteen Chapters, related, among other subjects, to «Forensic Identification Expertise», «DNA Identification Evidence», «Estimation of Economic Damages», «Epidemiology», «Toxicology», «Medical Testimony», «Neuroscience», «Mental Health Evidence», and «Engineering».

Of course, improving this kind of competence should be promoted also through organisational measures. This remark recalls the second aforementioned objection, concerning whether the check of epistemological reliability of expert opinion can actually be carried out by judges (like the Italian ones) with a very hard workload. In this regard too, the measures to adopt are numerous. In particular, on the one hand, the judicial workload should be «sustainable»<sup>148</sup> so as to allow judges to review all the evidence collected and study the epistemological (as well as normative) issues it raises. On the other hand, the organisation of judicial offices should be basically shaped also on the basis of the heterogeneous nature of specialist evidential questions. So, as every Court is divided into several Sections, and every Section is in turn divided into several Panels, each Section might be entrusted with cases involving certain kinds of crime (e.g.: negligence), and each Panel with certain kinds of specialist evidential questions concerning this kind of crime (e.g.: medical responsibility, traffic accidents and so on).

---

<sup>147</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER, NATIONAL RESEARCH COUNCIL OF THE NATIONAL ACADEMIES, 2011.

<sup>148</sup> On this topic, CASTELLI, C., 2015.

## 6. BIBLIOGRAPHY

- ALESSI PALAZZOLO, G., 1979: *Prova legale e pena*, Napoli: Jovene.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2013: *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 5th Edition: DSM-5*, Arlington (Virg.): American Psychiatric Publishing.
- ALEXY, R., 1994: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- ANAND, S., 2005: «The Origins, Early History and Evolution of the English Criminal Trial Jury», in *Alberta Law Review*, 43 (2): 407-432.
- ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING, W. 2005: *Analysis of Evidence*, Cambridge et al.: Cambridge University Press.
- ARAGONA, M., 2013: «Neopositivism and the DSM psychiatric classification. An epistemological history. Part 1: Theoretical comparison», in *History of Psychiatry*, 24:166-79.
- ARISTOTLE, 2009: *Ethics*, Oxford: Oxford University Press.
- BARAK, A., 2012: *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge et al.: Cambridge University Press.
- BAUDI DI VESME, C., 2013: *A giudizio di Dio: Storia e tipi di ordalie*, Milano: PGreco.
- BERGER, M., 2011: «The Admissibility of Expert Testimony», in Federal Judicial Center, National Research Council of the National Academies, 2011, *Reference Manual on Scientific Evidence*, Washington D.C.: The National Academies Press.
- BERNSTEIN, D., 2001: «Frye, Frye, Again: The Past, Present, and Future of the General Acceptance Test», in *Jurimetrics*, 41: 385-407.
- BERNSTEIN, D.E., JACKSON, J.D., 2004: *The Daubert Trilogy in the States*, in *Jurimetrics* (44): 351-366..
- BERNSTEIN, D., LASKER, E.G., 2015: «Defending Daubert: It's Time to Amend Federal Rule of Evidence 702», in *William & Mary Law Review*, 57 (1): 1-48.
- BLACKSTONE, W., 1893: *Commentaries on the Laws of England*, Philadelphia: J.B. Lippincott Co.
- BODENHAMER, D.J., 1991: *Fair Trial: Rights of the Accused in American History*, Oxford: Oxford University Press.
- CANALE, D., TUZET, G., 2019: *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino: Giappichelli.
- CANZIO, G., 2018: «La motivazione della sentenza e la prova scientifica: “reasoning by probabilities”», in Canzio, G., Lupària, L. (ed. by), *Prova scientifica e processo penale*, Milano: Wolters Kluwer: 3-21.
- CANZIO, G., LUPÀRIA, L. (ed. by), 2018, *Prova scientifica e processo penale*, Milano: Wolters Kluwer-Cedam.
- CANZIO, G., 2004: *L'“oltre il ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 47 (1): 303-308.
- CAPOGRASSI, G., 1959: *Il “quid ius” e il “quid iuris” in una recente sentenza*, in Id., *Opere*, V. Milano: Giuffrè: 19-26.
- CAPRIOLI, F., 2008: «La scienza “cattiva maestra”: Le insidie della prova scientifica nel processo penale», in *Cassazione penale*, 48 (9): 3520-3538:
- 2009: *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 52 (1): 51-92.
- 2014: «Verità e giustificazione nel processo penale», in Forti, G., Varraso, G., Caputo, M. (ed. by), *Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli: Jovene.
- CARLIZZI, G., 2016: «Tipo normativo ed ermeneutica penale: Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche, » in *Ars Interpretandi*, 2: 109-114.
- 2018: *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale: Storia prassi teoria*, San Lazzaro di Savena (BO), Bonomo.
- 2019: *La valutazione della prova scientifica*, Milano: Giuffrè.
- CARLIZZI, G., TUZET, G. (ed. by), 2018, *La prova scientifica nel processo penale*, Torino: Giappichelli.
- CARTABIA, M., 2013: *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Cartabia\\_Roma2013.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf): 1-19.
- CASTELLI, C., 2015, «Standard, carichi esigibili, carichi sostenibili: discussione infinita o indicazioni di lavoro concrete? », in *Questione Giustizia*, 24 giugno 2015, <http://www.questionegiustizia.it/>

- articolo/standard\_carichi-esigibili\_carichi-sostenibili\_discussione-infinita-o-indicazioni-di-lavoro-concrete\_\_24-06-2015.php.
- CATALANO, E.M., 2016: *Ragionevole dubbio e logica della decisione: Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano: Giuffrè.
- CHOO, A. L-T., 2018: *Evidence*, Oxford: Oxford University Press.
- CLAYTON, R., TOMLINSON, H., 2010: *Fair Trial Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- CLERMONT, K.M., 2009: «Standards of Proof Revisited», in *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 13, [http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/13?utm\\_source=scholarship.law.cornell.edu%2Ffacpub%2F13&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/13?utm_source=scholarship.law.cornell.edu%2Ffacpub%2F13&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages): 469-487.
- COHEN, J.L., 1977: *The probable and the provable*, Oxford: Clarendon.
- COMER, R.J., 2015: *Abnormal Psychology*, New York: Worth Publishers.
- CONTI, C., 2006: «Al di là del ragionevole dubbio», in Scalfati, A. (ed. by), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano: Ipsoa: 87-117.
- 2010: «Il processo si apre alla scienza: Considerazioni sul procedimento probatorio e sul giudizio di revisione», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 53 (3): 1215-1217.
- 2012: «Ragionevole dubbio e “scienza delle prove”: la peculiarità dell’esperienza italiana rispetto ai sistemi di *common law*», in *Archivio penale*, 2: 1-19.
- CORDERO, F., 1981: *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari: Laterza.
- DANIELE, M., 2007: *Regole di esclusione e regole di valutazione probatoria*, Torino: Giappichelli.
- DILTHEY, W., 1927: *Gesammelte Schriften: Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, 7. Leipzig-Berlin: Teubner.
- DUESBERG, P., 1988: «HIV Is Not the Cause of AIDS», in *Science*, 241 (4863): 514-517.
- DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- FEDERAL JUDICIAL CENTER, NATIONAL RESEARCH COUNCIL OF THE NATIONAL ACADEMIES, 2011, *Reference Manual on Scientific Evidence*, Washington D.C.: The National Academies Press.
- FERRAJOLI, L., 2000: *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari: Laterza.
- 2007: *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Laterza: Roma-Bari.
- FERRER BELTRÁN, J., 2005: *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons.
- 2012: *La valutazione razionale della prova*, Milano: Giuffrè.
- FERRER BELTRÁN, J., TUZET, G., 2018: *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2, [http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2018\\_n18-2/18-ratio\\_FerrerBeltran-Tuzet.pdf](http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2018_n18-2/18-ratio_FerrerBeltran-Tuzet.pdf): 455-472.
- FERRUA, P., 2005: *Il ‘giusto processo’*, Bologna: Zanichelli.
- 2017: *La prova nel processo penale: Volume I. Struttura e procedimento*, Torino: Giappichelli.
- FRADELLA, H.F., O’NEILL, L., FOGARTY, A., 2004: «The Impact of Daubert on Forensic Science, in *Pepperdine Law Review*, 31 (2): 323-362.
- GARLATTI, L., 2012: «“Contro il sentimentalismo”. L’impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930», in *Criminalia*: 181-227.
- GAROFOLI, V., 2010: «Dalla non considerazione di colpevolezza alla regola dell’oltre il ragionevole dubbio», in *Diritto penale e processo*, 9: 1029-1038.
- GASCÓN ABELLÁN, M., 2010: *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- GIANNELLI, P.C., 2003: «The Supreme Court’s “Criminal” Daubert Cases», in *Seton Hall Law Review*, 33 (4): 1071-1112.
- GILL, P., 2016: *Misleading DNA Evidence: Reasons for Miscarriages of Justice*, London: Academic Press.
- GIULIANI, A., 1988: «Prova (filosofia) », in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII. Milano: Giuffrè: 518-579.
- 1997: «Prova e convincimento: profili logici e storici», in *La prova penale*, Quaderni del C.S.M., 98, Roma: Consiglio Superiore della Magistratura: 142-156.
- GOSS, R., 2016: *Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Oxford-Portland (Oreg.): Hart Publishing.
- GRIFFITHS, J., 2017: «What is sociology of law? (On law, rules, social control and sociology) », in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 49 (2): 93-142.

- GUASTINI, R., 2011: *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè.
- HAACK, S., 2014, *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge et al.: Cambridge University Press.
- 2015: «The Expert Witness: Lessons from the U.S. Experience», in *Humana Mente. Journal of Philosophical Studies*, 28: 39-70.
- HANSON, N.R., 1958: *Patterns of Discovery an Inquiry Into the Conceptual Foundations of Science*, Englewood Cliffs (New Jersey): Prentice Hall.
- HART, H.L.A., 1961: *The concept of law*, London: Oxford University Press.
- HEMPEL, C.G., 1965: *Aspects of scientific explanation and other Essays in the Philosophy of Science*, New York: The Free Press.
- 1966: *Philosophy of Natural Science*, Prentice Hall: Princeton University Press.
- HO, H.L., 2015: «The Legal Concept of Evidence», in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Zalta, E.N. (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/evidence-legal/>.
- HUBER, P.W., 1993: *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*. New York: Basic Books.
- ILLARI, P., RUSSO, F., 2014: *Causality: Philosophical Theory Meets Scientific Practice*, Oxford: Oxford University Press.
- INCAMPO, A., SCALFATI, A. (ed. by), 2017: *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Bari: Cacucci.
- JASPERS, K., 1996: *Allgemeine Psychopathologie*, Berlin-Heidelberg-New York: Springer.
- JURS, A.W.: 2012: «Balancing Legal Process with Scientific Expertise: Expert Witness Methodology in Five Nations and Suggestions for Reform of Post-Daubert U.S. Reliability Determinations», in *Marquette Law Review*, 95 (4): 1329-1415.
- KANNER, A., CASEY, M.R., 2007: «Daubert and the disappearing Jury Trial, in University of Pittsburgh Law Review, 69: 281-329.
- KANT, I., 1922: *Kritik der praktischen Vernunft*, Leipzig: F. Meiner.
- KENDIG, C. (ed. by), 2016: *Natural Kinds and Classification in Scientific Practice*, Abingdon-New York: Routledge.
- KELSEN, H., 1960: *Reine Rechtslehre*. Wien: F. Deuticke.
- LAUDAN, L., 2006: *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge et al.: Cambridge University Press.
- LUHMANN, N., 1974: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: W. Kohlhammer.
- LUPÀRIA, L., BELLUTA, H., 2017: *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite, in Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 3, [http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC\\_Riv\\_Trim\\_3\\_17.pdf](http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_3_17.pdf): 151-162.
- MCDERMOTT, Y., 2016: *Fairness in International Criminal Trials*, Oxford: Oxford University Press.
- MENGGONI, L., 1996: *Ermeneutica e dogmatica giuridica, Saggi*. Milano: Giuffrè.
- MITTELSTAEDT, P., WEINGARTNER, P.A., 2005: *Laws of Nature*, Berlin-Heidelberg: Springer.
- MORGENSTERN, M., 2017: «Daubert v. Frye: A State-by-State Comparison», in *The Expert Institute*, <https://www.theexpertinstitute.com/daubert-v-frye-a-state-by-state-comparison/>.
- MNOOKIN, J.L., 2001: «Fingerprint Evidence in an Age of DNA Profiling», in *Brooklin Law Review*, 67 (1), 14-71.
- NANCE, D.A., 2003: «Reliability and the Admissibility of Experts», in *Seton Hall Law Review*, 34: 191-253.
- NEWMAN, J.O., 1993: «Beyond "Reasonable Doubt" », in *New York Law Review*, 68 (5): 979-1002.
- NOBILI, M., 1974: *Il principio del libero convincimento*, Milano: Giuffrè.
- ORTH, J.V., 2003: *Due Process of Law: a brief history*, Lawrence (Kans.): University Press of Kansas.
- PADOA SCHIOPPA, A., 1994: *La giuria penale in Francia. Dai "Philosophes" alla Costituente*, Milano: LED.
- PALIERO, C.E., 2006: «Il "ragionevole dubbio" diventa criterio», in *Guida al Diritto*, 10: 73-82.
- PASCIUTA, B., LOSCHIAVO, L. 2018: *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma: RomaTrePress.
- PINO, G., 2016: *Teoria analitica del diritto I: La norma giuridica*, Pisa: ETS.
- POPPER, K.R., 2002: *The Logic of Scientific Discovery*, London-New York: Routledge.
- RADBRUCH, G., 2003: *Rechtsphilosophie* (1932), hrsg. von R. Dreier u. S.L. Paulson, Heidelberg: C.F. Müller.

- RICKERT, H., 1896: *Die Grenzen der Naturwissenschaften Begriffsbildung: Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften*, Freiburg i.B.-Leipzig.
- ROBERTS, P., ZUCKERMAN, A., 2012: *Criminal evidence*, Oxford: Oxford University Press.
- RUGGIERI, F., 2012: «La circolazione di “libero convincimento e giuria” all’epoca del primo codice unitario: gli equivoci di un trapianto sbagliato», in *Criminalia*: 229-257.
- 2017: «Beyond any reasonable doubt: una matrice di *common law*», in Incampo, A., Scalfati, A. (ed. by), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Bari: Cacucci: 307-323.
- SADOCK, B.J., SADOCK V.A., RUIZ P., 2017: *Kaplan & Sadock’s Comprehensive Textbook of Psychiatry*, Philadelphia et al.: Wolters Kluwer.
- SALMON, W.C., 1990: *Four Decades of Scientific Explanation*, Minneapolis: University of Minnesota Press
- SHAPIRO, B., 1991: “*Beyond reasonable Doubt*” and “*Probable Cause*”, Berkeley-Los Angeles-New York: University of California Press.
- STELLA, F. 1990: *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano: Giuffrè.
- 2003: *Giustizia e modernità: La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Milano: Giuffrè.
- TARUFFO, M., 2005: *La prova scientifica nel processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 59 (4): 1079-1111.
- 2009: *La semplice verità: Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari: Laterza.
- THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2008: *Federal Rules of Evidence. December 1, 2008*, <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>.
- TONINI, P., 2011: «La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza», in *Diritto penale e processo*, 11: 1341-1347.
- TONINI, P., CONTI, C., 2012: *Il diritto delle prove penali*, Milano: Giuffrè.
- TOURNIER, C. 2003: *L’intime conviction du juge*, Aix-en-Provence: PUAM.
- TUZET, G., 2016: *Filosofia della prova giuridica*, Torino: Giappichelli.
- TWINING, W., 1990: *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Evanston (Illinois): Northwestern University Press.
- UBERTIS, G., 2015: *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano: Giuffrè.
- VÁSQUEZ ROJAS, C., 2015: *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons.
- VÁSQUEZ ROJAS, C. (ed. by), 2013, *Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons.
- VOLOKH, A., 1997: *Guilty Men*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 146: 173-216.
- VOSK, T., EMERY, A.F., 2014: *Forensic Metrology: Scientific Measurement and Inference for Lawyers, Judges, and Criminalists*, Boca Raton (Flor.): CRC Press.
- WALDMAN, T., 1959: *Origins of the Legal Doctrine of the Reasonable Doubt*, in *Journal of the History of Ideas*, 20: 299-316.
- WALTER, G., 1979: *Freie Beweiswürdigung: Eine Untersuchung zur Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung*, Tübingen: Mohr.
- WELCH, C.H., 2006: «Flexible Standards, Deferential Review: Daubert’s Legacy of Confusion», in *Harvard Law Journal of Law and Public Policy*, 29 (3): 1085-1105.
- WHITMAN, J.Q., 2008: *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven-London: Yale University Press.
- WIGMORE, J.H., 1940: *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, IX. Boston: Little Brown & Co.
- WINDELBAND, W., 1915: *Präludien. Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte*, 2. Tübingen: Mohr.

## LA PRUEBA ILÍCITA ANTE LA BIFURCACIÓN DEL TRIBUNAL PENAL

Juan Pablo Aristegui Spikin<sup>1</sup>

A Manuel Miranda Estrampes,  
*in memoriam.*

*Law shews itself in a mask.*  
Jeremy Bentham<sup>2</sup>

**RESUMEN:** El artículo propone aproximarse a la prueba ilícita atendiendo al diseño institucional del sistema de justicia penal, a fin de mostrar problemas que de otra manera son ignorados. Utilizando las herramientas analíticas desarrolladas por la teoría racional de la prueba, se examinan las implicaciones de la bifurcación del tribunal penal en un tribunal de control de admisibilidad de las pruebas y un tribunal de juicio. Se emplea el proceso penal chileno como caso de estudio y se revisa críticamente el trasplante de excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita y la prohibición de valoración de prueba ilícita.

**PALABRAS CLAVE:** prueba ilícita, regla de exclusión, diseño institucional, admisibilidad, valoración

## ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE AND THE BIFURCATED CRIMINAL COURT

---

<sup>1</sup> Universidad Adolfo Ibáñez, Chile (juan.aristeguispikin@uai.cl). Agradezco a Manuel Miranda, Diego Dei Vecchi, Jordi Ferrer y Carmen Vázquez por sus valiosos comentarios a la versión original, presentada como trabajo final del programa de Master en Razonamiento Probatorio de la Universitat de Girona y la Università degli Studi di Genova.

<sup>2</sup> Citado en HART, 1982: 23.

**ABSTRACT:** The paper argues for an approach to the topic of illegally obtained evidence that focuses on the institutional design of the criminal justice system, in order to highlight some issues that otherwise remain ignored. Using the analytical tools developed by the rationalist theory of evidence law, the paper examines the implications of a criminal court divided into two tribunals, both professionals, one in charge of the admission of evidence and the other functioning as trial court. By using the Chilean criminal procedure as a case study, the paper criticizes the transplant of exceptions to the exclusionary rule, and the prohibition of assessment of illegally obtained evidence.

**KEYWORDS:** illegally obtained evidence, exclusionary rule, institutional design, admission of evidence, assessment of evidence

**SUMARIO:** 1. Introducción.—2. La prueba ilícita y la configuración del sistema acusatorio en Chile. 2.1. Principio acusatorio y regla de exclusión. 2.2. La regla de exclusión de prueba ilícita en el derecho procesal penal chileno.—3. La primera vía: admisión de la prueba ilícita. 3.1. El trasplante de las excepciones a la regla de exclusión. 3.2. Incompatibilidad del *deterrence* con el proceso penal chileno.—4. La segunda vía: valoración de la prueba ilícita. 4.1. La “valoración negativa” de la prueba ilícita. 4.2. Los límites de la motivación. 4.3. El recurso de nulidad y la valoración de la prueba ilícita.—5. Cierre.—6. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

La discusión en torno a la prueba ilícita, tal y como suele desenvolverse en el contexto europeo continental y latinoamericano, ha tomado distancia respecto de las cuestiones de diseño institucional del proceso penal, concentrándose en otros aspectos. Con ello, algunos problemas relevantes permanecen oscurecidos e incluso son agudizados por determinadas prácticas forenses. El presente artículo tiene por objeto poner de relieve algunas implicaciones en materia de admisión y valoración de la prueba ilícita, de la «bifurcación» (la expresión es de Mirjan DAMAŠKA, 1997) del órgano jurisdiccional penal en un tribunal de control de admisibilidad de las pruebas y un tribunal de enjuiciamiento.

Con tal finalidad, el artículo se vale de las herramientas analíticas avanzadas por la contemporánea teoría racional de la prueba. Así, a modo de propósito colateral, se busca mostrar que dichos recursos conceptuales pueden ser eficazmente empleados para la crítica de diseños institucionales. Esto no debería resultar extraño a una teoría que encuentre en Jeremy Bentham a uno de sus precursores (TWINING, 2006 y 1985), aunque solo asuma un compromiso «cuasi-benthamiano» (FERRER, 2010). Siguiendo a H.L.A. Hart, el proyecto de Bentham se deja reconstruir como un programa de «desmitificación» del derecho (HART, 1982), dentro del cual la crítica de las instituciones ocupa un lugar central. El presente artículo busca dar un paso en ese sentido.

Un análisis de este tipo exige interiorizarse en las especificaciones de un determinado diseño institucional. Aquí se utiliza el proceso penal chileno como caso de estudio, si bien las observaciones que se formulan pueden ser —enfrentando los desafíos

propios de todo examen comparativo— de provecho para la mejor comprensión de otros ordenamientos, ya sean de similar estructura o bien sirviendo de contraste. Son dos los atractivos del proceso penal chileno como caso de estudio: primero, como se reseña a continuación, el sistema de justicia penal vigente en este país ha asumido un compromiso con una estructura acentuadamente acusatoria; y, en segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, conforme a dicho diseño se instituye la bifurcación del órgano jurisdiccional en dos tribunales profesionales. Este último aspecto permite focalizar el análisis en el objeto de interés trazado aquí, desligándose de otra dimensión de la bifurcación del tribunal penal tradicionalmente debatida en el contexto angloestadounidense: la supuesta dependencia del derecho probatorio respecto de la institución del jurado (SCHAUER, 2006).

La Corte Suprema de Chile ha hecho lugar a la admisión y valoración de prueba ilícita. A contrapelo de cierto discurso laudatorio sobre la reforma procesal penal chilena, del tenor de las disposiciones legales y de declaraciones de la propia Corte, ella acepta —sin decirlo y tal vez sin desearlo— que una condena penal se funde en prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales. Dos han sido las vías abiertas para ello: en el nivel del control de la admisibilidad de la prueba, ha hecho aplicables las diversas excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita reconocidas por la jurisprudencia estadounidense. Y en el nivel de la valoración de la prueba, según ha instruido la Corte, cuando el tribunal de juicio llega a tomar conocimiento de un medio de prueba al que se ha accedido de manera ilícita (sin que se lo excluyera oportunamente en la audiencia preparatoria) debe valorarlo *negativamente*. Si bien esto puede ser entendido —como hace, en efecto, cierta dogmática bienintencionada— a modo de una postulada prohibición de valoración de prueba ilícita, aquí se pretende mostrar que esa posición soslaya las implicaciones del diseño institucional del proceso penal chileno. Se trata, en consecuencia, de una solución insatisfactoria ya que, paradójicamente, despoja al imputado del mecanismo previsto por la ley para impugnar la condena fundada en prueba ilícita.

## 2. LA PRUEBA ILÍCITA Y LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO EN CHILE

Hoy en día es extendido el compromiso de los ordenamientos jurídicos con un —siguiendo la denominación usada por Manuel Miranda— *principio de licitud de la prueba*, conforme al cual «toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales» (MIRANDA, 2010: 132). Le acompaña la infaltable referencia a las palabras del Tribunal Supremo Federal alemán, elevadas a una especie de *slogan* de la disciplina del derecho procesal penal contemporáneo: la verdad no puede ser buscada «a cualquier precio» (BGHSt, 14 de junio de 1960, 14, 358, 365). De aquel principio se sigue que, respecto de la prueba tachada de ilícita, rige una *prohibición de admisión y de valoración* (MIRANDA, 2010: 138) (o bien, en la fórmula desarrollada por la doctrina italiana, su *inutilizzabilità* (MIRANDA, 2013: 165-176)). No es relevante aquí referirse a todas las cuestiones interesantes que suscita la prueba

ilícita en el derecho chileno o comparado. Simplemente, a fin de enmarcar la discusión de los siguientes apartados, en este se formulan algunas observaciones, más bien generales, acerca de la prueba ilícita y su relación con la específica configuración institucional del sistema de justicia penal chileno.

## 2.1. Principio acusatorio y regla de exclusión

El legislador chileno dio forma jurídica a la prueba ilícita mediante el establecimiento de una *regla de exclusión*, cuya operación se inserta en la propia estructura acusatoria del proceso penal. Si bien puede concederse que «entre acusatorio y regla de exclusión no existe una relación esencial, sino contingente» (AGUILERA, 2008: 74), en el caso chileno el entrelazamiento entre ambos vino dado por la (por supuesto, contingente) historia de la superación del inquisitivo.

Hasta el año 2000 rigió en Chile un procedimiento penal de carácter fuertemente inquisitivo, heredado de la colonia española. Desarrollándose tempranamente el proceso de independencia nacional (1810-1818), el sistema de justicia penal chileno no tuvo siquiera la oportunidad de aprovechar la reforma ilustrada que atravesó el continente europeo durante el s. XIX y que alcanzó a España en 1882. El proceso penal de la nueva república continuó rigiéndose, con adaptaciones, por el derecho monárquico, incluso *ad portas* del s. XX. El Código de Procedimiento Penal de 1906, que imperaría durante un siglo, actualizó dicha regulación sin pretensiones de introducir cambios al sistema, aun cuando su gestación tuvo a la vista las reformas europeas habidas para entonces. El compromiso institucional con el inquisitivo se radicalizó todavía más cuando, en 1927, los promotores fiscales fueron suprimidos. Así coincidieron –y se confundieron– en las manos de un mismo juez las funciones de investigar, acusar y juzgar.

La inercia legislativa cedió recién a fines del s. XX, en parte gracias a la influencia del movimiento de reforma procesal penal que ya recorría Latinoamérica y a los esfuerzos de profundización de la democracia, que sobrevivieron a su recuperación tras desmoronarse las dictaduras. Pero no debe perderse de vista que el antiguo sistema había devenido incapaz de lidiar con el volumen de criminalidad que enfrentaba el país y fue la demanda local por mayor seguridad lo que propició que el proyecto de reforma fuera capaz de convocar el apoyo de distintos sectores políticos. Así, dos agendas políticas diferentes convergieron en el nuevo Código Procesal Penal del año 2000, planeándose su realización por medio de un procedimiento acusatorio y organizado en torno a la centralidad del juicio oral y público.

Esta configuración institucional refleja, en sus diversas capas, un contundente rechazo del inquisitivo y un reconocimiento del principio acusatorio que transformó la fisonomía del proceso penal chileno. Sin pretensión alguna de proporcionar una definición *claire et distincte* del acusatorio, aquí interesa destacar su principal manifestación institucional: provocar un *doble desdoblamiento* del Estado al interior del proceso penal. Primero, las funciones de acusar y juzgar fueron asignadas a órganos

estructuralmente diferenciados, el ministerio público y el tribunal, respectivamente. Se trata de la dimensión esencial del acusatorio: quien acusa no juzga (ARMENTA, 2014: 29-93; 2012: 19-36; y 1998). Con ello se buscó asegurar la imparcialidad del tribunal al juzgar sobre el mérito de la acusación, imparcialidad que tanto se echaba de menos bajo el antiguo sistema. Junto con hacer posible un juzgamiento imparcial, este diseño sometió la hipótesis de la acusación a dos filtros: primero, la decisión del fiscal de acusar sobre la base del mérito de la acusación; y luego, la decisión del tribunal de condena o absolución sobre la base del mérito del juicio oral. Se trata de dos decisiones de diversa naturaleza, lo cual explica sus diferencias en cuanto al material sobre el cual se decide (la investigación en el primer caso, la prueba rendida en juicio en el segundo) y el estándar de prueba que debe sortearse (“fundamento serio” para acusar, “convicción más allá de toda duda razonable” para condenar). Pero se trata, además, de decisiones tomadas por dos órganos estatales diferenciados e independientes entre sí; y solo cuando tales decisiones coinciden, se dicta condena e impone una pena.

También se asignó al ministerio público la función de investigar. En vigor del Estado de derecho, la investigación penal no puede quedar enteramente entregada a la discreción del fiscal o la policía. La legitimidad de las medidas estatales coercitivas e intrusivas que son inherentes a la ejecución de esta función depende –para decirlo con las palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos en relación con la exigencia de autorización judicial previa– de «la interposición del juez entre el ciudadano y la policía» (por ejemplo, en *McDonald v. United States*, 335 U.S. 451, 455-456 (1948)). La urgencia de someter ciertas actuaciones estatales limitadoras de derechos constitucionalmente protegidos a control judicial enciende, sin embargo, otro foco de parcialidad del tribunal. A fin de ahogarlo, se articuló un segundo desdoblamiento del Estado, esta vez al interior de la propia organización judicial, el cual consistió en establecer dos tribunales con competencias diferenciadas: un tribunal (unipersonal y profesional) a cargo del control de la legalidad de la investigación y de la preparación del juicio, incluido el control sobre la admisibilidad de las pruebas (denominado juzgado de garantía) y un tribunal (colegiado y profesional) de enjuiciamiento (denominado tribunal de juicio oral en lo penal). De este modo, la bifurcación del tribunal penal se deja comprender a la luz del principio acusatorio y como garantía de la centralidad del juicio: el tribunal que decide sobre los hechos solo puede fundar su decisión en la prueba rendida en el juicio, ventilada “inmediatamente” en audiencia pública y expuesta a la confrontación de los litigantes. O, dicho de otro modo, las actuaciones de la investigación carecen de valor probatorio, asegurándose así la «perplejidad» con que el tribunal de juicio debe aproximarse a la prueba, vale decir, la posición subjetiva «de quien todavía no sabe a qué atenerse, porque aún *no conoce* según las reglas» (ANDRÉS, 2015: 268, énfasis en el original).

Este modo de organización institucional de conformidad al principio acusatorio configura el contexto operativo de la regla de exclusión de prueba ilícita. Ahora, desde un punto de vista analítico, la conceptualización de una regla de exclusión supone situar su operación en el nivel de la *admisibilidad* de la prueba, esto es, siguiendo la

distinción trazada por Jordi Ferrer, al producirse «la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión» (FERRER, 2007: 41)<sup>3</sup>. Si bien Ferrer advierte que *admisibilidad, valoración y decisión conforme al estándar* de la prueba corresponden a «tres momentos lógicamente distintos y sucesivos, aunque en los procesos de toma de decisiones reales pueden presentarse entrelazados» (ídem); en el caso del proceso penal chileno, el primero de esos momentos no solo puede ser analíticamente delimitado, sino que se encuentra estructuralmente diferenciado. Debido a esto, algo de la regla de exclusión se juega en la bifurcación del tribunal. Como ha mostrado Damaška, aunque suele fundamentarse la necesidad de contar con reglas de exclusión en la institución del jurado, atender a la división del tribunal puede arrojar una mejor luz<sup>4</sup>. Por supuesto, este autor viene comentando la separación entre los estadounidenses *bench* y *jury*, pero el argumento puede ser enteramente extendido a un sistema compuesto por jueces letrados profesionales en los dos extremos de la bifurcación (DAMAŠKA, 1997: 27, n. 2), como es el caso chileno.

En lo restante de esta sección se caracteriza el modo de operación de una *regla de exclusión* y su vínculo con la estructura del tribunal, para mostrar luego cómo se inserta la regla de exclusión *de prueba ilícita* en ese esquema. Este panorama institucional proporciona el trasfondo de los apartados siguientes.

Ya se decía que el juicio sobre *admisibilidad* de la prueba da cuenta de los límites que se imponen al material probatorio que puede tener a la vista (¡y al oído!) el tribunal al momento de juzgar. Este recorte de la realidad determina la especificidad de la prueba *jurídica*<sup>5</sup>: el material de la decisión se agota en la prueba aportada y admitida al proceso. Esta peculiaridad jurídica se ve confirmada en tanto la composición de aquel conjunto de elementos de juicio resulta de la operación sucesiva de dos filtros de diversa naturaleza: primero, un criterio epistémico general, un *principio de relevancia* que «prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante sobre los hechos que se juzgan» (FERRER, 2007: 42)<sup>6</sup>. De acuerdo con Ferrer, la vigencia de este principio se encontraría doblemente justificada: *epistemológicamente*, por cuanto «garantiza la mayor probabilidad de que los enunciados que se declaren probados coincidan con la verdad»; y *jurídicamente*, por cuanto condiciona el ade-

<sup>3</sup> Cabe formular aquí una prevención: de acuerdo con Ferrer, este momento de la actividad probatoria no se agota en el examen de admisibilidad de los medios de prueba, sino que se extiende sobre fases posteriores del procedimiento, comprendiendo la rendición de la prueba en juicio. Esa dimensión resulta ensombrecida aquí, con la finalidad de vincular esquemáticamente la distinción de Ferrer con la bifurcación del tribunal y así ilustrar de manera más nítida el argumento. Mayor lealtad a la distinción de Ferrer exhibe CORTÉS-MONROY (2018).

<sup>4</sup> Dice DAMAŠKA, 1997: 26-27: «[E]n sí mismo, el factor del jurado no requiere de un derecho probatorio técnico. [...] El espacio para un derecho probatorio de carácter técnico comienza a abrirse solo cuando el tribunal de juicio se separa en dos partes. [...]a creciente bifurcación del tribunal de juicio trae consigo un medioambiente institucional que favorece la aplicación efectiva de reglas que ocultan información probatoria al juzgador de los hechos».

<sup>5</sup> Así, FERRER, 2007: 41-42; y TARUFFO, 2011: 327-357.

<sup>6</sup> Sobre este criterio epistémico de relevancia, véase TARUFFO, 2011: 364-378; 2010: 161-176; 2008, 37-42; y FERRER, 2007: 68-76.

cuado ejercicio del derecho a la prueba (*ibidem*: 78). Se lo puede caracterizar como un principio *de inclusión* de pruebas, toda vez que tiene prioridad lógica sobre el segundo filtro<sup>7</sup> y prescribe «que toda prueba relevante sea por ello mismo admisible» (TARUFFO, 2011: 368). Relevancia, aquí, es «equivalente al valor probatorio potencial de una proposición fáctica [...] medido en grados de probabilidad de que sea verdadera otra proposición fáctica que se infiere de la primera» (MUFFATO, 2014: 65). De este modo, un elemento de juicio «permite fundar en él (por sí solo o conjuntamente con otros elementos) una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar» (FERRER, 2007: 71). Un criterio de este tipo, puramente epistémico, no basta para distinguir la prueba *jurídica* de otras formas de prueba. Hace falta que operen los criterios propiamente jurídicos de *admisibilidad*, los cuales adoptan la forma de *reglas de exclusión*, esto es, reglas que cumplen la función negativa de ordenar la exclusión de información que ha superado el umbral de la relevancia. Se trata, por consiguiente, de información que en términos estrictamente epistemológicos debería ser incluida. La decisión judicial sobre los hechos solo puede basarse, empero, en aquellos elementos de juicio *incluidos* por ser relevantes y *no excluidos* en razón de considerárselos jurídicamente admisibles.

La exclusión de prueba relevante eriza a epistemólogos y (algunos) juristas, e incluso llevó a Bentham a proclamar, muy en su espíritu abolicionista, palabras que hoy son tantas veces citadas en la literatura pertinente: «*to exclude evidence is to exclude justice*». En vista de la tensión entre el principio epistémico de inclusión y las reglas (jurídicas) de exclusión (que lo «excepcionan» (FERRER, 2007: 70)), estas últimas demandan una justificación robusta. Después de todo, la operación de una regla de exclusión importa un sacrificio epistemológico que *puede* disminuir las probabilidades de que la decisión judicial consiga dar por probados enunciados fácticos coincidentes con la verdad de los hechos.

La peculiaridad de la prueba jurídica reside, entonces, en la concesión epistemológica implicada en las reglas de exclusión y que puede fundamentarse por referencia a finalidades de dos diversas naturalezas: hay reglas de exclusión que, obedeciendo a consideraciones propiamente epistemológicas, ordenan la marginación de información que no obstante ser relevante, es de escaso valor probatorio o conlleva cierto riesgo de ser sobrevalorada por el juzgador de los hechos. Por ello se las puede calificar como reglas de exclusión *intrínsecas* al razonamiento probatorio (así, DAMAŠKA, 1997: 14; y FERRER, 2007: 44 y 85). Y también las hay que obedecen a valores distintos de la averiguación de la verdad y que el ordenamiento jurídico estima bastantes como para justificar la exclusión de información relevante, y asumir el costo que ello implica en cuanto a la corrección de la decisión y la realización de otras finali-

---

<sup>7</sup> Así, TARUFFO, 2011: 364: «Entre estos dos criterios [el de la relevancia de la prueba y el de su admisibilidad] hay un orden lógico según el cual la prioridad corresponde al de la relevancia: así, si una prueba es irrelevante no tiene sentido preguntarse si es o no jurídicamente admisible, ya que su adquisición sería en todo caso inútil: en consecuencia, el criterio de admisibilidad opera únicamente en el sentido de excluir del proceso pruebas que serían relevantes para la determinación de los hechos».

dades jurídicas que dependen de esta última<sup>8</sup>. Se las puede calificar como reglas de exclusión *extrínsecas* al razonamiento probatorio (así, DAMAŠKA, 1997: 12; y FERRER, 2007: 43 y 85). Las reglas de este último tipo producen, aunque de manera colateral, un efecto “contra-epistémico”.

La riqueza de esta distinción es amplia y tal vez desatendida en su variedad. Aquí se la invoca con dos propósitos. Primero, el carácter *extrínseco* de la regla de exclusión de prueba ilícita ya anuncia las tensiones que le rodean. Y luego, como se espera mostrar, esta distinción permite visibilizar que estas dos clases de reglas de exclusión, en razón de sus respectivos fundamentos, se vinculan de manera diferente con la *valoración* de la prueba y la *motivación* de la decisión judicial sobre los hechos. Antes, sin embargo, corresponde referirse brevemente a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su consagración en el ordenamiento jurídico-procesal penal chileno.

## 2.2. La regla de exclusión de prueba ilícita en el derecho procesal penal chileno

La sección previa pretende haber mostrado que, en el proceso penal chileno, la diferenciación analítica del “primer momento” de la actividad probatoria tiene un correlato institucional, diseñado de modo de resguardar la centralidad del juicio oral. Un tribunal bifurcado hace posible que el examen de admisibilidad de la prueba tenga lugar en una fase previa al juicio y ante un juez diferente, evitándose con ello que el tribunal de juicio llegue a tener contacto con la prueba a ser excluida y comprometa así su imparcialidad. Esta estructura permite que las reglas de exclusión cumplan su cometido. En esta sección se da cuenta de la operación de la regla de exclusión *de prueba ilícita* en particular.

El inquisitivo en Chile, como en otros ordenamientos, propugnó la eficacia de la prueba ilícita para sustentar una condena penal. De ahí que el legislador de la reforma procesal penal resolviera hacerse cargo del problema de la prueba ilícita y, de manera consistente con la estructura del procedimiento que instituía, diera a su solución la forma jurídica de una *regla de exclusión*. El específico modo de consagración normativa de una regla de este tipo es variado en el derecho comparado: es común que sea fruto del desarrollo (¿creación?) por un tribunal supremo o constitucional por medio de su jurisprudencia de control de la conformidad constitucional de las actuaciones de la persecución o el juzgamiento penal<sup>9</sup>. Común es también que esa jurisprudencia

<sup>8</sup> El sacrificio epistémico producido por la exclusión de prueba puede redundar en frustrar no solo la finalidad de *reducir errores*, sino también la de averiguación de la verdad en tanto objetivo «estructuralmente necesario para que funcione el propio derecho como mecanismo de motivación de la conducta» (FERRER, 2007: 82). De acuerdo con Ferrer, esto fundamenta que la averiguación de la verdad tenga *prioridad* sobre otros valores que pueden ser promovidos por medio del derecho probatorio.

<sup>9</sup> Para el caso estadounidense, véase ALLEN *et al.*, 2011: 340-352; ARMENTA, 2011: 29-34; CORREA R., 2018a: 26-29; HERNÁNDEZ, 2005: 10-15; KAMISAR, 2006; y MIRANDA, 2010: 134-135. Para el caso italiano, véase ARMENTA, 2011: 42-45; y MIRANDA, 2010: 135; y 2003: 53. Para el caso español, véase AGUILERA, 2008: 83-90; y MIRANDA, 2010: 136-137; y 2003: 53-55.

sea luego sucedida por modificaciones legislativas acordes. El caso alemán sigue una cuerda separada, reconociendo las así denominadas *prohibiciones probatorias*<sup>10</sup>. En Chile, en cambio, el legislador creyó necesaria la formulación expresa de una regla de exclusión de prueba ilícita a través del inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal<sup>11</sup>, en parte para sacudir las prácticas del inquisitivo y en parte a causa de la inclinación de la tradición jurídica de ese país hacia un razonamiento formalista, que hacía improbable que la práctica forense desarrollara prontamente una regla de exclusión por vía de interpretación de las garantías constitucionales del imputado. Sí tuvo lugar, sin embargo, un entendimiento por la doctrina y la jurisprudencia chilenas de que los efectos de la exclusión no solo alcanzan al material probatorio *directamente* obtenido con vulneración de derechos fundamentales, sino también, como corolario lógico, a todo aquel material probatorio *derivado* de esa ilicitud de base. Se trata de lo que en la tradición estadounidense se conoce como *doctrina de los frutos del árbol envenenado* y en Europa continental, con mayor sobriedad, como *efecto reflejo* de la prueba ilícita.

Ahora bien, ya se decía que, en vista de su carácter *extrínseco* al razonamiento probatorio, se vuelve ineludible la tarea de justificar la regla de exclusión de prueba ilícita, identificando con precisión su finalidad. Esto, sin embargo, es objeto de una disputa de nunca acabar y no es esta la oportunidad propicia para zanjarla. No obstante, en lo que resta de esta sección se aborda la cuestión solo en la medida indispensable para el posterior desenvolvimiento del argumento.

Entre la doctrina y jurisprudencia comparadas suele distinguirse, en general, dos alternativas de justificación de la exclusión de la prueba ilícita<sup>12</sup>. La comprensión actualmente imperante en el derecho estadounidense es que la *exclusionary rule* está orientada a regular la actividad policial (*to police the police*), disuadiendo —precisamente mediante la exclusión de la prueba ilícita— a los funcionarios policiales de realizar actuaciones que, aunque encaminadas hacia la legítima finalidad de obtener material probatorio incriminatorio, transgreden los derechos individuales garantizados por la Constitución. Así, la exclusión de la prueba ilícita solo resulta justificada contingentemente, esto es, solo en la medida en que ella sea efectivamente idónea

---

<sup>10</sup> Para el caso alemán, véase CORREA R., 2018b: 146-153; HERNÁNDEZ, 2005: 27-38; y ROXIN, 2000: § 24.D, 188-207.

<sup>11</sup> Prescribe el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal: «Artículo 276. *Exclusión de pruebas para el juicio oral.* [...] El juez de garantía] excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.»

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, JACKSON Y SUMMERS, 2012: 153-158. En rigor, la diversidad de justificaciones es todavía más amplia que la presentada aquí. Una tercera alternativa asume que la regla de exclusión de prueba ilícita es *intrínseca* al razonamiento probatorio: la obtención de un determinado medio de prueba con infracción de derechos constitucionalmente protegidos es un indicio de que probablemente sea escasa la fiabilidad de dicho elemento de juicio. Se trata del tradicional problema de la confesión extraída bajo tortura, respecto de la cual ya la *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) incluía una exigencia de corroboración. Aunque desde hace ya tiempo que una fundamentación de este tipo no suele encontrar adherentes, recientemente Jordi Nieva Fenoll ha salido en su defensa (NIEVA, 2017).

para producir el efecto disuasorio buscado y estén ausentes otros medios alternativos que, produciendo el mismo efecto, no impliquen tan alto costo epistémico.

En los sistemas jurídicos europeos continentales y latinoamericanos, en cambio, es tradicional sostener un fundamento distinto (aunque a ratos parece batirse en retirada). La exclusión de prueba ilícita sería consecuencia directa del «carácter preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento» (MIRANDA, 2003: 53). La legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* estatal depende de que no se lo conciba como un poder desbocado, sino sometido a restricciones. El principal estreñimiento sobre la imposición judicial de una pena consiste en la exigencia de afirmación institucional de la culpabilidad del sujeto, lo cual supone que hayan sido probados los hechos que configuran el delito que se sanciona. Esto requiere de parte de los órganos de persecución penal que recopilen material probatorio suficiente, para lo cual necesitan practicar diligencias investigativas que afectan más o menos intensamente derechos constitucionalmente protegidos. Por lo tanto, estas medidas estatales intrusivas también se presentan necesitadas de legitimación y en caso de no garantizarse esta, difícilmente puede decirse que la imposición judicial de la pena constituyó un acto propio de un Estado de derecho. Se pone en jaque, así, la “integridad judicial” (y en rigor, no solo judicial, sino del aparato punitivo estatal en su conjunto). Una sofisticada defensa de esta fundamentación ha sido desarrollada también en el contexto anglosajón: de acuerdo con Antony Duff *et al.*, la imposición de una pena «implica que el Estado, por medio del proceso penal, está en la posición moral de condenar al acusado» (DUFF *et al.*, 2007: 225, énfasis añadido). Según este tipo de justificaciones, habría un fundamento “ético” o “principista” para excluir la prueba ilícita. Así lo ha entendido la Corte Suprema chilena, que reiteradamente ha afirmado que «la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la preservación de la integridad judicial» (por ejemplo, en sentencia de 20 de abril de 2017, rol no. 39.475-16, considerando 11°). Esta pareciera ser también la posición del legislador, que ha incluido sendas reglas de exclusión de prueba ilícita en la regulación de la justicia de familia y de la justicia laboral, donde no tiene cabida la finalidad disuasoria sobre agentes estatales.

Ahora bien, quien defienda una justificación “moral” de la exclusión de prueba ilícita no objetará que ella pueda producir, *además*, un efecto disuasorio sobre la policía. Pero se tratará simplemente de un subproducto o, en el lenguaje de los economistas, una externalidad positiva. A la inversa, de fundarse la exclusión de prueba ilícita en el *deterrence*, no se estará brindando suficiente protección a la integridad judicial, puesto que esta justificación con demasiada facilidad se muestra disponible para hacer *excepciones* a la regla de exclusión. Un auténtico defensor del fundamento ético de la regla de exclusión de prueba ilícita no solo debe hacer declaraciones de principios, sino que debería rechazar tales excepciones para ponerse a recaudo del riesgo de comprometer su integridad. La Corte Suprema de Chile, sin embargo, ha resuelto distinto.

### 3 LA PRIMERA VÍA: ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

El propósito de este apartado es acotado: se busca mostrar que, a pesar de lo dicho hasta ahora, la Corte Suprema chilena ha abierto una vía para afirmar la *admisión* de prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales. Se trata de las *excepciones* a la regla de exclusión. Sin que sea posible hacerse cargo de ellas aquí<sup>13</sup>, nada más se intenta mostrar cuán frágil es su justificación dentro del proceso penal chileno.

#### 3.1. El trasplante de las excepciones a la regla de exclusión

El legislador chileno ha permanecido silente en cuanto a las posibles excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita. Este silencio, sin embargo, no ha representado obstáculo alguno para que la Sala Penal de la Corte Suprema las desarrolle *motu proprio*. La estrategia argumentativa empleada para ello no ha supuesto originalidad de parte de la Corte: se dice que las buenas ideas hay que copiarlas. Así, ha *trasplantado* las excepciones desde la jurisprudencia estadounidense, recibándose en el ordenamiento jurídico chileno tanto la excepción de *buena fe* del funcionario policial<sup>14</sup>, como las excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado (*fuerza independiente, vínculo atenuado y descubrimiento inevitable*). Como se intenta mostrar enseguida, esta operación de importación se ha desarrollado a espaldas del contexto institucional en que la jurisprudencia estadounidense generó las mismas excepciones.

La expansión de la regla de exclusión en los Estados Unidos se produjo durante la segunda mitad del período de la Corte Warren (1953-1969) (KAMISAR, 2006), lapso en que dicho tribunal explotó su jurisdicción de *certiorari* y valiéndose de la doctrina de la *incorporación*, hizo aplicable a nivel estadual los estándares de persecución penal contenidos en la *Bill of Rights*, hasta entonces de sola aplicación federal. Pero el auge de los postergados derechos del imputado pronto dejó ver su contracara: las decisiones de la Corte Warren impusieron un costo demasiado alto sobre la persecución penal y aunque no han sido formalmente revocadas (*overruled*), sí han sido contrarrestadas legislativamente y no puede decirse que hayan logrado asegurar su propia estabilidad en el tiempo<sup>15</sup>. Tan pronto como llegó el tiempo de la sucesión del *Chief Justice* Earl Warren, la Corte Burger comenzó a restringir el alcance de la regla de exclusión y asentar su fundamento en su efecto disuasorio resultó especialmente

<sup>13</sup> Véase ALLEN *et al.*, 2011: 658-673 y 685-706; CORREA R., 2018a; HERNÁNDEZ, 2005: 17-26 y 73-85; MIRANDA, 2010: 140-148; y 2003: 57-59 y 64-66.

<sup>14</sup> Véase, con detalle, CORREA R., 2018a.

<sup>15</sup> Lawrence FRIEDMAN, 1993: 302, reporta: «Esas dramáticas decisiones de la Corte Warren resultaron muy controversiales. Se les dio mucha publicidad y para los tribunales, a diferencia de Broadway, no toda publicidad es buena publicidad. La Corte fue criticada, en ocasiones de manera histérica, acusándosele de pervertir el sentido de la Constitución». Crítico de los logros de la Corte Warren, por pírricos, STUNTZ, 2011: 216-243 («Es una de las extrañas ironías de la historia que Earl Warren [...] ayudó a acomodar la entrada de las duras políticas contra el crimen» (*ibid.*: 216).

propicio. Fue el momento, entonces, de la expansión de las excepciones a la regla de exclusión: allí donde la supresión de la prueba obtenida era incapaz de producir un efecto disuasorio, la regla no debía operar.

Por supuesto, también los ordenamientos que suscriben el fundamento del resguardo de la integridad judicial deben enfrentar las tensiones provocadas por la exclusión de prueba, viéndose en la necesidad de encontrar alguna válvula de escape. Así, la Corte Suprema chilena ha hecho convivir, con asperezas, sus declaraciones sobre la justificación ética de la exclusión de prueba ilícita y las excepciones a la regla de exclusión<sup>16</sup>. Muchas veces, el trasplante se realiza de manera tosca, concediéndose a la respectiva excepción un alcance más amplio que el dado por la jurisprudencia estadounidense<sup>17</sup>; y en otras ocasiones, el proceder del máximo tribunal chileno es sencillamente incomprensible: *combina* las excepciones (¡!)<sup>18</sup>.

Más allá de una falta de pudor intelectual, esta desarticulada recepción de las excepciones a la regla de exclusión pone de manifiesto el rol que ellas desempeñan. Permiten a la Corte, de un lado, declarar su compromiso con la protección de las garantías del imputado a través de la exclusión de la prueba ilícita; mientras que, de otro lado y a la vez, se permite eludir la carga impuesta por dicho compromiso. Y esta ambivalencia se expande a lo largo del sistema de justicia: no se trata simplemente de decisiones aisladas, sino de una jurisprudencia a ser observada por los jueces de garantía en la audiencia preparatoria a propósito del debate sobre exclusión de las pruebas. Esta es la primera vía abierta por la Corte para hacer lugar a condenas basadas en prueba ilícita, con ocasión de un punto crítico del diseño institucional del proceso penal chileno: el juicio sobre la admisibilidad de la prueba.

<sup>16</sup> Por ejemplo, en su sentencia de 20 de abril de 2017, rol no. 39.475-16, tras recordar que en el ordenamiento jurídico chileno la exclusión de prueba ilícita se basa en la protección de la integridad judicial, la Corte pasa a citar cinco decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos (*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963); *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975); *Leon v. United States*, 468 U.S. 897 (1984); y *Utah v. Strieff*, 579 U.S. \_ (2016)), para acabar sustentando la aplicación de la excepción de vínculo atenuado.

<sup>17</sup> Compárese, en relación con la excepción de descubrimiento inevitable, la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984), y la decisión de la Corte Suprema de Chile, de 3 de noviembre de 2014, rol no. 14.781-15.

<sup>18</sup> En su sentencia de 16 de septiembre de 2013, rol no. 4653-13, la Corte Suprema de Chile combina las excepciones de buena fe y descubrimiento inevitable con la finalidad de amparar el ingreso de funcionarios policiales a un domicilio particular sin orden judicial que lo autorizare: «[E]l fallo [recurrido] se hizo cargo de la supuesta infracción de garantías en la recolección de la prueba al sostener que “los funcionarios policiales que tomaron parte de la diligencia en comento dieron cumplimiento a las exigencias del texto del Código Procesal Penal al entender que recibieron legítima autorización para la entrada y registro de [parte de] quien apareció como encargado de dicha propiedad. [...] Bien pudo requerirse al tribunal de garantía competente, de haber sido necesario, la competente [sic] autorización judicial de entrada, registro e incautación [...], de manera que el hallazgo del arma aparecía como una cuestión inevitable, por lo que el supuesto vicio denunciado ninguna trascendencia ha podido tener en el resultado del juicio» (considerandos 7° y 8°).

### 3.2. Incompatibilidad del *deterrence* con el proceso penal chileno

En contra de la inconsistencia apuntada en la sección anterior, podría argumentarse que la jurisprudencia de la Corte evidencia, más que un trasplante torpe, una migración hacia el *deterrence* como fundamento de la exclusión de prueba ilícita. Después de todo, un movimiento en esa dirección puede apreciarse desde hace ya un tiempo en el derecho comparado. Esta sección tiene por finalidad mostrar que ese rumbo está vedado para la Corte en razón del diseño institucional del proceso penal chileno.

El favorecimiento del *deterrence* se explica por su plasticidad. Bajo esta concepción, la regla de exclusión debe ceder en todo caso en que se disponga de un medio alternativo capaz de producir el mismo efecto y que signifique un menor costo. En esta línea suele reivindicarse la posibilidad de imponer sanciones penales o disciplinarias a los funcionarios policiales, así como hacer valer su responsabilidad civil. Sin embargo, la literatura especializada tiende a quedarse en la mera enunciación de estos medios alternativos y no ofrece pruebas de su eficacia. Por ejemplo, si se mira la práctica de muchas agencias policiales estadounidenses de contratar pólizas de seguro para cubrir los riesgos de ser demandadas por mala praxis policial y condenadas al pago de millonarias indemnizaciones, se advertirá que las compañías aseguradoras regulan contractualmente (en función de la determinación de la cobertura del seguro) la conducta policial. Nótese que se trata del mismo fin atribuido a la regla de exclusión: *to police the police*. Sin embargo, el impacto de esta “regulación privada” es bastante menor precisamente tratándose de los casos rutinarios de obtención ilegal de material probatorio de cargo, puesto que estos implican riesgos que son catalogados como menores o insignificantes. No hay incentivos que motiven a las compañías aseguradoras a prestar atención a este tipo de hechos (RAPPAPORT, 2016).

Pero, además de no proporcionarse evidencia acerca de la eficacia de las medidas alternativas, se pasa completamente por alto el contexto institucional específico. Regular la conducta policial es una tarea primordial de todo Estado de derecho. Al hacerlo, se debe definir tanto los comportamientos que necesitan ser regulados, como los mecanismos de control adecuados: la regla de exclusión fracasa en ambos extremos. Naturalmente, no se hace cargo de todas las conductas policiales que deben ser reguladas, sino solo de aquellas orientadas a la recopilación de material probatorio. Y, por otro lado, no parece ser un medio eficaz de control del actuar policial. Algunos ordenamientos europeos continentales y latinoamericanos someten a la policía a la dirección del ministerio público (ROXIN, 1993: 42). Al evaluarse la idoneidad de la regla de exclusión para regular la conducta policial, debe prestarse atención a la configuración de la relación entre la policía y el ministerio público, y especialmente a la distribución de la responsabilidad sobre la investigación.

En el caso del sistema de justicia penal chileno, por ejemplo, la investigación es dirigida de manera exclusiva por el ministerio público, no estando la policía autorizada para investigar de manera autónoma. Los funcionarios policiales, salvo excepciones, solamente pueden actuar por instrucción del fiscal, «ejecutan[do] sus tareas

bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales» (artículo 80 del Código Procesal Penal). En consecuencia, el pretendido efecto disuasorio se encuentra desterrado por definición legal. A lo más, podría operar de manera indirecta, mediado por el fiscal. Sin embargo, en los hechos, la audiencia preparatoria en que se debate la exclusión de prueba ilícita se sitúa más allá del horizonte operativo de las agencias de policía. Esto significa que el destino del material probatorio recopilado es, en realidad, irrelevante para los funcionarios policiales<sup>19</sup>. Esto parece suficientemente sintomático: dada la específica distribución del trabajo al interior del sistema de justicia penal chileno, se produce una compartimentalización de la responsabilidad que hace imposible que la regla de exclusión produzca el efecto que se le atribuye.

Las consideraciones anteriores bastan para descartar el *deterrence* como fundamento de la exclusión de la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico chileno, dada la configuración institucional actual. Esta conclusión se basa, por cierto, en un argumento enteramente sensible a las formas específicas de organización de la persecución penal en un ordenamiento jurídico determinado, de modo que no puede ser generalizado. A pesar de ello, el argumento sí ofrece algo valioso para otros ordenamientos: muestra la conexión entre la regla de exclusión y el diseño institucional del proceso penal. La misma vinculación puede encontrarse, por ejemplo, en el derecho estadounidense: la Corte Warren se propuso hacer realidad la promesa de los *Founding Fathers* de que la *Bill of Rights* brindara protección a toda persona, especialmente a quienes más la necesitaban. Para ello, no sólo hizo de la carta de derechos un código de procedimiento penal de rango constitucional (FRIENDLY, 1965), sino que la llevó dentro de los cuartos de interrogatorio de las estaciones de policía. Ese fue el modo que encontró para alcanzar a un inmenso número de funcionarios policiales dispersos a lo ancho del país y adscritos a un espectro amplísimo de agencias públicas dependientes de un espectro igualmente amplísimo de autoridades locales, de condado, estatales y federales. De eso se trató «el primer disparo de la revolución de la Corte Warren» (KAMISAR, 2006): *Mapp v. Ohio*; de eso se trató la regla de exclusión de la prueba ilícita.

Por último, descartar el efecto disuasorio como fundamento de la exclusión de prueba ilícita no puede contar, sin más, como confirmación del resguardo de la integridad judicial como fundamento. La evaluación de esta justificación no es objeto del presente trabajo. Aquí solo interesa concluir que la Corte Suprema chilena ha tomado distancia respecto del diseño institucional instaurado por la reforma del año 2000, con tal de aceptar las excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita.

---

<sup>19</sup> Así, por ejemplo, invocando la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, se consultó a Carabineros de Chile (una de las dos agencias nacionales de policía) cuántas detenciones fueron practicadas por sus funcionarios durante 2017 y que luego hayan sido judicialmente declaradas ilegales (solicitud No. AD009W0039900, de 18 de diciembre de 2017). La institución respondió indicando que ella no registra esa información y remitió la consulta al ministerio público. Carabineros de Chile no lleva la cuenta de las actuaciones de sus funcionarios que los tribunales estiman como afectaciones ilegales a la libertad de los ciudadanos.

#### 4. LA SEGUNDA VÍA: VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Aun cuando fuera admitida a juicio prueba tachada de ilícita, ella no es saneada por esa sola circunstancia formal. Si bien la dogmática procesal convive con incomodidad con la persistencia de la ilicitud y esgrime la carta de la cosa juzgada o a lo menos de la preclusión, los defensores de la integridad judicial replican, no obstante, que ella posee una dimensión de *integración* de acuerdo con la cual «las distintas partes del proceso penal no pueden ser aisladas unas de las otras. En particular, el juicio penal no puede reclamar que *su* integridad moral se encuentra aisladamente intacta, mientras que hayan ocurrido errores en una fase previa del proceso» (DUFF *et al.*, 2007: 226). Por eso el uso de la expresión “integridad judicial” es siempre impropio, por reduccionista: se trata de la integridad del sistema de justicia en su conjunto.

En el caso chileno, la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria basada en prueba no excluida en la etapa intermedia se encuentra expresamente prevista en la ley<sup>20</sup>. El mecanismo disponible para hacer efectiva esa impugnación es el *recurso de nulidad*, el cual procede –*inter alia*– frente a una infracción sustancial de las garantías fundamentales del imputado, que haya ocurrido en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia. Se ha entendido que se incurre en esta causal cuando el tribunal de juicio valora prueba ilícita y hace uso de ella para fundamentar una sentencia condenatoria. Ello constituiría en sí mismo una vulneración del derecho del condenado al debido proceso.

Como ya se advierte, el mecanismo recién descrito presupone la conclusión del juicio y la dictación de la sentencia definitiva. Esta solución tiene que aparecer como insatisfactoria ante los ojos de quien sostenga que la prueba ilícita «conlleva su *inutilizabilidad* procesal, esto es, la prohibición de su admisión así como de su valoración por el tribunal sentenciador» (MIRANDA, 2010: 138). La cuestión ha sido debatida entre la doctrina chilena<sup>21</sup>, especialmente porque el legislador previó una *regla de exclusión* de la prueba ilícita y una oportunidad procesal precisa para que ella opere, sin que resulte claro si ello importa una *prohibición de valoración* de la misma en el juicio oral. Aunque la cuestión no se encuentra zanjada, dado el compromiso comulgado con el resguardo de la integridad judicial, se ha impuesto tanto en la doctrina como en la jurisprudencia el entendimiento de que rige tal prohibición. Ella se traduciría, de acuerdo con la Corte, en un deber del tribunal de juicio de “valorar negativamente” la prueba ilícita. Este apartado pretende mostrar que, con esto, este tribunal nuevamente ha dado la espalda al diseño institucional del proceso penal chileno: el cumplimiento de dicho deber no resuelve el problema de contaminación del juicio del tribunal y, en cambio, torna inexpugnable su decisión. Así, la Corte ha conseguido abrir una segunda vía para las condenas fundadas en prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales.

---

<sup>20</sup> Así ha sido entendida la regla del inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal que reserva «la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales».

<sup>21</sup> Véase al respecto, CORREA R. (2018b); HERNÁNDEZ (2005): 90; HORVITZ y LÓPEZ (2002): 196-200.

#### 4.1. La “valoración negativa” de la prueba ilícita

No es claro qué quiere decir la Corte cuando utiliza la expresión “valoración negativa”, pero pareciera tratarse de una fórmula de compromiso que tiene el objetivo de compatibilizar la prohibición de valoración de prueba ilícita, con el deber de fundamentación de la decisión sobre los hechos del caso. Así las cosas, el tribunal de juicio que se ve enfrentado a prueba que estima ilícita y que no fue debidamente cribada por el juez de garantía en la audiencia preparatoria, no podrá utilizarla para fundar su decisión y deberá, *con carga a la motivación* de la sentencia, dar razones de ello. Esto último permitiría «detectar a través de la motivación fáctica la eventual incidencia que una prueba ilícita haya podido tener en la valoración del resto de las pruebas de cargo practicadas» (MIRANDA, 2012: 310). La prueba acusada de ilícita, por lo tanto, no puede servir de base para inferencias probatorias conducentes a dar por probado un determinado hecho. Y si lo hiciera de modo clandestino, la fundamentación de la decisión obliga al tribunal a ponerlo en evidencia, haciendo posible el control de la sentencia a través del recurso de nulidad.

#### 4.2. Los límites de la motivación

Deben ser reconocidos los esfuerzos argumentativos de parte de la doctrina –en general de impronta alemana–, así como de la propia Corte Suprema, por armonizar el principio de licitud de prueba con la regulación del procedimiento penal chileno. En efecto, desde un punto de vista dogmático, esta posición al menos proporciona una solución *de lege lata* que consigue sobreponerse a las dificultades que el crítico simplemente elude con su ingenio *de lege ferenda*. Pero, a veces, el remedio puede resultar peor que la enfermedad y entonces urge denunciarlo.

Los defensores de una prohibición de valoración de prueba ilícita se exceden en su optimismo respecto del control *ex post* de la decisión sobre los hechos en virtud de la motivación de la sentencia. Así, por ejemplo, Manuel Miranda:

Es cierto que siempre es posible *maquillar* la motivación, pero, además de ser esta una patología contraria a la ética judicial y a la normativa constitucional y procesal, me atrevo a afirmar que estas operaciones de maquillaje encierran, en la totalidad de los casos, defectos y lagunas en la motivación que resultan plenamente apreciables y que vician de nulidad radical a la sentencia. La motivación en serio de las sentencias, entendida en clave de justificación, y su función *profiláctica* son un verdadero antídoto frente a la arbitrariedad judicial y a los riesgos derivados de una eventual *contaminación* de la prueba ilícita. (MIRANDA, 2012: 311 (énfasis en el original)).

En efecto, a nadie se le escapa que en tal situación ya habrá fracasado la exclusión de prueba, no pudiendo evitarse que el tribunal de juicio haya tomado conocimiento de la información proporcionada por el elemento de prueba prohibido. Pero, se argumenta, la motivación de la sentencia y la disponibilidad de algún medio para su impugnación lograrán paliar el efecto contaminante de la prueba ilícita.

Puede ponerse en cuestión la eficacia de estos mecanismos, sin embargo, a la luz de la distinción entre reglas de exclusión *intrínsecas* y *extrínsecas* al razonamiento probatorio. Como se indicó, las primeras buscan «aumentar la exactitud de la averiguación de los hechos» (DAMAŠKA, 1997: 14), excluyendo evidencias de escasa fuerza probatoria o que conllevan cierto riesgo de sobrevaloración o cierta capacidad generadora de prejuicios. En rigor, estas reglas podrían estimarse prescindibles en dos sentidos diversos: primero, en tanto criterios jurídicos de *admisibilidad*, miran a deficiencias que podrían ser evaluadas por el tribunal de juicio sin necesidad de entrar a conocer cabalmente la información que intentan excluir. No habría, por tanto, una estrecha intimidad entre este tipo de reglas y la bifurcación del tribunal. En segundo lugar, tales deficiencias podrían ser adecuadamente abordadas con ocasión de la *valoración* de la prueba. De ahí que sean estas reglas el principal objeto de la crítica abolicionista<sup>22</sup>. Por esta misma razón, la motivación de la decisión sobre los hechos aparece como un mecanismo que hace posible un adecuado control *ex post* de esa valoración.

Nada de eso puede decirse respecto de las reglas de exclusión *extrínsecas*, como es el caso de la regla de exclusión de prueba ilícita. Al carecer de justificación epistemológica, su sentido y eficacia dependen de evitar que en caso alguno llegue el tribunal de juicio a conocer la información que se pretende excluir. Por ello, no podría reservarse para el momento de la valoración de la prueba la decisión sobre la incorporación de esa información al acervo del tribunal sentenciador. Hay aquí un compromiso necesario con la bifurcación del tribunal. En caso de que el tribunal de juicio llegue a conocer la información que se buscaba excluir, no puede exigírsele que simplemente la ignore, pues «no parece probable que la mente humana sea capaz de procesar información de manera tan estrictamente compartimentalizada» (DAMAŠKA, 1997: 48). Y en derecho, *ultra posse nemo obligatur*. El tribunal de juicio, sea de manera deliberada o –con mayor probabilidad– sin siquiera percatarse de ello, se verá en la necesidad de cubrir con sombras las auténticas razones de su decisión y racionalizar su justificación. Tratándose de la información que es objeto de las reglas de exclusión *extrínsecas*, el control *ex post* de la justificación de la decisión sobre los hechos se verá gravemente debilitado.

#### 4.3. El recurso de nulidad y la valoración de la prueba ilícita

Con la reforma al sistema de justicia penal chileno se adoptó un nuevo régimen de recursos, coherente con la centralidad del juicio oral y público. La doctrina chilena suele interpretar este cambio echando mano a las categorías de *ideal jerárquico* e *ideal de coordinación*, introducidas por DAMAŠKA (1986). El sistema de recursos es, efectivamente, sintomático del carácter de la organización judicial y de manera más

---

<sup>22</sup> «[S]iendo 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» (FERRER, 2007: 85).

general, de la forma de organización del poder del Estado. Comentando la tardía aparición de la apelación dentro de la tradición del *common law*, el comparatista R.C. van Caenegem apuntó: «La introducción de la apelación es un evento político en la medida en que implica el sometimiento de los tribunales inferiores a la autoridad de los tribunales superiores, lo que es una cuestión de la política del poder» (CAENEGEM, 1993: 6). El así denominado *efecto devolutivo*, propio de la apelación, da cuenta de una organización judicial monárquica, en la que el poder de juzgar se concentra en el rey y es delegado a sus funcionarios subalternos: apelando, el recurrente solicita la devolución del poder de juzgar delegado. Bajo esta lógica, el control jerárquico es extenso y la revisión de la decisión escrutada abarca todos sus aspectos, de hecho y de derecho.

También esta dimensión del inquisitivo fue abandonada por la reforma procesal penal. Así, con el recurso de nulidad,

se ha desplazado el sistema de la doble instancia como recurso generalizado hacia la concepción del recurso como control de legitimidad del juzgamiento. [...] El actual sistema de recursos tiene como rasgo que es muy limitado y supeditado a la ideal central de que el juicio oral es único, remitiéndose para ello a los principios de oralidad e inmediación. Su rasgo esencial es que la decisión se adopta en virtud de la prueba percibida directa e inmediatamente por los miembros del tribunal a través de sus propios sentidos [...] (ARAYA, 2018: 44-45).

Como se advierte, el principio acusatorio conlleva una restricción del ámbito de lo revisable vía recurso de nulidad. Fue esta limitación la que, en los tiempos de la reforma, puso en jaque su compatibilidad con el estándar internacional del derecho al recurso. Proyectada la discusión en perspectiva histórica, no puede dejarse pasar que el contemporáneo derecho internacional de los derechos humanos reclama un poder de revisión de la sentencia condenatoria propio del Estado del *ancien régime*.

Por otra parte, puede criticarse que este diseño adolece de cierta inclinación hacia lo que Perfecto Andrés Ibáñez ha denominado «mística de la inmediación» (ANDRÉS, 2015: 272-277; y 2003: 57-66). Eso explica que un connotado jurista chileno (!) haya destacado que el juicio oral permite al tribunal «formarse convicción por la interacción de todos sus sentidos» (TAVOLARI, 2005: 204) y en consecuencia, «la denominación de “juicio oral” es insuficiente, porque no representa cabalmente la característica de aprehender el juez las circunstancias del *thema decidendum* con todos sus sentidos y no meramente con el oído» (*ibid.*: 204, n. 143). Cabría referirse entonces a algo así como el juicio *sensorial* (y es de esperarse que sea solo *penta-sensorial*...).

Esta combinación (restricción de lo revisable y deferencia hacia la inmediación) ha redundado en que el recurso de nulidad solo sirva limitadamente para el control de la decisión judicial sobre los hechos<sup>23</sup>. No puede ahondarse aquí en esta materia. Basta con destacar que, al ponerse el corazón de la reforma procesal penal en el derecho del imputado al juicio oral, ella sirve a dos señores a la vez: por un lado, el juicio mismo sería la mejor garantía de racionalidad de la decisión judicial; del otro

<sup>23</sup> Véase ACCATINO, 2010; 2009; y 2006; y ARAYA, 2018.

lado, escondería una concepción *subjetivista* de la valoración de la prueba. Como consecuencia de ello,

“lo visto y oído” por el juez en ese encuentro sublime con sus fuentes de información, a más de no ser [...] verbalizable y justificable, sería también de imposible fiscalización, por quien no hubiera participado, y en el mismo plano de proximidad, de la misma singular experiencia. (ANDRÉS, 2003: 58).

Es posible volver ahora sobre la cuestión de la “valoración negativa” de la prueba ilícita. Si el tribunal de juicio enfrentado a un elemento probatorio prohibido cumple con la tarea con que le ha cargado la Corte y lo valora “negativamente”, los enunciados fácticos dados por probados en la sentencia *aparecerán* fundados en otros elementos de juicio. Esto puede controlarse en virtud de la satisfacción del deber de fundamentación de la sentencia: como señala Accatino, el control de la motivación ha sido «el principal caballo de Troya» (ACCATINO, 2009: 348) por medio del cual ha podido inmiscuirse un control *ex post* más o menos restringido de la prueba. Pero a la Corte no le ha faltado ocasión para exclamar como Laocoonte: ¡tímeo Danaos et dona ferentes! Puede ocurrir que los elementos de juicio no contaminados por la prueba ilícita justifiquen inferencias probatorias en la misma línea señalada por esta prueba, pero con un menor grado de corroboración. Es decir, por sí solos (esto es, al margen de la prueba ilícita) aquellos elementos de juicio no consiguen afirmar el grado de probabilidad suficiente para dar por probada la hipótesis; grado que en este caso corresponde al estándar de prueba de “convicción” más allá de toda duda razonable.

El recurso de nulidad es ciego ante la situación recién retratada, pues la correcta aplicación del estándar de prueba escapa del ámbito de revisión permitido por este mecanismo<sup>24</sup>. Dada esta limitación, no puede confiarse a la motivación de la decisión judicial de los hechos la misión de servir de garantía definitiva frente a sentencias condenatorias fundadas en prueba ilícita y luego blindadas tras la férrea cortina de la “valoración negativa”. Si, en cambio, se busca permanecer dentro del alcance del recurso de nulidad, alegando una infracción sustancial de garantías fundamentales, la Corte entenderá que falta la *sustancialidad* porque, al haberse valorado negativamente la prueba ilícita, el vicio carece de *trascendencia*, entendida –por influjo de la casación– como incidencia en lo dispositivo del fallo<sup>25</sup>. Así, pueden existir infracciones *intrascendentes* de derechos fundamentales que no acarrearán la nulidad del juicio y de la sentencia. No es difícil que la Corte estime que ese sea el caso cuando el tribunal de juicio ha valorado negativamente la prueba ilícita: no obstante su ilicitud, ella no resulta trascendente porque el tribunal, según el mismo indica en la sentencia, no echó mano a ella para construir la fundamentación de la condena.

De este modo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Chile ha abierto las puertas a la valoración de prueba ilícita y blindado el razonamiento que en ella se basa para condenar. Aunque puede decirse que se trata de un efecto contraproducente no bus-

<sup>24</sup> Al respecto, ACCATINO, 2010.

<sup>25</sup> Sobre la exigencia de trascendencia, véase DEL RÍO, 2018.

cado de manera intencional, en ocasiones la Corte ha llevado las cosas demasiado lejos. Incluso allí donde el tribunal de juicio ha valorado “positivamente” prueba ilícita, la Corte ha negado la nulidad porque, de sustraerse el elemento de juicio cuestionado (¿de acuerdo a un análisis *ex post* e hipotético!), el tribunal de juicio igualmente habría arribado a la decisión de condena<sup>26</sup>.

## 5. CIERRE

Los apartados precedentes representan un esfuerzo por desenmascarar lo que la Corte Suprema chilena *hace* (y no lo que *dice que hace*) cuando resuelve sobre un recurso de nulidad fundado en haberse dictado sentencia condenatoria sobre la base de prueba ilícita. Así, se ha empleado el caso chileno con la finalidad de mostrar que ciertos problemas acerca de la prueba ilícita son ignorados cuando no se atiende debidamente al diseño institucional del proceso penal.

La tarea anterior puede ser mejor emprendida utilizando las herramientas analíticas proporcionadas por la contemporánea teoría racional de la prueba. Así, por ejemplo, una cabal comprensión de las implicaciones de la bifurcación del tribunal puede alcanzarse a partir de la distinción entre reglas de exclusión intrínsecas y extrínsecas al razonamiento probatorio.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, D., 2010: «El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad», en la misma (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot–Legal Publishing, 119-143.
- 2009: «Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXII: 347-362.
- 2006: «La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, XIX (2): 9-26.
- AGUILERA MORALES, M., 2008: «Regla de exclusión y Acusatorio», en BACHMAIER, L. (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 73-108.
- ALLEN, R. *et al.*, 2011: *Criminal Procedure: Investigation and Right to Counsel* (2nd ed.). New York: Wolters Kluwer.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2015: «El juez y la cuestión de hecho: formación de la convicción judicial», en su *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 251-283.

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, en su sentencia de 5 de enero de 2014, rol no. 12.494-2013, sostuvo: «[A]un de no haberse cometido las infracciones [a las garantías del imputado] [los sentenciadores] igualmente habrían mantenido su veredicto condenatorio, privando entonces a lo alegado por el recurrente de influencia en lo dispositivo del fallo». Y en su sentencia de 14 de agosto de 2013, rol no. 4363-2013, resolvió: «[Aunque] en esta actuación [policial] pudiera existir una falta, lo cierto es que [el medio de prueba] constituye un antecedente más dentro de los varios otros que fueron analizados por los jueces del fondo».

- 2003: «Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)», en *Jueces para la Democracia*, 46: 57-66.
- ARAYA NOVOA, M., 2018: *Recurso de nulidad penal y control racional de la prueba. De la epistemología a la praxis*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- ARMENTA DEU, T., 2014: *Estudios de Justicia Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- 2012: *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons.
- 2011: *La prueba ilícita (Un estudio comparado)* (2ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- 1998: «Principio acusatorio: realidad y utilización. Lo que es y lo que no», en *Ius et Veritas*, 16: 216-230.
- CAENEGEM, R.C. van, 1993: *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CORREA ROBLES, C., 2018a: «La buena fe del agente como excepción a la aplicación de la regla de exclusión – derecho estadounidense y derecho chileno →», en *Latin American Legal Studies*, 2: 25-50.
- 2018b: «Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno – con especial referencia al Derecho alemán →», en *Política Criminal*, 13 (25): Art. 4, 144-174.
- CORTÉS-MONROY FERNÁNDEZ, J., 2018: «La “valoración negativa” como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral», en *Revista Ius et Praxis*, 24 (1): 661-692.
- DAMAŠKA, M., 1997: *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press.
- 1986: *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press.
- DEL RÍO, C., 2018: «El principio de trascendencia en relación con el motivo de recurso de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal chileno», en *Política Criminal*, 13 (25): Art. 9, 322-349.
- DUFF, A., et al., 2007: *The Trial on Trial*, Vol. 3 *Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*. Oxford: Hart Publishing.
- FERRER BELTRÁN, J., 2010: «La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana», en ACCATINO, D. (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot–Legal Publishing, 1-19.
- 2007: *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- FRIEDMAN, L., 1993: *Crime and Punishment in American History*. New York: Basic Books.
- FRIENDLY, H., 1965: «The Bill of Rights as a Code of Criminal Procedure», en *California Law Review*, 53 (4): 929-956.
- HART, H.L.A., 1982: «The Demystification of the Law», en sus *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Oxford University Press, 21-39.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, H., 2005: *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*. Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado.
- HORVITZ LENNON, M. I., y LÓPEZ MASLE, J., 2002: *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- JACKSON, J. y SUMMERS, S., 2012: *The Internationalisation of Criminal Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KAMISAR, Y., 2006: «*Mapp v. Ohio*: The First Shot Fired in the Warren Court’s Criminal Procedure “Revolution”», en STEIKER, C. (ed.), *Criminal Procedure Stories*. New York: Foundation Press, 45-99.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., 2013: *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. México: Ubijus Editorial.
- 2012: «¿En qué momento procesal puede acordarse la exclusión de una prueba obtenida de forma ilícita?», en MIRANDA, M., CERDA, R. y HERMOSILLA, F., *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- 2010: «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo de 2010: 131-151.
- 2003: «La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación», en *Jueces para la Democracia*, 47: 53-66.
- MUFFATO, N., 2014: «Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal», en PAPAYANNIS, D. (coord.), *Causalidad y atribución de responsabilidad*. Madrid: Marcial Pons, 45-76.

- NIEVA FENOLL, J., 2017: «Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base», en *Diario La Ley*, 9068: 1-35.
- RAPPAPORT, J., 2016: «An Insurance-Based Typology of Police Misconduct», en *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, 763: 369-405.
- ROXIN, C., 2000: *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- 1992: «Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público», en VV.AA., *El ministerio público en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 37-57.
- SCHAUER, F., 2006: «On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law», en *University of Pennsylvania Law Review*, 155 (1): 165-202.
- TARUFFO, M., 2011: *La prueba de los hechos* (4ª ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- 2010: *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- 2008: *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- TAVOLARI, R., 2005: *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y casos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- TWINING, W., 2006: «The Rationalist Tradition of Evidence Scholarship», en su *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 35-98.
- 1985: *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*. Stanford: Stanford University Press.

CONJETURAS  
Y REFUTACIONES



## EL TESTIMONIO ÚNICO DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

José Luis Ramírez Ortiz

Magistrado, Audiencia Provincial de Barcelona

[joseluisramirezortiz@gmail.com](mailto:joseluisramirezortiz@gmail.com)

[jose.ramirez@poderjudicial.es](mailto:jose.ramirez@poderjudicial.es)

**ABSTRACT:** El autor de este trabajo analiza qué puede aportar la perspectiva de género en el proceso penal en los supuestos de declaración de la víctima como prueba única. Alcanza la conclusión de que en la fase de enjuiciamiento su valor epistémico, suministrando nuevas máximas de la experiencia que permiten valorar las pruebas sin prejuicios, no puede subsanar la insuficiencia de un medio probatorio sobre cuya base, cuando no se encuentra corroborado, no puede entenderse válidamente desvirtuada la presunción de inocencia. No obstante lo cual, destaca que, en estos casos, en la fase investigativa la perspectiva de género adquiere una notable utilidad heurística, tanto para construir adecuadamente las hipótesis inculpatorias como para buscar otras fuentes que sirvan para corroborar el testimonio en el futuro juicio oral.

**PALABRAS CLAVE:** Testimonio único de la víctima; corroboración; presunción de inocencia; perspectiva de género; estereotipos; libre valoración de la prueba y prueba legal.

## SINGLE VICTIM'S TESTIMONY AND GENDER PERSPECTIVE IN THE CRIMINAL PROCEDURE

**ABSTRACT:** The author of this paper analyses if gender perspective is useful in criminal proceedings to assess the single victim's testimony in order to reach a conviction. The conclusion is negative. Gender perspective provides tools to evaluate evidence without prejudices, but in spite of the epistemic values of those tools, the uncorroborated evidence of a single witness is not sufficient, in any case, for proof of guilt in a criminal proceeding as it cannot distort the presumption of innocence.

However, the author highlights that in the pretrial investigation, gender perspective acquires a remarkable heuristic utility, both to adequately construct the inculpatory hypotheses and to collect evidence that will be use to corroborate the witness testimony in the future trial.

**KEYWORDS:** Single victim's testimony; corroboration; presumption of innocence; gender perspective; stereotypes; free proof and legal proof.

**SUMARIO:** 1. Perspectiva de género: la utilidad de una herramienta analítica obligada.—2. Testimonio único, prueba legal y libre valoración probatoria: algunos equívocos.—3. El testimonio único ante la presunción de inocencia. 3.1. Codificación y versión irracionalista de la libre convicción. 3.2. Constitucionalismo y versión racionalista de la libre convicción. 3.3. La versión racionalista exige la corroboración del testimonio.—4. El testimonio único ante la violencia de género: nuevos equívocos. 4.1. El riesgo de impunidad. 4.2. La sobrevaloración de la presunción de inocencia. 4.3. Las diferentes posiciones procesales de quien afirma ser víctima y acusado. 4.4. La atribución a la víctima de la condición de testigo especialmente cualificado. 4.5. La suficiencia de la coherencia del relato. 4.6. La existencia de una situación de asimetría o dominación.—5. Función epistémica y función heurística de la perspectiva de género. 5.1. La perspectiva de género: sesgos y estereotipos. 5.2. Función epistémica y función heurística. 5.3. Los estereotipos en el enjuiciamiento. 5.4. Los estereotipos en la investigación. 5.5. La dominación: elementos de contexto relevantes.—6. Algunas fuentes de corroboración controvertidas: periciales de fiabilidad y testificales de referencia. 6.1. Pruebas periciales de fiabilidad del testimonio de personas adultas. 6.2. Declaraciones testificales de referencia.—7. Conclusiones.

## 1. PERSPECTIVA DE GÉNERO: LA UTILIDAD DE UNA HERRAMIENTA ANALÍTICA OBLIGADA<sup>1</sup>

La desigualdad entre hombres y mujeres dentro de la organización política constituye un problema estructural de raíces históricas que se encuentra en la base de conflictos de diversa tipología y se refleja en ámbitos muy heterogéneos. Dicha desigualdad es fruto de unas condiciones materiales concretas, pero también de la representación constitutiva y legitimadora del orden social, consecuencia de tales condiciones, que asigna roles específicos a unas y a otros. La asunción, aun tácita, de los referidos roles sirve para salvaguardar la integridad de ese orden desigual y para perpetuar su subsistencia. Por ello, en el análisis de la realidad es esencial introducir una herramienta conceptual que parta de la conciencia de la situación histórica y presente en que se desenvuelve la mujer en el sistema.

La categoría es el género, que define el Convenio de Estambul<sup>2</sup> como los «papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una

<sup>1</sup> En este trabajo se utilizará el género gramatical masculino para referirse a mujeres y a hombres, como aplicación de la ley lingüística de la economía expresiva. Cuando la oposición de sexos sea un factor relevante en el contexto se explicitarán ambos géneros.

<sup>2</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Instrumento de ratificación publicado en *BOE* núm. 137, de 6 de junio de 2014,

sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres». El instrumento, la perspectiva de género, que se presenta como criterio para analizar y comprender lo social y sus instituciones.

En el ámbito jurídico la perspectiva de género puede servir para desvelar aquellas instituciones, reglas y prácticas del derecho que crean, legitiman y perpetúan la discriminación, con el propósito de derogarlas, transformarlas y/o sustituirlas por otras. Y así, numerosos instrumentos internacionales universales y regionales, partiendo de la constatación de que las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones que violan los principios de la igualdad de derechos y del respeto a la dignidad humana, imponen a los Estados parte que adopten todas las medidas adecuadas para corregir esta situación. A tal fin, propugnan la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres<sup>3</sup>.

Su proyección sobre la vertiente penal requiere de algún complemento, pues no se trata de una rama del derecho tendencialmente orientada al cambio social, ya que su función primordial es la de *mantener a raya* los excesos punitivos del Estado, al menos en los ordenamientos constitucionales. Como estos parten de un principio de sana desconfianza hacia el ejercicio del poder penal por los sujetos institucionales públicos, en tanto que proclives al abuso y a la arbitrariedad, articulan diversos mecanismos para prevenir, corregir y sancionar dichos excesos. Esos mecanismos cristalizan en un amplio elenco de garantías penales, procesales y sustantivas cuya función central es la preservación de la libertad del ciudadano. En consecuencia, aun cuando, indudablemente, quepa extraer rendimientos fructíferos de la perspectiva de género en el análisis e interpretación de la ley penal y de sus instituciones, nunca ha de perderse de vista la función última de límite del poder público de esta rama del derecho estatal.

En lo que sigue, me centraré en un único aspecto: qué puede aportar esta perspectiva, y en qué grado, al problema del testimonio único. No abordaré, por tanto, la utilidad de la herramienta conceptual en la creación e interpretación de la norma sustantiva, tanto desde la óptica mujer-víctima como desde el prisma mujer-encausada, ni su funcionalidad en el ámbito asistencial (v.gr. derechos prestacionales de quienes afirman ser víctimas), ni en todo el espectro procesal (v.gr: evitación de victimizaciones secundarias, medidas cautelares, ejecución de la pena, etc.), contextos en los que su rendimiento parece más evidente.

---

<sup>3</sup> Destacan la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, y las Recomendaciones Generales que el Comité de expertos que crea la CEDAW hace a los Estados; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención De Belém Do Pará”, 9 de junio de 1994; y el Convenio de Estambul.

## 2. TESTIMONIO ÚNICO, PRUEBA LEGAL Y LIBRE VALORACIÓN PROBATORIA: ALGUNOS EQUÍVOCOS

La doctrina jurisprudencial suele afirmar<sup>4</sup> que la regla «testis unus testis nullus» (testigo único, testigo nulo), con arreglo a la cual el testimonio de una sola persona es insuficiente para condenar a alguien como autor de un hecho delictivo, constituye un residuo del derecho histórico vinculado a los sistemas de prueba legal o tasada. Este modelo atribuía a cada prueba un valor fijo o predeterminado<sup>5</sup>, de manera que el juez, quien no podía tomar en consideración determinados medios probatorios, se limitaba a hacer con las pruebas permitidas operaciones aritméticas, sumando y restando pruebas, para llegar a una conclusión con independencia de su convicción personal.

La norma recorre el derecho romano, atraviesa las distintas tradiciones religiosas, se recibe en el derecho medieval y sigue desplegando sus efectos en el Estado moderno prácticamente hasta el siglo XVIII. Ecos de ella pueden verse en el Código de Justiniano (4, 20, 9)<sup>6</sup>, en la Biblia, tanto en el Antiguo como en el Nuevo Testamento (véase, entre otros, Deuteronomio, 19, 15<sup>7</sup>, y Evangelio de San Mateo, 18, 16<sup>8</sup>), así como en el derecho canónico<sup>9</sup> y en las Partidas<sup>10</sup>. También en el proceso inquisitivo se contempla esta regla limitativa, y así, en el manual de inquisidores de Nicolao Eymerico, redactado a mediados del siglo XIV<sup>11</sup> y que fue aplicado hasta la abolición de la Inquisición en 1834, se exigía para «fallar en sentencia definitiva contra el hereje» el testimonio de dos personas «puesto que nos parece más conforme a equidad no considerar esta prueba como plena». De modo más específico, tratándose de la persona que afirma ser víctima, de los textos históricos se deduce, además, su inidoneidad para declarar en calidad de testigo, en tanto, en sentido propio, tendrían la condición de parte. Así es de ver en el Digesto 22, 5, 10 («Ningún testigo se entiende ser idóneo en su propia causa»)<sup>12</sup>.

<sup>4</sup> Entre muchas otras, Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español (STS) 88/2015, de 17 de febrero (ponente Sr. Martínez Arrieta, ROJ: STS 694/2015), cuando destaca que en el «moderno proceso penal» la regla no tiene cabida.

<sup>5</sup> Valor, que podía ser cero.

<sup>6</sup> Constitución de Constantino del año 334, en la que se establece que no se oiga el testimonio de un solo testigo, aunque se trate de alguien perteneciente a la curia. Ciertamente, no encontramos una norma expresa análoga en el derecho clásico romano, pero existen razones para afirmar que se dudaba de su suficiencia probatoria o, cuando menos, que el testimonio único se contemplaba con recelo (v.gr. Digesto 22, 5, 12 «Cuando no se señala el número de testigos, bastan incluso dos...» o 22, 5, 3 «...no se debe dar fe sin más a una sola clase de pruebas recibidas...»).

<sup>7</sup> «No se tomará en cuenta a un solo testigo contra ninguno en cualquier delito ni en cualquier pecado, en relación con cualquiera ofensa cometida. Sólo por el testimonio de dos o tres testigos se mantendrá la acusación».

<sup>8</sup> «Mas si no te oyere, toma aún contigo a uno o dos, para que en boca de dos o tres testigos conste toda palabra».

<sup>9</sup> Véanse diversas referencias en SANCINETTI, M., 2013.

<sup>10</sup> Partida III, Título XVI, Ley 32, que exigía, como regla general, dos testigos, número que podía ser mayor según los casos.

<sup>11</sup> EYMERICO, N., 1503: 11 y ss.

<sup>12</sup> NIEVA FENOLL se ha referido al contrasentido que encierra la expresión, común en la cultura latina, testigo-víctima, pues quien padece los efectos de un delito no es un tercero ajeno al objeto del

De los ejemplos precedentes cabría extraer la conclusión de que el aforismo «testis unus testis nullus» describiría la regla de un derecho antiguo, periclitado, a superar por la modernidad. Sin embargo, lo cierto es que históricamente no han existido modelos puros de prueba legal<sup>13</sup>, del mismo modo que tampoco han existido modelos puros de libre valoración<sup>14</sup>, sino modelos con una mayor o menor presencia de reglas de valoración y de suficiencia e insuficiencia probatoria. Los sistemas puros, de uno y otro signo, no dejan de ser idealizaciones, modelos límite.

Bajo ese ángulo no es necesariamente incongruente que en el modelo tendencialmente orientado a la libre valoración probatoria defendido por un movimiento tan revolucionario y racionalista como el ilustrado se mantuviera la consideración de que el testigo único era probatoriamente insuficiente para la justificación del hecho delictivo<sup>15</sup>.

La Ilustración promovió un sistema de valoración probatoria racional que debía desterrar, en palabras de BENTHAM «las reglas que colocan al juez en la necesidad de pronunciar una sentencia contra su propia convicción»<sup>16</sup>. Ahora bien, la convicción no se consideró como la intuición o corazonada sobre lo sucedido, que podrían degenerar en error o puro arbitrio, sino como el producto de una actividad racional. Ello exigía descartar reglas de prueba legal contraepistémicas (que, si bien dotadas de racionalidad instrumental en tanto que reflejaban un determinado orden social y lo reforzaban<sup>17</sup>, carecían de la racionalidad instrumental que exigía el nuevo orden que pretendían imponer los ilustrados), pero no aquellas funcionales para la prevención del error y el abuso.

El mismo BENTHAM alertó de los riesgos del testimonio único, por más que quien lo prestara fuera una persona de total confianza, destacando que la fuerza probatoria del testimonio dependía del número de testigos y de la concurrencia de otras circuns-

---

juicio, por lo que su denominación como testigo es incorrecta. A su juicio, la figura tiene raigambre inquisitiva, pues al constituirse el juez en parte acusadora, el encaje que quedaba a la víctima en el proceso no podía ser del de parte, por lo que entraba en él como testigo. Tal contradicción, no obstante, no ha sido resuelta en nuestro derecho, que no regula la declaración de partes en el juicio oral, por lo que quien afirma ser víctima, pese a tener un evidente interés directo en la causa, sigue declarando como testigo. Véase NIEVA FENOLL, J., 2010: 247 y ss.

<sup>13</sup> Véase, a tal efecto, NIEVA FENOLL, J., 2010: 58 y ss.

<sup>14</sup> El valor preestablecido de cierta clase de documentos públicos constituye un ejemplo.

<sup>15</sup> Véase SANCINETTI, M., 2013.

<sup>16</sup> BENTHAM, J., 1823: 61 y ss.

<sup>17</sup> Así, el extenso catálogo de inhabilidades para testificar contenido en la Partida III, tít. XVI: personas de mala fama, condenados por falso testimonio, falsificadores, envenenadores, abortistas, asesinos, adúlteros, libertinos, violadores, apóstatas, incestuosos, enajenados mentales, ladrones, proxenetas, tahúres, lesbianas travestidas, pobres de solemnidad, mentirosos, incumplidores de sentencias, judíos, musulmanes, herejes (Ley 8), presos, toreros, prostitutas, libertos en pleito de su antiguo señor (Ley 10), siervos (salvo excepciones y bajo tormento, Leyes 12 y 13), así como en pleitos hereditarios, a mujeres y hermafroditas que «tirassen mas a varon que a muger» (Ley 17). Cita tomada de NIEVA FENOLL, J., 2017.

tancias externas de refuerzo<sup>18</sup>. Autores como MONTESQUIEU, BECCARIA o PAGANO se pronunciaron en la misma línea. El primero sostuvo<sup>19</sup>:

Las leyes que condenan a muerte a un hombre por la deposición de un solo testigo son funestas a la libertad. La razón pide que haya dos, porque un testigo que afirma y un acusado que niega forman un empate, y hace falta un tercero que decida, Los griegos y los romanos exigían un voto más para condenar: nuestras leyes francesas requieren dos. Los griegos pretendían que su uso era de origen divino; pero mejor lo sería el nuestro.

En cuanto a BECCARIA, afirmó: «Siempre es necesario más de un testigo, porque en tanto que uno afirma y otro niega no hay nada cierto, y prevalece el derecho que cada cual tiene a ser creído inocente»<sup>20</sup>.

Finalmente, PAGANO<sup>21</sup> nos dice:

«Es menester que los testimonios sean dos por lo menos, para establecer la prueba suficiente para imponer una pena al acusado... la razón de ese precepto no es la que aduce Montesquieu, o sea que un testigo único no hace prueba porque su dicho está contrabalanceado por el del acusado... pues el acusado que niega está compensado con el acusador que afirma, y el dicho de uno es destruido por el del otro. La duda del juez debe resolverse mediante los testimonios». Y se pregunta: «¿por qué se requiere en los testimonios siempre el número plural», para responder: «La verdad es como la luz, que centellea en el contraste de dos cuerpos que se topan recíprocamente. ¿Qué otro medio más seguro hay para conocer la verdad o falsedad de un dicho que confrontarlo con el de otro testigo?... La confrontación es la piedra fundamental de la verdad, y donde el sistema de pruebas criminales desconoce esta confrontación, es el azar más que la verdad lo que dirige las sentencias de los jueces».

La codificación optó por derogar la mayor parte de las reglas legales de valoración probatoria<sup>22</sup>, con la finalidad de dejar el más amplio espacio posible a la libertad de apreciación del juez. Pero al hacerlo indiferenciadamente, sin distinguir entre pruebas legales positivas (aquellas en presencia de las cuales la ley obliga al juez que considere probada la hipótesis acusatoria, aun cuando no esté convencido) y pruebas legales negativas (aquellas en ausencia de las cuales la ley prescribe al juez que considere no probada la hipótesis acusatoria, aunque esté convencido de su viabilidad), acabó desactivando un entramado de reglas que venían desempeñando en la práctica un valioso papel de garantía procesal frente a la arbitrariedad y el decisionismo. Como ha puesto de relieve FERRAJOLI<sup>23</sup>, si bien fue un avance partir de la base de que ninguna prueba legalmente predeterminada podía ser considerada suficiente por

<sup>18</sup> Así se deduce del hecho de que reconociera que la información proporcionada por un testigo ideal arquetípico (de irreprochable fama y contradictoria y exhaustivamente interrogado) pudiera ser falsa, BENTHAM, J., 1823: 62).

<sup>19</sup> MONTESQUIEU, C., 1748: XII, II, 173.

<sup>20</sup> BECCARIA, C., 1764: 26 y 27.

<sup>21</sup> PAGANO, F., 1803: 99 y ss.

<sup>22</sup> Aunque hubo resistencias, como puede verse en el Proyecto de Código Criminal español de 1830, que exigía, para que la testifical pudiera ser considerada prueba completa la concurrencia de dos o más testigos presenciales y «libres de toda excepción», teniendo el valor de simple prueba auxiliar la declaración del ofendido «cuando el delito se hubiera cometido de noche, en des poblado u ocultamente». En ORTEGO GIL, P., 2015: 126 y ss.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, L., 2006: 147 y ss.

sí sola para garantizar la verdad de la conclusión en contraste con la libre convicción del juez, no lo fue el aceptar también que el simple convencimiento de aquel podía ser considerada bastante a tal fin. Algunas de las pruebas legales negativas constituían una garantía contra la convicción errónea o arbitraria de la culpabilidad, asegurando normativamente la necesidad de la prueba y la presunción de inocencia hasta prueba en contrario. Ya lo había apuntado PAGANO al afirmar: «...la ley no le ordena al juez que condene al acusado con dos testigos, sino que sólo se lo permite. Con sólo uno no puede condenarlo, pero con dos pueden también absolverlo»<sup>24</sup>.

Lamentablemente, liberada de ataduras, en un contexto judicial en el que no existía una cultura de la motivación de las decisiones<sup>25</sup>, la ansiada «libre valoración» se convirtió en un proceso opaco que subjetivizó el criterio indicador de cuándo se había conseguido la prueba del hecho a través de la doctrina de la «íntima convicción», lo que se tradujo en irracionalidad e intuicionismo. Y lo cierto, es que esa consecuencia no era ni siquiera normativamente obligada, pues la «libre valoración» permitía una clara lectura en negativo (como antítesis de un modelo extremo de pre-determinación de los valores probatorios al margen del caso) pero dejaba abierto su contenido positivo<sup>26</sup> (cómo habían de determinarse esos valores probatorios). Del mismo modo, tampoco era consecuencia obligada el hecho de que de la derogación de las pruebas legales negativas hubiera de seguirse necesariamente la posibilidad de que en la praxis judicial el testimonio único fuera probatoriamente bastante, pues de la ausencia de reglas concretas sobre la suficiencia de un determinado medio de prueba no se sigue que su sola concurrencia pueda llenar las exigencias del estándar acreditativo de referencia.

### 3. EL TESTIMONIO ÚNICO ANTE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

#### 3.1. Codificación y versión irracionalista de la libre convicción

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española, aprobada en el año 1882 (en lo sucesivo, Lecrim) introdujo un precepto que con frecuencia se destaca como paradigmático del modelo de libre valoración. Así, el art. 741 Lecrim señala que el juez ha de dictar sentencia «...apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en

<sup>24</sup> Obra citada en nota a pie de página 11.

<sup>25</sup> Como señala ALONSO ROMERO, P., 2008: 99 y ss, la ausencia de motivación era «el régimen asentado en la doctrina del *ius commune*, cuyos cultivadores desde la Baja Edad Media se habían manifestado mayoritariamente contrarios a la motivación, considerándola imprudente e incluso temeraria, por la apertura eventual de nuevos frentes de conflicto y el abuso de impugnaciones a que podría dar lugar, además de un dispendio inútil de energía para el juez». En esta línea, la motivación llegó a ser prohibida por la Ley VIII, tít. XV, Lib. XI de la Novísima Recopilación. Por su parte, en el sistema del *common law* los jurados no motivan las decisiones sobre los hechos, lo que hace especialmente importante las instrucciones que el juez ha de impartirles.

<sup>26</sup> IGARTUA SALAVERRIA, J., 1995: 154 y ss.

el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados...». La lectura de la norma evidencia que, efectivamente, no se impusieron trabas ni restricciones valorativas al juzgador. Pero esa ausencia de exigencias nada indicaba tampoco acerca de la necesidad de la racionalidad de la valoración. En otros términos: la literalidad de la norma amparaba tanto una versión racionalista de la libre valoración, intersubjetivamente controlable, como una versión irracionalista, estrictamente subjetiva, de la misma. Por diversas razones, que analiza IGARTUA SALAVERRÍA<sup>27</sup>, se acabó imponiendo la segunda, que prolongó su vigencia durante algo más de un siglo.

Como señala el citado autor, ejemplo de la asunción de esa versión irracionalista, ya entrados en el año 1981, lo encontramos en las alegaciones del Fiscal General del Estado a un recurso de amparo, que reproducen la Sentencia del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, TC) 31, de 28 de julio. Dichas alegaciones compendian la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (en lo sucesivo, TS) sobre la materia y que, por su elocuencia, conviene traer a colación:

...de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo «lo declarado probado por las Audiencias deviene indestructible e invulnerable» (Sentencia de 15 de marzo de 1980) y la facultad de apreciación de la prueba en conciencia que concede a los Tribunales el art. 741 de la L. E. Crim., no exige explicación ni razonamiento (Sentencia de 11 de octubre de 1978), de modo que el juzgador, a la hora de apreciar las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado, lo hará no ya sin reminiscencias de valoración tasada o predeterminada por la Ley, o siguiendo las reglas de la sana crítica, o de manera simplemente lógica o racional sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el de proceder al análisis y a la consecutiva ponderación con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial (Sentencia de 10 de febrero de 1978).

En suma, por lo que nos atañe, la ausencia en la Lecrim de reglas de exclusión del valor acreditativo del testimonio único como prueba que por sí sola legitima la condena se combinó con una praxis jurisprudencial, avalada por el TS, que permitía, de acuerdo con el paradigma de la «íntima convicción», que si el Tribunal, tras oír al testigo y al acusado, quedaba «íntimamente persuadido» de la culpabilidad del segundo, podía dar por acreditados los hechos objeto de acusación sin mayores explicaciones. Que un sistema así configurado, abierto al arbitrio más absoluto, perdurase en el tiempo sin graves convulsiones (no debe olvidarse que gran parte de las reglas de prueba legal tienen su origen en la desconfianza hacia la regular actuación de los jueces) puede explicarse nuevamente en la racionalidad instrumental: si en el primer Estado liberal el poder judicial no dejaba de ser un apéndice del poder ejecutivo integrado por individuos de un colectivo de marcado perfil «monoclase», del que participaban el resto de aparatos del Estado<sup>28</sup>, quedaba facilitada cierta homogeneidad no solo en la interpretación y aplicación de la ley, sino también en la valoración probatoria, pues había conciencia de clase acerca de qué valores generales,

<sup>27</sup> *Ibid.*: 65 y ss. Tirant lo Blanch.

<sup>28</sup> Este fenómeno ha sido analizado con profundidad por ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2011: 31 y ss..

funcionales para el mantenimiento del orden social, debían defenderse, aun a costa de la verdad del caso concreto<sup>29</sup>.

### 3.2. Constitucionalismo y versión racionalista de la libre convicción

La aprobación de la Constitución de 1978 (en lo sucesivo, CE) supuso la introducción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y, tras la asunción cultural por la praxis jurisprudencial del alcance de ese derecho fundamental, una modificación del entendimiento de ciertos tópicos probatorios que precisaban de una profunda actualización. Así, el principio «in dubio pro reo» dejaba de ser una simple regla moral de prudencia dirigida al juzgador, de quien se esperaba cierta magnanimidad<sup>30</sup>, y se convertía no solo en un derecho fundamental directamente exigible sino en el principio estructural del sistema procesal. En definitiva, si la culpabilidad del encausado era una mera hipótesis que no precedía al proceso, sino que era su consecuencia, no es que hubiera de ser «considerado» como inocente hasta que el proceso concluyera por sentencia firme, sino que hasta ese momento «era» inocente. Y solo podía dejar de serlo cuando la sentencia firme que diera por acreditada tal hipótesis lo hiciera más allá de toda duda razonable. Pero, además, las exigencias motivadoras que impuso el art. 120.3 CE, se incorporaron al contenido constitucional de la presunción de inocencia, de la que han acabado formando parte inseparable. Así lo afirmó la STC 145/05, de la que se sigue que para desvirtuar aquella no solo se precisa la existencia de prueba de cargo, sino que dicha prueba ha de aparecer suficientemente razonada en sentencia, exigiendo del juzgador una explícita exposición de los elementos de convicción que sustentan la declaración de hechos probados.

Fruto de ello, había de estimarse definitivamente superada la vieja doctrina jurisprudencial que afirmaba que la facultad de apreciación de la prueba en conciencia no exigía explicación ni razonamiento, pues el juzgador de instancia gozaba de absoluta libertad a tal efecto (de libérrima y omnímoda, llegó a ser calificada). La racionalidad instrumental propia de un nuevo orden social basado en derechos fundamentales constituidos como límites al poder así lo exigía. Lo que en el «common law» podía fiscalizarse, con todos sus riesgos, por la vía de las instrucciones al jurado, en el derecho continental había de controlarse por la vía de la motivación.

Por otro lado, la relación entre presunción de inocencia y motivación probatoria necesariamente exigía una desobjetivización del fenómeno probatorio<sup>31</sup>, pues si son características esenciales de las creencias y convicciones su ocurrencia involuntaria<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> En el «common law», la composición homogénea del Tribunal del jurado puede provocar similares efectos.

<sup>30</sup> Véase TOMÁS Y VALIENTE, F., 1993: 115 y ss.

<sup>31</sup> IGARTUA SALAVERRIA, J., 2009: 181: un sujeto puede estar íntimamente convencido de la verdad de una proposición y ser falsa o de la verdad de algo y no disponer de elementos de juicio suficientes para alcanzar tal convicción.

<sup>32</sup> FERRER BELTRÁN, J., 2003: 85.

y su independencia respecto del contexto<sup>33</sup>, por lo que se trata de estados subjetivos variables entre personas y también en una misma persona en momentos distintos, no cabe la menor duda de que el control de la corrección del razonamiento probatorio por el tribunal superior o por la comunidad sería imposible, con lo que nunca podríamos estar seguros de tal corrección, lo que violaría, además, el principio de prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). En la nueva epistemología de la racionalidad impuesta por la Constitución el foco de atención dejaba de ser el estado mental del juez (inaccesible) y se desplazaba a la presencia de criterios normativos de justificación adecuadamente explicitados, lo que, en su caso, permitiría calificar de racional la convicción de aquel. Y tales criterios normativos no podían ser meras intuiciones o impresiones provenientes del cuadro probatorio. Pero tampoco supuestas racionalizaciones de creencias lógicamente erróneas o empíricamente falsas (v.gr., la gestualidad del testigo siempre nos indica la verdad del testimonio).

Lo anterior tuvo reflejo directo en la apreciación probatoria del testimonio único, pues si bien la *Lección* no sufrió modificación alguna a este respecto y, por tanto, no se introdujeron pruebas legales negativas<sup>34</sup>, pronto se tuvo conciencia de la necesidad de explicar, con criterios racionales, los motivos por los que un Tribunal había decidido depositar su confianza en la declaración del testigo para condenar al acusado. Así, la STS 217/2018 (ROJ 1743/2018, ponente Sr. del Moral García) ha acabado señalando que aunque

«...la palabra de un solo testigo puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva...la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera “creencia” en la palabra del testigo», a modo de un acto de fe ciego, sino que «Se hace imprescindible una valoración de la prueba especialmente profunda respecto de la credibilidad. Cuando una condena se basa en lo esencial en un testimonio ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica. Sus exigencias se acrecientan».

A tal efecto, desde finales de los años 80, el TS había venido fijando los parámetros desde los cuales debía valorarse la «credibilidad» de quienes afirman ser víctimas

<sup>33</sup> IGARTUA SALAVERRIA, J., 2009: 182 «uno puede creer en los días pares del calendario que Madrid sea una ciudad ruidosa y en los días impares no creer tal cosa».

<sup>34</sup> Un destacable intento de introducirlas lo encontramos en el Anteproyecto de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso, de 2011 que estableció que la Ley de Enjuiciamiento determinaría los medios de prueba que, por sí solos, fueran objetivamente inidóneos para inferir la culpabilidad del acusado con el suficiente grado de certidumbre; así como en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en los arts. 530.2 y 600.3, imponían el sobreesimiento de la investigación y la absolución, en caso de haberse celebrado juicio, cuando los únicos medios investigativos o pruebas, respectivamente, hubieran sido *a)* la declaración de coinvestigados o coacusados; *b)* la declaración de testigos de referencia, y *c)* la mera identificación visual. En tales casos, solo podría avanzar el procedimiento o dictarse sentencia de condena cuando «además de esos elementos probatorios concurrían otros que racionalmente corroboren la información que aquéllos proporcionen».

En mi opinión, constituye una opción legislativa plenamente respetuosa con el contenido constitucional de la presunción de inocencia, pues el establecimiento de tales reglas de prueba legal negativa, tiene muy sólidas razones epistémicas, lo que contrasta con el elevado número de sentencias de condena que se dictan en la práctica judicial basados en ellas, en especial en las diligencias de identificación visual por parte de un testigo víctima único y aconsejan, por razones de política judicial, su introducción.

(por lo general, testigos únicos por excelencia): la «ausencia de incredibilidad subjetiva», la «verosimilitud» y la «persistencia en la incriminación». En suma, desde entonces, y con alguna modificación terminológica en función del ponente, los ítems a valorar han venido siendo los siguientes:

a) La credibilidad subjetiva de la víctima, que se acostumbra a constatar, además de por algunas características físicas o psíquicas singulares del testigo que pudieran debilitar su testimonio (discapacidades sensoriales o psíquicas, edad, etc.), por la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

b) La verosimilitud del testimonio, ámbito en el que se considera fundamentalmente la coherencia interna del relato o la lógica o plausibilidad de la declaración, y la existencia de datos objetivos periféricos corroboradores, aun cuando no se da el paso a convertir en exigencia la concurrencia de esos datos<sup>35</sup>, y

c) La persistencia en la incriminación, donde se examina la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones del testigo, la concreción en la declaración (sin vaguedades o ambigüedades) y la ausencia de contradicciones entre las distintas declaraciones.

La introducción jurisprudencial de dicho «test» obedeció a la conveniencia de marcar al aplicador una «hoja de ruta» para conjurar el «pensamiento mágico» o decisionista, como un intento para prevenir o limitar la arbitrariedad judicial en la apreciación probatoria. Con todo, un deficiente entendimiento de la función que desempeña este «test» ha dado lugar a que no pocos tribunales estimaran que la concurrencia, en un caso concreto, de los tres parámetros (sin «corroboración periférica») había de traducirse en el otorgamiento al testimonio de la condición de prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia<sup>36</sup>, en una suerte de retorno a la prueba legal positiva. Inversamente, algunos también han entendido, de modo igualmente erróneo, que la ausencia de alguno de esos elementos invalidaba el testimonio. Y ello, pese a ser evidente que se trata de simples pautas para evaluar el grado de credibilidad personal y de sinceridad del testigo (la correspondencia entre lo que afirma y lo que cree sobre lo que afirma), pautas que han de ponderarse con carácter previo a la entrada en el juicio crítico del contenido de la declaración, pero que no pueden sustituir a este<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Algunos ponentes del Tribunal (v.gr. L. Varela Castro) empleando una nueva terminología sustituyen el término de verosimilitud por el de credibilidad objetiva, apuntando una línea que parece exigir junto a la vertiente interna (verosimilitud), la externa (corroboración).

<sup>36</sup> Véase ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2009: 121 y ss.

<sup>37</sup> Piénsese que un testigo puede ser subjetivamente creíble (por no tener malas relaciones con el acusado), verosímil (en tanto su declaración fuera plausible o conforme a la lógica y a la experiencia) y persistente en sus manifestaciones (por haber mantenido siempre el mismo relato) y aun así, su testimonio no adecuarse a lo verdaderamente acontecido. En sentido inverso, un testigo puede tener malas

### 3.3. La versión racionalista exige la corroboración del testimonio

#### 3.3.1. *Coherencia y corroboración: de la credibilidad a la fiabilidad*

Llegados a este punto, parece obvio que cabe concluir que el «convencimiento personal» de quien enjuicia es insuficiente a los efectos que contempla el art. 24.2 CE, pues la cuestión no es si los medios de prueba practicados persuaden al juzgador acerca de la culpabilidad de la persona acusada, sino si tienen aptitud para convencer a cualquier persona dotada de racionalidad, haya o no asistido al juicio. Dicho en otras palabras: las causas del convencimiento han de ser intersubjetivamente transmisibles, controlables y compartibles. En otro caso, carecen de virtualidad epistémica.

La característica esencial del razonamiento, de la que el probatorio es un subtipo, es su universalidad. Las razones deben servir como justificación para cualquiera que pudiera colocarse en el lugar del juzgador. Por ello, la convicción subjetiva de quien enjuicia jamás puede sustentar por sí sola la condena: si entiende que faltan pruebas para desvirtuar la presunción de inocencia, pese a que en su fuero interno entienda acreditada la hipótesis de la culpabilidad del acusado, necesariamente ha de absolver, sin que sea lícito que acuda a procedimientos que tiendan a sobrevalorar o infravalorar medios de prueba para ajustar la realidad probatoria a la convicción interior. Las certezas subjetivas que pudiera tener el juzgador sobre lo que pudo ocurrir son irrelevantes, pues el plano psicológico, al que pertenece el convencimiento, no siempre coincide con el racional, en el que se enmarca la valoración probatoria como actividad justificada sobre la base de su adecuación a criterios normativos universales y explicitables. En un Estado Constitucional, las partes y el público en general tienen derecho a conocer las razones por las que una persona es o no declarada culpable de un hecho delictivo. Y esas razones no pueden consistir en la simple convicción personal del juzgador, como vimos antes. Han de ser intersubjetivamente asequibles, lo que solo permite la valoración a través de criterios de racionalidad contrastables y susceptibles de confirmación y refutación.

Así las cosas, sería preferible, por su mayor precisión, sustituir el ambiguo término «credibilidad» del testigo por el de «fiabilidad» del testimonio o, al menos, optar por el de «credibilidad objetiva», que emplean algunos magistrados del Tribunal Supremo.

Especialmente ilustrativa es la STS 18.12.17 (ROJ 4489/2017, ponente Sr. Varela Castro). Dicha resolución recuerda que la garantía de la presunción de inocencia exige someter a crítica la justificación expresada por la sentencia de condena a fin de constatar si la existencia de los medios probatorios permiten razonablemente (por su sentido incriminatorio) afirmar los enunciados de hechos que son declarados probados. A tal fin, señala, la justificación de la conclusión probatoria «ha de establecer los datos de procedencia externa aportados por medios cuya capacidad persuasoria

---

relaciones con el acusado, o haber variado en algunos extremos su relato, y, no obstante, aportar hechos que se correspondan con la realidad de lo acontecido por encontrar respaldo en otros datos probatorios.

sea tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado». En concreto, tratándose de prueba directa (como la testifical) la valoración de la razonabilidad del crédito que se le confiere se encuentra ligada con la percepción inmediata del juzgador que preside la práctica de aquella. Sin embargo, como sigue diciendo la citada resolución, ello

...no releva de la exigencia de que la impresión que así se produce en el receptor no deba reválidarse desde la perspectiva de criterios objetivos. Como tampoco sería admisible fundar la resolución en una especie de acto de fe incondicionado en la veracidad de la versión de quien se dice víctima, por repugnante que sea el hecho denunciado, la vulnerabilidad de aquélla o la frecuencia de este tipo de hechos. En ese sentido, se dice a continuación: “Desde luego, cuando de la declaración testifical se trata no parece que parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sean suficientes, ni los únicos atendibles, para satisfacer aquel canon que legitime esa valoración por pretendidamente racional. La justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas sentidas por el receptor de la prueba. Y, desde luego, de las insistencias externas al proceso, por numerosas e incluso comprensibles que puedan ser éstas. La racionalidad de la credibilidad otorgada al testigo, también cuando es la víctima, obliga a exponer las concretas razones por las que se pueden despejar las dudas que podían suscitar la presencia, e incluso la ausencia, de datos, susceptibles de ser alegados en descargo por la defensa del imputado. En particular en relación con el escenario o el objeto o cuerpo de la persona sobre la que recae la acción delictiva, al tiempo o después del hecho, cuando el delito sea de aquellos cuya ejecución es acompañada o seguida habitualmente de vestigios o huellas en aquellos lugares, objetos o cuerpos. Solamente así se podrá controlar si la certeza sobre la veracidad de las afirmaciones de los hechos de que parte la recurrida cumplen o no el canon constitucional implícito en la garantía de presunción de inocencia<sup>38</sup>”.

Ciertamente, la sentencia no llega a explicitar lo que en ella subyace: la exigencia de corroboración externa del testimonio, pues tal exigencia no es compartida por todos los miembros del Alto Tribunal, pero lo apunta al referirse a las hipótesis delictivas respecto de hechos «cuya ejecución es acompañada o seguida habitualmente de vestigios o huellas...».

En la misma línea de distinción entre credibilidad subjetiva y fiabilidad, es también destacable la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona de 13.6.17 (ponente Sr. Hernández García, ROJ SAP T1155/2017). En síntesis,

Lo fiable de la información hace referencia a las condiciones fenomenológicas de producción probable de lo relatado mientras que lo creíble atiende más a un plano subjetivo, a que el testigo no ha mentado, por lo tanto más abierto a valoraciones y prejuicios de tipo culturalistas e intuitivistas. Lo primero -lo fiable- exige mayores cargas de justificación al juez que atribuye valor a la información. Lo segundo -lo creíble- favorece la utilización de fórmulas de justificación con menores cargas cognitivo-materiales... La fiabilidad, como elemento para otorgar valor reconstructivo a la información suministrada por un testigo, se nutre en muy buena medida del grado de compatibilidad de dicha información con el resultado que arrojan el resto de las pruebas que

<sup>38</sup> En la misma línea, cabe reseñar la memorable STS 451/2015, de 14.7.15 (ROJ: STS 3243/2015), dictada por otro de los ponentes (Sr. Andrés Ibáñez) que, junto a los Sres. Varela Castro y Jorge Barreiro, se ha caracterizado por defender en el Tribunal un modelo de valoración racional de la prueba que desconfiaba del testimonio único, en especial cuando se asocia al paradigma de la «íntima convicción».

integran el cuadro probatorio plenario y las demás circunstancias contextuales que han quedado acreditadas... Precisamente, la idea de cuadro, la necesidad de atender a un esquema en red de las aportaciones probatorias que se derivan de los diferentes medios plenarios practicados es lo que permite extraer valoraciones materiales y razones justificativas comunicables de tipo cognitivo.

Pues bien, la consecuencia natural de todo lo anterior es que, en los supuestos de testimonios únicos, la clave de bóveda, el elemento central en la valoración probatoria, sea la presencia de elementos externos de corroboración. En suma:

*a)* Los aspectos personales relativos al testigo, ajenos a la calidad de la información verbal que proporciona, tales como su apariencia física, disposición, gestualidad, seguridad o nerviosismo, que tradicionalmente se han sobrevalorado por un mal entendimiento del principio de intermediación, no solo son equívocos, como enseña la psicología del testimonio, sino que, además, no son controlables intersubjetivamente, por lo que no satisfacen las exigencias motivadoras que impone el art. 24.2 CE.

*b)* En cuanto a los aspectos relativos al testimonio, suele distinguirse entre coherencia y corroboración. La coherencia alude a la perspectiva interna del relato, y toma en consideración la congruencia de la historia, infiriéndose su credibilidad de la «... existencia de una acción central que resulte fácilmente identificable y se encuentre asociada a un contexto que proporcione una explicación aceptable del comportamiento de los sujetos que en ella intervienen»<sup>39</sup>. La corroboración, por su parte, considera la fiabilidad del testimonio desde una óptica externa, tomando en cuenta los datos objetivos verificables que le prestan apoyo. Así las cosas, aunque coherencia y corroboración son controlables en la motivación probatoria, en los supuestos de testimonio único la coherencia del relato no colma los requerimientos que impone la presunción de inocencia, pues si los elementos informativos de contexto que permiten calificar de coherente el relato provienen de la misma fuente de prueba cuya fiabilidad se pretende calibrar, no habría manera de controlar la posible falsedad de dicho relato, por lo que, en puridad, acabaríamos recurriendo a un juicio subjetivo de credibilidad sobre la persona del testigo.

*c)* En esa línea, ha de recordarse que la finalidad de la valoración individualizada de cada medio de prueba no es coincidente con la de la valoración conjunta<sup>40</sup>. La primera persigue testar la confiabilidad singular, la atendibilidad de cada medio de prueba. La segunda, evaluar el grado de confirmación que la hipótesis acusatoria recibe de las pruebas calificadas de atendibles. En los supuestos de pluralidad de medios, la atendibilidad individual de cada uno de ellos nada indica todavía sobre su peso probatorio respectivo. Sin embargo, en los supuestos de testimonio único, por lo general, de la calificación del medio como fiable se inferirá la prosperabilidad de la tesis acusatoria. Si esto es así, se hace imprescindible exigir una corroboración

<sup>39</sup> LÓPEZ ORTEGA, J.J., 2018: 3 y ss. Integro así en un solo concepto los aspectos que NIEVA FENOLL, J., 2010: 223 y ss, desdobra en coherencia estricta (en el sentido de estructuración lógica) y contextualización (aportación de datos descriptivos del ambiente vital, espacial o temporal en que los hechos tuvieron lugar).

<sup>40</sup> Véase IGARTUA SALAVERRÍA, J., 2009: 167 y ss.

al testimonio, pues en los casos de pluralidad de pruebas existe un potente mecanismo de control de la fiabilidad de cada medio que no está presente en los supuestos de prueba única. Hay dos aproximaciones posibles. Conforme a la primera, en la valoración individualizada del medio a testar puede contrastarse la información que proporciona el testigo con las informaciones que provienen de otras fuentes de prueba y, en caso de disparidad absoluta, calificar de no atendible el medio cuestionado. Conforme a la segunda, la valoración individualizada del medio no exigiría superar un estándar tan riguroso, bastando una narración proveniente de un testigo sin tachas personales que proporciona una información coherente. Ahora bien, en la valoración conjunta tal información sería sometida a contraste con el resto de informaciones procedentes de otros medios de prueba, operación que permitiría fijar pesos probatorios. De uno u otro modo, ya optemos por una u otra aproximación, se observa que el «juicio de fiabilidad» individual está íntimamente conectado con la valoración conjunta. Aunque sean operaciones que, por razones didácticas o metodológicas, conviene distinguir, en la práctica (dejando a un lado los casos groseros de testigos evidente y absolutamente mendaces) no son exactamente secuenciales, sino que interactúan en relación de circularidad. Ello no es posible, por definición, en los supuestos de testimonio no corroborado, pues la hipótesis acusatoria se habría construido sobre la exclusiva base del mismo, por lo que todo lo que en ella se contuviera solo dispondría de su propio aval.

En definitiva, cuando un juez decide sobre la hipótesis acusatoria a la vista de un solo testigo no corroborado, nunca sabremos si condenó deliberadamente de forma injusta. Pero tampoco, si se equivocó, dadas las particularidades de la prueba testimonial. Como enseñan destacados referentes de la psicología del testimonio<sup>41</sup>, en la codificación de la información que el testigo recibe no solo influye la corrección de la percepción (que puede ser errónea), sino también los conocimientos previos del testigo, pues al tiempo que percibimos un suceso lo estamos interpretando, de modo que lo que se almacena en la memoria no solo se basa en la pura percepción sensorial, sino en el trasfondo cultural de quien percibió el hecho y en las inferencias probables que realizó sobre aspectos no percibidos, basadas en esos conocimientos previos. Por otra parte, la falta de correspondencia entre el testimonio y la realidad no encuentra causa principal solo en la mentira, sino también en otros factores tales como el olvido, que opera cuantitativa y cualitativamente (olvidamos más datos y más selectivamente, por lo que el recuerdo tiende a hacerse «redondo») y la sugestión, que puede suprimir la memoria real e inducir recuerdos falsos, aun de forma involuntaria, por malas prácticas de los investigadores que protagonizan los interrogatorios en función del contenido y forma de las preguntas que realicen<sup>42</sup>. Y, comoquiera que una vez construido el recuerdo es prácticamente imposible distinguir si es verdadero o fal-

<sup>41</sup> Sigo en este punto a DIGES, M., 2016 y a MAZZONI, G., 2010.

<sup>42</sup> Dejamos a un lado, por razones de espacio, otros factores a considerar y generalmente concurrentes en el momento de adquisición o codificación de la información, así como otros presentes en las fases de retención y en la de recuperación.

so<sup>43</sup>, o imponemos garantías epistemológicas adicionales, como las corroboraciones, o aceptamos la multiplicación de las posibilidades de condenas de falsos culpables.

Por último, conviene apuntar que en las declaraciones inculpativas de los coacusados el TS siempre ha exigido la existencia de corroboraciones, aun cuando fueran mínimas, sobre la base del argumento de que, por la condición procesal que ocupan aquéllos, realizan declaraciones «intrínsecamente sospechosas», pues los acusados no tienen la obligación de decir la verdad, y sus manifestaciones pueden venir guiadas por móviles espurios tales como la autoexculpación o la presencia de pactos con la acusación, lo que justifica una mayor exigencia acreditativa, que no se requiere en el caso de las declaraciones testimoniales. Sin embargo, no encuentro razones de peso que justifiquen un distinto tratamiento probatorio, pues el hecho de que el testigo venga obligado a decir la verdad no significa que sea veraz. Del mismo modo, ni todos los acusados declaran impulsados por un móvil espurio, ni en todos los testigos están ausentes esos móviles<sup>44</sup>. Y unos y otros están expuestos a sus prejuicios culturales, a la mentira, el olvido y la sugestión. Cuestión distinta es qué deba entenderse por circunstancias corroboradoras.

### 3.3.2. *Las circunstancias corroboradoras*

Tal y como sucede, por lo general, en los sistemas procesales continentales, en el proceso penal inglés el acusado puede ser condenado sobre la base de un testimonio único, sin la presencia de corroboraciones<sup>45</sup>. Con anterioridad a la vigencia del Criminal Justice Act de 1988 y del Criminal Justice and Public Order Act, de 1994, el common law venía exigiendo que el juez advirtiera a los miembros del jurado de los riesgos de declarar probada la culpabilidad sobre la base de cierta clase de testimonios no corroborados; en concreto, los de los menores de edad, las víctimas de delitos sexuales y los copartícipes. Tales advertencias han dejado legalmente de requerirse<sup>46</sup>. No obstante, se mantienen en leyes específicas, como la Road Traffic Regulation Act de 1984, previsión que parece epistemológicamente lógica<sup>47</sup>, y también parecen haberse extendido a todos aquellos casos en los que exista base para sospechar de la fiabilidad del testigo<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> A ello nos referiremos más adelante al abordar las particularidades de las pruebas periciales sobre fiabilidad de los testimonios.

<sup>44</sup> Así, v.gr, frente a la afirmación de que el acusado tendría interés en lograr su exculpación, puede objetarse que la víctima tiene interés en la condena de aquel.

<sup>45</sup> Sigo a ROBERTS, P. y ZUCKERMAN, A., 2004: 465 y ss.

<sup>46</sup> Es patente la presencia de un estereotipo de género al imponerse preceptivamente la instrucción sobre la necesidad de corroboración respecto de las víctimas de delitos sexuales (generalmente mujeres) y no respecto de las víctimas de otros muchos delitos.

<sup>47</sup> Section 89(2): «A person prosecuted for a speeding offence shall not be liable to be convicted solely on the evidence of one witness to the effect that, in the opinion of the witness, the person prosecuted was driving the vehicle at a speed exceeding a specified limit».

<sup>48</sup> R. vs. Makanjuola, 1995.

Roberts y Zuckerman<sup>49</sup> cuestionan los sistemas legales en los que los testimonios no corroborados no permiten la declaración de culpabilidad, sobre la base del riesgo de la impunidad de los delitos clandestinos. Con todo, también advierten que en los ordenamientos donde la corroboración se exige, lo que se produce es una rebaja de los requisitos que han de concurrir para que puede hablarse de corroboración. En otros términos: se parte de un concepto muy amplio de la misma. Así, mientras que, conforme al common law, la corroboración debe provenir de una fuente de prueba ajena al testigo, y vincular al acusado con el delito, confirmando la existencia del ilícito y la participación del acusado en él<sup>50</sup>, en la práctica del proceso penal escocés, en algún caso ha bastado para entenderla concurrente que la declaración del acusado<sup>51</sup> cuando confiesa los hechos evidenciara un especial conocimiento de la existencia de otras pruebas del delito.

Pese a lo señalado, no está de más recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH), cuando se ha enfrentado a supuestos de condenas de Tribunales británicos basadas en testimonios únicos referenciales, referidos o no comparecidos, ha exigido como presupuesto de compatibilidad de la decisión del jurado (inmotivada) con los mandatos de motivación y contradicción que impone el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, CEDH), ciertos estándares de calidad a las instrucciones valorativas que ha de proporcionar el juez que preside el jurado a los miembros que lo componen. Así, desde *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido* (STEDH Gran Sala 15.12.2011) se ha asentado el criterio de que en supuestos de condenas basadas, únicamente o de modo decisivo, en tales testimonios, no siempre habrá vulneración del derecho a un proceso equitativo si en el caso concreto existen «suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba. Esto permitiría que una condena se fundara únicamente en dicha prueba solamente si es suficientemente fiable dada su relevancia en el caso». (§ 147). Ello implica, entre otras cosas, que las instrucciones hagan especial hincapié en los riesgos de la inexistencia de confirmaciones y corroboraciones, lo que pone de relieve la importancia de lo objetivo y externo como piedra de toque de la valoración.

En cuanto a nuestro derecho, no existe norma legal positiva que defina la corroboración, ni encontramos en la jurisprudencia del TC ni en la del TS una concepción precisa de la misma, posiblemente para dejar cierto margen de apreciación en casos concretos<sup>52</sup>.

El TC ha abordado el fenómeno de las corroboraciones al tratar las declaraciones de los coacusados. Sin embargo, el cotejo de su doctrina impide una reconstrucción precisa de lo que deba entenderse por tal. Así, encontramos pronunciamientos que

---

<sup>49</sup> ROBERTS, P. y ZUCKERMAN, A., 2004: 467.

<sup>50</sup> Desde *R. vs. Baskerville*, 1916.

<sup>51</sup> Quien introduce información probatoria en el proceso como testigo cuando decide declarar.

<sup>52</sup> El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, aunque se refiere a la necesidad de las corroboraciones en ciertos casos no llega a definir las.

parecen contradictorios como los siguientes: «La corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados» (STC 125/2009, de 18 de mayo), pero también «La corroboración externa mínima y suficiente no constituye una prueba, pues, en otro caso, bastaría ésta sin necesidad de las declaraciones de los coimputados, la corroboración es la confirmación de otra prueba, que es la que por sí sola no podría servir para la destrucción de la presunción de inocencia, pero que con dicha corroboración adquiere fuerza para fundar la condena» (STC 198/2006, de 3 de julio). Más claro ha sido al definir negativamente la corroboración. En suma, la declaración de un coacusado no constituye corroboración mínima de la de otro coacusado (STC 72/2001, de 26 de marzo), ni los factores de credibilidad objetiva de la declaración, tales como la persistencia en la incriminación, la ausencia de incredulidad subjetiva, ni la coherencia en el relato (STC 134/2009, de 1 de junio).

En cuanto al TS, y centrándonos en las declaraciones testificales de las víctimas, tiene establecido lo siguiente (por todas, STS 544/2016 (ROJ: STS 3044/2016):

La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992 ; 11 de octubre de 1995 ; 17 de abril y 13 de mayo de 1996; y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo, habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

Como puede observarse, aun cuando de la afirmación inicial (el propio hecho de la existencia del delito debe estar apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima), se desprende que se opta por un sentido fuerte de la corroboración cuando sea precisa (no se cierra la posibilidad de que el testimonio no corroborado sea suficiente cuando no existan vestigios del hecho<sup>53</sup>), también hay base para entender que se admite la corroboración en sentido débil («datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima»).

<sup>53</sup> Lo que parece contradictorio con las afirmaciones contenidas en la Sentencia del Tribunal Supremo 734/2015 (ROJ STS 5082/2015, ponente Sr. Del Moral García), que apunta a que el argumento nos retrotraería a los llamados *delicta excepta*, y a la inasumible máxima «*In atrocissimis leviores coniecturae sufficiunt, et licet iudice iura transgredi*» (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado «ninguna prueba», la menor conjetura basta para penar al acusado).

En este contexto de cierta indefinición, me parecen especialmente valiosas las observaciones de ANDRÉS IBÁÑEZ<sup>54</sup>. En opinión del autor, corroborar es reforzar el valor probatorio de la afirmación de un testigo relativa al hecho principal de la causa, mediante la aportación de datos de una fuente distinta, referidos no directamente al hecho principal, sino a alguna circunstancia que guarda relación con él, cuya constatación confirmaría la veracidad de lo declarado por el testigo. De la anterior definición se desprenden las siguientes notas:

a) El objeto de la corroboración es un enunciado fáctico emitido por el testigo sobre el hecho principal. No, por tanto, directamente enunciados sobre el hecho principal, ni tampoco enunciados sobre hechos secundarios.

b) La fuente de la corroboración ha de ser ajena al testigo. El dato corroborador debe provenir, por tanto, de otro lugar.

c) El contenido informativo del dato corroborador no versa directamente sobre el hecho principal, sino sobre alguna circunstancia que guarda relación con él, y cuya constatación reforzaría la veracidad de lo declarado por el testigo.

En suma, como indica aquel, «Corroborar es probar, pero no directamente la acción que da contenido a la imputación, sino un hecho relacionado con ella y con el inculpado, cuya producción en determinadas circunstancias abonaría en términos de la experiencia la certeza de que, en efecto, la misma ha tenido lugar con intervención de aquél».

Pues bien, concebida la corroboración en dichos términos, es evidente que su exigencia introduce un conveniente elemento de prevención de la arbitrariedad o del error judicial en la apreciación de las pruebas al anclar esta última en el terreno de lo objetivable y, por tanto, controlable. Dicho en otros términos, sólo mediando su presencia es viable una mínima justificación racional de la valoración probatoria, pues someteríamos a contraste lo que el testigo dijo con un elemento que confirmaría o infirmaría lo que manifestó como paso previo a declarar o no probada la hipótesis acusatoria. Pero, además, la exigencia de respaldo, en tales términos, tampoco constituye necesariamente un muro infranqueable que impida la sanción penal de los delitos cometidos en la clandestinidad, sirviendo, por el contrario, de estímulo al investigador para buscarlas.

En resumen: el testimonio único, sea el de la víctima, sea el de un tercero, en sentido estricto (no corroborado) es prueba insuficiente para acreditar la hipótesis acusatoria como paso previo a la condena. La declaración de un solo testigo solo es apta a tal efecto si algunos de los datos probatorios relevantes que de ella resulten encuentran respaldo en otras fuentes de prueba. Ello, como es obvio, no exime al juzgador de la obligación de hacer un juicio crítico del dato corroborante. Pero, además, indica al investigador el camino que ha de transitar si quiere asegurar el éxito del juicio oral: obtener de la declaración de la víctima todos los datos relevantes para buscarles respaldo en otras fuentes de prueba.

---

<sup>54</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2009: 124 y ss.

#### 4. EL TESTIMONIO ÚNICO ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: NUEVOS EQUÍVOCOS<sup>55</sup>

Por lo que nos interesa ahora, 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 simples máximas de experiencia machistas (v.gr.: el estereotipo de «víctima ideal» que, tras sufrir el hecho, lo denuncia inmediatamente, mantiene siempre un relato idéntico de lo acontecido y se aísla socialmente; 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 y, frente a él, el de la mujer decente; o los estereotipos de la buena esposa o buena madre).

Pues bien, sobre esa base, se ha venido a defender la virtualidad como prueba de cargo del testimonio único no corroborado de quien afirma ser víctima de un delito que quepa categorizar como violencia de género<sup>56</sup>. Estos delitos se caracterizarían por la presencia de dos bienes jurídicos<sup>57</sup>, el personal de la víctima y el colectivo, conformado por el hecho de la pertenencia de la mujer al género femenino, que sería abstractamente agredido y, por tanto, siempre sujeto pasivo mediato en todos los delitos del grupo. De ahí la relevancia de utilizar la perspectiva de género como herramienta valorativa, como elemento auxiliar de evaluación de la prueba que serviría, para los defensores de estas tesis, en el supuesto límite de la escasez probatoria (el testimonio no corroborado), para avalar la hipótesis de la acusación.

En apoyo de tal posibilidad probatoria, se han aportado distintos argumentos. Los examinaré seguidamente, y expondrá mis objeciones a continuación.

##### 4.1. El riesgo de impunidad

Son distinguibles dos perspectivas:

a) Según se afirma, se trata de delitos que plantean especiales dificultades probatorias al cometerse habitualmente en la privacidad, por lo que, en principio, la única prueba directa que existe es el testimonio de la víctima, de modo que, de no aceptarse dicho testimonio como única prueba de cargo, se llegaría a la más absoluta impunidad en la mayor parte de los casos.

---

<sup>55</sup> Utilizo la denominación de «violencia de género» en sentido amplio, y no en el reducido del Código Penal español en el que solo se consideran supuestos de violencia de género determinados delitos cometidos por el hombre sobre la mujer pareja.

<sup>56</sup> Entendida en sentido amplio, y no restringida a la violencia cometida por el hombre sobre la mujer pareja o ex pareja.

<sup>57</sup> Aunque la cuestión no es pacífica en la doctrina penal.

Frente a la perspectiva enunciada, no exenta de riesgos, pues puede llevar a sobrevalorar un testimonio insuficiente, estimo más correcta otra aproximación: razones epistemológicas y político-institucionales aconsejan recelar del testimonio único no corroborado para fundar una sentencia de condena. En cuanto a las primeras, nos remitimos a lo expuesto anteriormente, añadiendo las altísimas tasas de error a que conducen los simples juicios subjetivos de credibilidad. En cuanto a las segundas, es preciso recordar que las instituciones que participan en el sistema de control penal se condicionan recíprocamente. Cuantos menores sean los niveles de exigencia probatoria aceptados por los tribunales, menores serán los esfuerzos investigativos y acreditativos realizados por los cuerpos policiales y los órganos de la investigación y acusación. Por el contrario, mayores niveles de exigencia estimulan mejores investigaciones y acopio de pruebas de distinto origen. Por otra parte, las resoluciones de condena que no toman en consideración elementos corroboradores al no ser intersubjetivamente compartibles no pueden ser racionalmente controladas a través del sistema de recursos. Por último, un sistema que permite que las condenas se basen en testimonios únicos no corroborados compromete seriamente la presunción de inocencia. Y es que no es fácil argumentar sobre la base de qué razones podemos afirmar, en este particular contexto probatorio, que debemos creernos más al testigo que al acusado, quien, igualmente, podría ser subjetivamente creíble, verosímil y persistente en sus manifestaciones u optar, legítimamente, por guardar silencio, sin que fuera legítimo extraer consecuencias negativas del ejercicio del derecho fundamental que le otorga el art. 24.2 CE.

NIEVA FENOLL <sup>58</sup> introduce una matización y señala que si la víctima no presenció los hechos, si no existen corroboraciones de su testimonio la presunción de inocencia exige la absolución. Ahora bien, si los hubiera visto, la sola ausencia de corroboraciones no debiera justificar la absolución, pues ello dejaría en la impunidad la mayor parte de delitos de agresiones sexuales, lesiones y robos. A su entender, en estos casos, lo procedente sería recabar un dictamen pericial de un psicólogo del testimonio a fin de que ilustrara al tribunal sobre la existencia de elementos de credibilidad en la víctima. Creo que no hay razones de peso para distinguir entre el caso del testigo presencial y el no presencial, pues uno y otro, cuando no existen corroboraciones, se enfrentan a la misma objeción expuesta en 3.3.1 c): en suma, la ausencia de referentes externos remite a un mero juicio de credibilidad subjetiva, por lo que, en mi opinión, siguen siendo válidos los argumentos que objetan el riesgo de impunidad. Por otro lado, como desarrollaré más adelante, las pericias psicológicas sobre la credibilidad de los testimonios han de ser sometidas también a un juicio especialmente crítico, y no permiten suplir la ausencia de elementos de corroboración.

b) Se aduce también la especial trascendencia de los delitos de violencia de género, en tanto que, más allá del daño que causan a quienes individualmente los padecen, constituyen el modo más brutal de perpetuar la situación de discriminación que las mujeres sufren.

---

<sup>58</sup> NIEVA FENOLL, J., 2010: 249-250.

Tal argumento es merecedor de idéntica objeción a la anteriormente realizada. Por otro lado, no está de más recordar que el dilema «eficacia vs. garantías» es un falso dilema, pues la función del proceso penal es doble: asegurar el castigo del culpable al tiempo que la protección del inocente, de modo que la satisfacción de todos los intereses en juego (acusados/víctimas/sociedad) solo puede producirse en el marco del proceso debido. Al menos, mientras seamos capaces de seguir sosteniendo como el único legítimo el paradigma de racionalidad propio del derecho penal vigente en los Estados constitucionales.

Por ello, tanto la normativa sustantiva y procesal como su aplicación judicial no pueden perder nunca de vista los principios limitadores de la intervención penal. Entre otras razones, para prevenir la existencia de abusos y errores provenientes de los sujetos institucionales que tienen encomendada la persecución penal, garantizando la existencia de un estándar de prueba exigente y objetivo, la imparcialidad de los decisores en quienes no han de pesar consideraciones político criminales en el momento de la valoración probatoria (distinto es el papel de los investigadores al tiempo de la búsqueda y aporte de pruebas), y el derecho de defensa, que se vería notablemente dificultado de aceptarse un estándar subjetivo de prueba a la vista de una declaración testifical no corroborada.

#### 4.2. La sobrevaloración de la presunción de inocencia

En ocasiones, se sostiene que el principio de presunción de inocencia está hipertrofiado, que, en definitiva, no deja de ser un derecho fundamental que, como todos, no es absoluto y, en consecuencia, susceptible de sujeción a ponderación cuando entre en conflicto con otros intereses relevantes. Entre dichos intereses, últimamente se vienen destacando la indemnidad sexual de los menores de edad y la integridad corporal, la libertad y libertad sexual de las mujeres frente a las agresiones de los hombres.

Como es sabido, la presunción de inocencia es un derecho fundamental con diversas vertientes. Una de ellas es doctrinalmente discutida<sup>59</sup> (en caso de diversidad hermenéutica sobre el alcance de la disposición penal desfavorable ha de optarse por el entendimiento de la misma más favorable para el encausado). Pero las otras dos son de generalizada aceptación.

Como regla de tratamiento impone a las autoridades encargadas de la persecución y enjuiciamiento la obligación de tratar al encausado como si fuera inocente, proscribiendo el dictado de resoluciones que supongan una anticipación de pena o

---

<sup>59</sup> Aun cuando parece encontrar respaldo en la STC 109/1986, de 24 de septiembre y en el argumento de que es contrario al derecho que consagra el artículo 24.2 CE castigar el delito cuando no se tiene la seguridad de lo que el sujeto hizo es justamente lo que la ley define como delito.

tratamientos informativos que impliquen un prejuicio sobre la culpabilidad<sup>60</sup>. Pero además, la presunción de inocencia es una regla de juicio<sup>61</sup>, que se desdobra en una regla probatoria, que exige para la condena la existencia de actividad probatoria de cargo (suficiente) practicada con todas las garantías, y en un estándar probatorio, o criterio que indica cuándo se entiende acreditada la hipótesis acusatoria. Si la función primordial del proceso es la reconstrucción del pasado conforme a reglas, tal reconstrucción solo puede convertirse en hecho probado si a partir de dichas reglas, bajo las condiciones del discurso racional, puede resistir todos los intentos de refutación. La presunción de inocencia fija el estándar probatorio: la hipótesis de la acusación sólo quedará justificada cuando encuentre respaldo acreditativo más allá de toda duda razonable. Ello, como señala FERRER BELTRÁN<sup>62</sup> implica que: «a) La hipótesis sea capaz de explicar todos los datos disponibles integrándolos de forma coherente; y, b) No han de ser posibles hipótesis más favorables compatibles con los datos disponibles».

Pues bien, si lo que se quiere afirmar es que en determinados tipos delictivos, por los intereses en juego o la dificultad de su descubrimiento, debe sustituirse este estándar por otro menos exigente, como la probabilidad prevalente, tal argumentación no nos remitiría a un juicio de ponderación entre el interés público en la averiguación de la verdad en el proceso y el interés en reconocer la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, del derecho que reconoce el art. 24.2 CE, sino simple y llanamente ante un abandono de la presunción de inocencia como estándar probatorio. No cabe «rebajar» las exigencias del estándar sin desnaturalizar el derecho fundamental. Lo resultante sería otra cosa, lo que ha llevarnos a preguntarnos por el sentido del derecho.

A juicio de VIVES ANTÓN<sup>63</sup> la contraposición entre presunción de inocencia y verdad es una falacia. Cuando se propone optar por un estándar menos exigente, lo que se propone, en otros términos, es renunciar a la verdad, imponiendo la pena cuando no podemos estar seguros de que el sujeto haya cometido el delito y, en consecuencia, asumir el castigo de los inocentes. No cabe duda, a juicio del citado autor, de que con ello se reforzaría el poder del Estado, pero del mismo modo se debilitaría la dignidad de los ciudadanos.

En mi opinión, el acento debe ponerse en el dato de que el proceso penal no es un instrumento al servicio de la investigación desinteresada de la verdad. La verdad interesa a los solos efectos de ejercitar el *ius puniendi*, potestad estatal que, por sus efectos sobre la vida de los ciudadanos, se encuentra sujeta a precisos límites que la Constitución y las leyes establecen, entre los que destacan los que representan

---

<sup>60</sup> En este sentido, revista especial interés 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.

<sup>61</sup> Esta vertiente no es ajena a la cultura anglosajona. Véase *Taylor vs. Kentucky*, 436 US. 478, 98 (1978) que cuestiona la tradicional separación entre la presunción de inocencia y el principio de que la acusación tiene la carga de probar más allá de una duda razonable.

<sup>62</sup> FERRER BELTRÁN, J., 2007: 147 y ss.

<sup>63</sup> VIVES ANTÓN, T., 2011: 962 y ss.

los derechos fundamentales. Una hipotética verdad adquirida fuera de esos límites nunca podría legitimar el ejercicio de esa potestad. El dilema no debería, por tanto, plantearse en los ambiguos términos de verdad/garantías (presunción de inocencia) sino de legitimidad/ilegitimidad de la intervención penal. Un estándar que permite resolver la situación de incertidumbre condenando a la persona acusada sería, desde esta perspectiva, ilegítimo<sup>64</sup>.

Además, no debe olvidarse que las reglas procesales y probatorias se dictan y prueban con pretensión de generalidad, para ser aplicadas a un elevado volumen de asuntos en el que intervendrán un no menos elevado número de jueces, fiscales y policías. Una visión no idealizada de la realidad pasa por aceptar que no puede partirse a priori de que todos los partícipes vayan a estar en posesión de óptimas capacidades sintéticas y valorativas y a actuar guiados por las mejores intenciones. Por ello, es epistemológicamente correcto fijar un estándar probatorio muy exigente como mecanismo de prevención de los riesgos de abuso y de error (siempre presentes cuando el Estado que quiere penar reconstruye el pasado histórico y pretende establecer como verdad el resultado de su propia reconstrucción).

No me parecen, por ello, adecuadas, ciertas recomendaciones impulsadas desde los Consejos de la Judicatura de distintos Estados que dan a entender que en los delitos basados en el género la lucha contra su impunidad resulta aconsejable la «flexibilización de la carga probatoria». Así sucede en la Guía para la Administración de Justicia con perspectiva de género del Consejo de la Judicatura de Ecuador de 2018, que contiene un epígrafe titulado «Flexibilizar la carga probatoria en las infracciones basadas en género», y cita jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en favor de tal flexibilización. La guía dice:

...considerando que una de las características de los delitos sexuales, es que generalmente son perpetrados de manera escondida, sin testigos que puedan confirmar las declaraciones de la víctima, la Corte Interamericana ha manifestado que el testimonio debe ser considerado como una «prueba fundamental, y debe ser apreciado dentro del conjunto de las pruebas obtenidas». Igualmente, advierte: «Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido diversas opiniones respecto a la valoración de la prueba, señalando que la falta de la realización de exámenes médicos que debe disponer el Estado, no puede cuestionar la veracidad de las declaraciones de las víctimas. Esto debe ser considerado especialmente en los casos de agresiones sexuales debido a que estos hechos de violencia no siempre implican lesiones físicas evidentes».

Difícilmente puede discreparse de los asertos: *a)* En los delitos sexuales, el testimonio de la víctima debe ser considerada una prueba fundamental; *b)* Dicha prueba ha de valorarse en conjunto con el resto de pruebas; *c)* La falta de evidencia clínica de la agresión sexual no denota necesariamente la inveracidad del testimonio. Pero, del mismo modo, de ellos no se deduce la necesidad de rebajar el estándar probatorio. Es posible, por tanto, que lo que este tipo de protocolos y guías pretendan sea tan solo concienciar a aplicadores poco sensibles sobre la necesidad de valorar sin prejuicios los testimonios de quienes afirman ser víctimas de violencia de género y, especial-

---

<sup>64</sup> RAMÍREZ ORTIZ, J. L., 2014.

mente, sexual. Y tal pretensión es merecedora de elogio. Pero ello no debe llevar a confundir planos de modo que acabe oscureciéndose la identificación del estándar probatorio exigido. Un estándar, tan inseparable de la configuración del proceso penal de los Estados constitucionales, que permite calificarlo de proceso penal de la presunción de inocencia frente al proceso penal de la sospecha de tiempos, aún más oscuros, que ya creíamos superados.

#### 4.3. Las diferentes posiciones procesales de quien afirma ser víctima y acusado

Quien afirma ser víctima y acusado se encuentran en situaciones jurídicas diferenciadas. Así, mientras que la primera, como testigo, tiene obligación de comparecer y de decir la verdad y responder a los interrogatorios, el segundo no tiene obligación de declarar, su silencio no le perjudica y si miente su conducta es impune. En consecuencia, su distinto régimen jurídico ha de encontrar una traducción probatoria, atribuyendo, al menos tendencialmente, mayor valor a la declaración de la víctima.

El argumento no es sostenible por varias razones. Incorre, en primer lugar, en falacia normativista, al inferir el ser del deber ser: que los testigos tengan la obligación de decir la verdad no significa que no mientan. En segundo lugar, devalúa el estatuto de la persona acusada, quien se vería perjudicada siempre y en todo caso por el solo hecho de no prestar declaración bajo juramento. Pero, además, no explicaría cómo afrontar, no contradictoriamente con los postulados de la perspectiva de género, los supuestos en los que la persona acusada fuera mujer y quien afirma ser víctima, un hombre.

#### 4.4. La atribución a la víctima de la condición de testigo especialmente cualificado

Resultan de interés, en este sentido, dos sentencias del Tribunal Supremo (Roj: STS 2003/2018, de 24 de mayo y Roj: STS 2182/2018, de 13 de junio; en ambos casos, ponente Sr. Magro Servet), que vienen a sostener que la «víctima» es un testigo privilegiado o cualificado en la medida en que ha sufrido y presenciado el hecho.

«...En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien “ha visto” un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido»... «Y esto es relevante cuando estamos tratando de la declaración de la víctima en el proceso penal, y, sobre todo, en casos de crímenes de género en los que las víctimas se enfrentan a un episodio realmente dramático, cual es comprobar que su pareja, o ex pareja, como aquí ocurre, toma la decisión de acabar con su vida, por lo que la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya declaración

es valorada por el Tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud de la versión que ofrece en las distintas fases en las que ha expuesto cómo ocurrieron unos hechos que, en casos como el que aquí consta en los hechos probados, se le quedan grabados a la víctima en su visualización de una escena de una gravedad tal, en la que la víctima es consciente de que la verdadera intención del agresor, que es su pareja, o ex pareja, ha tomado la decisión de acabar con su vida»... «...se trata de llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima, sujeto pasivo de un delito, en una posición cualificada como testigo que no solo “ha visto” un hecho, sino que “lo ha sufrido”, para lo cual el Tribunal valorará su declaración a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido en primera persona, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en el plenario con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito».

Creo que la conclusión es difícilmente compatible con el art. 24.2 CE pues en sentido probatorio no hay, no puede haber, víctima antes de la sentencia, del mismo modo que no hay autor antes de ese momento. Con ello no se cuestionan las consideraciones de tipo asistencial ni las prestaciones exigibles a la Administración, que deben poner a disposición de quienes se afirma que han sido víctimas de un hecho delictivo grave todo el apoyo personal y material posible, con independencia de la existencia o inexistencia de la sentencia de condena y concurriendo determinadas circunstancias. Lo que se afirma es que en el marco del proceso el acusado tiene derecho a cuestionar no sólo su participación, sino también la misma existencia del hecho y, por tanto, la invocada condición de «víctima», que no precede al proceso, sino que es, en su caso, su consecuencia, lo que impide otorgar a esta última la pretendida condición de testigo cualificado.

#### 4.5. La suficiencia de la coherencia del relato

Está extendida la idea de que, en ciertos casos y especialmente en los delitos de violencia de género, la propia coherencia interna del relato de quien afirma ser víctima, su grado de exhaustividad y su persistencia en el tiempo son suficientes para dar por acreditada la hipótesis acusatoria<sup>65</sup>.

Con lo razonado con anterioridad en este trabajo puede descartarse el peso justificativo de este argumento. En suma, la virtualidad probatoria de un relato no puede verificarse ni contrastarse sobre la base del mismo relato; esa verificación ha de encontrar apoyo en elementos externos. En esta misma línea, la psicología del testimonio reconoce que el análisis de la credibilidad del contenido de una declaración basado en criterios internos se basa en un presupuesto metodológico, la existencia de diferencias intrínsecas entre las declaraciones reales y las falsas-imaginadas-sugeridas, seriamente cuestionado<sup>66</sup>. Así, se afirma que los análisis estadísticos realizados no son lo suficientemente exactos como para ser admitidos como prueba científica, que el

<sup>65</sup> Véase DI CORLETO, J., (2017): 285 y ss.

<sup>66</sup> MANZANERO, A., 2010: 245.

porcentaje de error de este tipo de análisis es superior al tolerable o que se trata de instrumentos no ampliamente aceptados por la comunidad científica<sup>67</sup>.

No niego la relevancia de la coherencia del relato, pues sí, como dijimos con anterioridad, la acción central afirmada es claramente identificable y se enmarca en un contexto que proporciona una explicación aceptable del comportamiento de los sujetos que intervienen en ella habría razones lógicas para tomar en serio dicho relato. Sin embargo, por sí sola, la coherencia en la narración es insuficiente, también en los delitos de violencia de género, pues la mayor o menor fiabilidad de una fuente de prueba no depende del tipo de hipótesis delictiva a probar. Por último, no está de más recordar que, especialmente en el caso de víctimas de género especialmente vulnerables, v.gr. en casos de enfermedad mental, estas pueden realizar relatos, en apariencia poco coherentes en múltiples detalles, que, no obstante, encuentren respaldo en aspectos sustanciales que permitan la acreditación del hecho nuclear.

#### 4.6. La existencia de una situación de asimetría o dominación

En relación con lo anterior, se señala que existen ciertos datos contextuales que permiten inclinar la balanza en favor del testimonio, muy especialmente la existencia de una relación asimétrica de poder entre quien afirma ser víctima y el acusado.

El aserto deja intacta la crítica realizada anteriormente, pues, por lo general, el supuesto de hecho (la existencia en el caso concreto de una relación de dominación) no puede presumirse sin más en el caso a enjuiciar<sup>68</sup> y, por tanto, debe ser justificada a través de alguna fuente de prueba ajena a la declaración de la testigo, aun indiciaria. De ser así, ya no nos encontraríamos en el supuesto del testimonio único no corroborado, pues podría constatarse la presencia de un elemento corroborador.

Por esta razón, líneas jurisprudenciales como la contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo núm. 677/2018, de 20 de diciembre pueden tener un impacto paradójico. La sentencia referida consolida una interpretación de determinados delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género en el sentido de no exigir como elemento para apreciar la tipicidad que el hecho denote la existencia de esa relación de dominación, por presumirse normativamente inherente a toda agresión física de un hombre sobre una mujer. Siendo perfectamente aceptable esa interpretación de la normativa sustantiva, por ser compatible con el tenor literal de la ley, y el propósito del legislador que introdujo dichos tipos penales en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el riesgo es que acabe desincentivando al investigador para que

---

<sup>67</sup> Véase RAMÍREZ ORTIZ, J. L., 2018.

<sup>68</sup> A título de ejemplo: es evidente que un empleador poderoso y su empleada, que vive en situación precaria, se encuentran en posiciones asimétricas, pero los datos probatorios que evidencien que nos encontramos ante un empleador poderoso y una empleada que vive en situación de precariedad deben provenir de fuentes ajenas a la sola declaración de la testigo.

busque e incorpore información de contexto sobre la relación, que pueda servir para dar respaldo al testimonio de la víctima y, con ello, se pierda riqueza acreditativa de interés para la justificación del hecho en sí.

En conclusión, la perspectiva de género no permitiría eludir o vadear los problemas epistemológicos y procesales que en el enjuiciamiento plantea el testimonio no corroborado, pues una valoración del testimonio no estereotipada, a lo sumo, permitiría afirmar, en perspectiva interna, la coherencia del relato de la víctima, pero no su fiabilidad, que seguiría precisando de datos objetivos externos verificables.

## 5. FUNCIÓN EPISTÉMICA Y FUNCIÓN HEURÍSTICA DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

### 5.1. La perspectiva de género: sesgos y estereotipos

Los sesgos cognitivos, también conocidos como procedimientos heurísticos, son aquellas reglas que, de modo inconsciente, todas las personas aplicamos al procesar la información que recibimos del exterior y que permiten reducir las tareas complejas de asignar probabilidades y predecir valores a operaciones de juicio más simples. Como parte de la herencia genética humana, estos sesgos se encuentran siempre presentes, y permiten agilizar el proceso de toma de decisiones cuando percibimos y analizamos una determinada situación.

En el ámbito del proceso y las decisiones judiciales MUÑOZ ARANGUREN<sup>69</sup> destaca, entre otros, los siguientes: *a)* Sesgo de la representatividad. A través del mismo las personas toman decisiones en función de aquello que ya conocen y les resulta parecido a lo que tienen que decidir; *b)* Sesgo de la disponibilidad. Mediante este «atajo mental» el sujeto procede a valorar la probabilidad de que acaezca un suceso, tomando en consideración la facilidad con la que el propio sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de sucesos similares; *c)* Sesgo de anclaje y ajuste. Mediante este procedimiento, el sujeto realiza una estimación a partir de un valor inicial (anclaje) que, posteriormente, va adecuando a medida que obtiene nueva información adicional. Por lo general, la valoración inicial suele ejercer una influencia indebida en el análisis del sujeto, que la ajusta a la información que va recibiendo sin cambiarla; *d)* Sesgo de confirmación. En este procedimiento el sujeto tiende a filtrar la información que recibe buscando y sobrevalorando las pruebas y argumentos que confirman su posición inicial, e ignorando las pruebas y argumentos que no la respaldan; *e)* Sesgo de grupo. Mediante este procedimiento, el sujeto valora de forma homogénea las acciones y opiniones de las personas que pertenecen al mismo grupo, por la sola razón de pertenencia a ese grupo. Esos prejuicios pueden ser tanto positivos, como negativos.

<sup>69</sup> MUÑOZ ARANGUREN, A., 2011. También los analiza en detalle NIEVA FENOLL, J., 2010: 120 y ss.

Por lo que nos ocupa, este último sesgo adquiere gran relevancia y se vincula con el concepto de estereotipo, entendido como preconcepción sobre las características de los miembros de un colectivo o sobre los roles que deben cumplir. La presencia del estereotipo, además, incide en el resto de heurísticos, pues el trasfondo cultural machista del juez puede determinar en gran medida el contenido concreto de aquéllos y condicionar fuertemente el sentido de la decisión del caso sometido a su consideración. Los estereotipos de género, concebidos como grupo estructurado de creencias sobre los atributos personales de hombres y mujeres<sup>70</sup>, implican una variedad de aspectos tales como las características de la personalidad, comportamientos y roles, características físicas y apariencia u ocupaciones y presunciones sobre la vida y orientación sexual. Como construcciones ideológicas y culturales reflejan la estructura desigual de poder existente en la relación entre sexos y pueden desempeñar una función no solo descriptiva sino también prescriptiva en tanto implícitamente imponen a las mujeres que se adecuen a los roles que se les asignan.

Respecto de su tipología, COOK y CUSACK<sup>71</sup> distinguen entre estereotipos de sexo (centrados en los atributos y diferencias físicas y biológicas existentes entre hombres y mujeres, v.gr. los hombres son físicamente más fuertes que las mujeres), estereotipos sexuales (basados en las características o cualidades sexuales que deberían ser poseídos por hombres y mujeres, v.gr., la sexualidad de las mujeres se vincula a la procreación), estereotipos sobre los roles sexuales (fundados en el papel que se atribuye o espera de hombres y mujeres, v.gr. las mujeres tienen un rol de cuidadoras en la familia) y estereotipos compuestos o aquellos que combinan varios estereotipos de género.

La vinculación entre heurísticos y estereotipos salta entonces a la vista. En suma, un juez que haya naturalizado el estereotipo sobre el rol de la mujer como cuidadora (cuyo ámbito por definición es el doméstico, atendiendo las necesidades de padres, hijos y esposos) y el estereotipo sexual de que la sexualidad de la mujer está destinada a la procreación, de partida tenderá a infravalorar el valor probatorio de la declaración de una mujer dedicada a la prostitución que denuncia una violación, por lo que interpretará las pruebas, aun inconscientemente, buscando datos que confirmen sus preconcepciones (sesgo de confirmación), de modo que aun cuando reciba informaciones nuevas tenderá a ajustarlas a su estimación inicial (sesgo de ajuste). Y, lógicamente, la decisión que tome, basada en la valoración sesgada del testimonio, que creará correcta, especialmente si no es corregida por vía de recurso, repercutirá en sus decisiones futuras (sesgos de representatividad y de la disponibilidad).

## 5.2. Función epistémica y función heurística de la perspectiva de género

A tenor de las precedentes consideraciones, parece claro el papel que la perspectiva de género puede desempeñar en el ámbito de la disciplina probatoria, en tanto

---

<sup>70</sup> Seguimos a COOK, R., y CUSACK, S., 2009.

<sup>71</sup> *Ibid.*

que permite al juzgador identificar los estereotipos subyacentes en sus evaluaciones, tomar conciencia de la posibilidad de que hayan tenido incidencia en los procedimientos heurísticos a los que recurre inadvertidamente, y hacer uso de la información que proporciona este punto de vista para valorar sin prejuicios la prueba practicada. Servirían así como máximas de la experiencia de indudable valor epistémico, en tanto que aportarían criterios cognoscitivos sobre la base de los cuales realizar inferencias, sin reproducir los roles inherentes a la distribución asimétrica de poder existente entre hombres y mujeres. Ciertamente, habrá ocasiones en que la realidad de lo sucedido se ajuste al estereotipo socialmente vigente, pero de lo que se trata es de hacerlo aflorar, de verbalizarlo, de ser consciente de su presencia, para evitar que determine, injustificadamente, reconstrucciones históricas erróneas y reproductoras de la desigualdad.

No obstante, no debe sobrevalorarse dicho valor epistémico. Como refiere TARUFFO<sup>72</sup>, hay máximas de la experiencia que se basan en generalizaciones que pueden considerarse válidas universalmente (generalmente, con fundamento en conocimientos científicos), en cuyo caso cabe construir una inferencia de tipo deductivo. Próximas a ellas son las máximas que no expresan una ley general, sino que se basan en una cuasigeneralización, es decir, en la expresión de una tendencia que tiene determinado hecho a ocurrir con ciertas modalidades, por lo que puede ser prácticamente equiparada a una verdadera generalización, en atención a los tolerables márgenes de error. Las más frecuentes son aquéllas máximas que carecen de ese fundamento científico general o cuasigeneral, si bien disponen de base empírica. Por último, hay otras falsas máximas de la experiencia, carentes de confirmación científica o empírica y que no expresan conocimientos, sino que se basan en prejuicios sociales generalizados. Pues bien, la perspectiva de género permite desactivar estas falsas máximas de la experiencia (v.gr. en las relaciones de dependencia laboral las mujeres no padecen situaciones de acoso sexual, quienes denuncian tales hechos son fabuladoras ventajistas), pero no puede convertir algunos de sus enunciados en máximas de la experiencia universal o cuasiuniversalmente válidas (v.gr. en las relaciones de dependencia laboral, las mujeres siempre padecen, o padecen con un altísimo grado de probabilidad, situaciones de acoso sexual, de modo que las mujeres que denuncian tales hechos dicen necesariamente la verdad). Con ello no se minusvalora la utilidad de esas máximas de la experiencia actualizadas, sino que se les otorga su verdadero valor (v.gr. en relaciones de dependencia laboral suelen producirse con relativa frecuencia situaciones de acoso sexual). Y su virtualidad, que ha de trasladarse a la motivación probatoria, radica en que facilita 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.

---

<sup>72</sup> TARUFFO, M., 2006: 439 y ss.

Ahora bien, según la tesis que defiendo, en casos de testimonio único no corroborado, en el momento del enjuiciamiento tal perspectiva carece de utilidad, dada la insuficiencia estructural de dicha prueba para desvirtuar la presunción de inocencia.

Sin embargo, como también señala TARUFFO, las máximas de la experiencia (y, por tanto, también las que suministra la perspectiva de género, podemos añadir) despliegan otra función central: pueden y debe servir para formular hipótesis adecuadas sobre los hechos de la causa (función heurística), indicando al investigador qué datos fácticos ha de incorporar, para lo que habrá de acudir, partiendo de un minucioso y no estereotipado examen de la declaración de la víctima, a las correspondientes fuentes probatorias que le servirán de respaldo en el futuro juicio oral. De este modo, además, podrá prevenirse el riesgo de impunidad para el caso de que, cuando proceda, en juicio la víctima opte por acogerse al derecho que le otorga el art. 416 Lecrim, que le dispensa de declarar en contra de su pareja, al tiempo que se la releva de la carga emocional que supone el saberse fuente única de prueba para la condena del agresor.

En la práctica judicial sucede con relativa frecuencia que, en juicios por delitos de violencia de género los medios de prueba propuestos a practicar se reduzcan a los testimonios de denunciante y acusado. En algunos casos, además, se dispone de un solo elemento externo de confirmación (un dictamen pericial forense que identifica signos lesivos), pero cuando el dato probatorio resultante de dicho informe es reconducible también a la hipótesis exculpatoria, atendido el contenido de la declaración de la persona acusada, la polivalencia del dato (en tanto que compatible en igual grado con la hipótesis acusatoria y la exculpatoria) puede acabar provocando un déficit de prueba de cargo insalvable.

Con todo, ello no siempre ocurre, frente a lo que suele alegarse, por la propia naturaleza de los hechos<sup>73</sup>. Lo cierto es que en tales casos suelen existir numerosos elementos indiciarios de gran valor acreditativo que pueden acumularse a la declaración del testigo que afirma ser víctima y que permiten, por su riqueza y a la luz de la perspectiva de género, una adecuada reconstrucción histórica del suceso de forma respetuosa con las exigencias que impone el derecho que consagra el art. 24.2 CE. Lo que pasa, por desgracia, es que los sujetos institucionales encargados de la investigación suelen prescindir de tales elementos, por no afectar directamente al «hecho nuclear». Sin embargo, a poco que se reflexiones sobre ello, tal circunstancia es consustancial a la prueba indiciaria, que recae, ciertamente, sobre hechos accidentales, pero que permite inferir el hecho principal sobre la base de inferencias. La perspectiva de género puede desempeñar una función esencial en este ámbito, identificando la posible presencia de estereotipos, para descartarlos, así como la de los datos informativos relevantes que pueden obtenerse de la declaración de la víctima durante la fase de investigación, que hacen coherente y congruente su relato, e indican el camino que ha de seguirse para la búsqueda e incorporación a la causa del material investigativo externo que lo corrobore.

---

<sup>73</sup> Suele decirse que, por tener lugar en el ámbito de la privacidad, fuera de la vista de otras personas, no disponen de otros medios probatorios más que las declaraciones de las personas implicadas.

### 5.3. Estereotipos en el enjuiciamiento

La sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Canadá en el *caso R. vs. Ewan-chuk* <sup>74</sup> suele citarse como ejemplo de valoración estereotipada de la prueba por razones de género. El Tribunal de instancia absolvió al acusado de un delito de agresión sexual. Según quedó acreditado, la denunciante acudió a una entrevista de trabajo que tuvo lugar en el interior de la camioneta del acusado. Tras la entrevista, que se desarrolló con normalidad, el acusado invitó a la denunciante a ver algunos de sus trabajos, que tenía guardados dentro de un remolque situado tras la furgoneta. Tras pasar, aquella dejó la puerta del remolque abierta, pero el acusado la cerró de modo que la denunciante pensó que había echado la llave, lo que provocó que sintiera temor. El acusado comenzó a acariciar a la denunciante de forma íntima, pese a que ella verbalizó su oposición (empleando la palabra «no»), en diversas ocasiones. Sin embargo, aquel continuó con los tocamientos de contenido sexual. La sentencia de instancia, pese a considerar probado tal relato, afirmando que la denunciante era una testigo creíble y que había dado un testimonio convincente, absolvió al acusado estimando que había existido un «consentimiento tácito». En suma, si bien aceptó la versión de la denunciante, explicativa de que no quería tener relaciones sexuales con el acusado, y que dijo «no» en varias ocasiones, pero que se quedó inmóvil ya que tenía miedo de que aquel pudiera cometer un delito sexual más grave, consideró que su conducta pudo generar una duda razonable en el acusado acerca de si había consentido la relación. La decisión fue ratificada por el Tribunal de Apelaciones de Alberta. La Corte Suprema revocó la revocó y condenó por unanimidad al acusado como autor de un delito de agresión sexual con el argumento de que el «consentimiento implícito o tácito» no era una razón jurídica operativa. En suma, o había consentimiento o no lo había, y las circunstancias concurrentes exigían que el acusado fuera consciente de su inexistencia.

La sentencia de la Corte contiene un voto particular concurrente de la magistrada Sra. L'Hereux-Dubé's, que detecta los estereotipos presentes en la valoración realizada en la instancia. Así, señala cómo en dicha valoración late el rechazo hacia la autodeterminación sexual de las mujeres bajo la falsa asunción de que se encuentran siempre en un estado de permanente disponibilidad sexual hacia los hombres. En síntesis, identifica los siguientes estereotipos sexuales: *a)* las mujeres son pasivas sexualmente y, por tanto, están siempre dispuestas a aceptar las proposiciones de los hombres; *b)* las mujeres deben resistirse activa y físicamente a las agresiones sexuales, de modo que, de no hacerlo, se entiende que las consienten; *c)* las mujeres se encuentran en un estado de consentimiento permanente frente a la actividad sexual, por lo que cuando dicen «no», en realidad dicen «sí», «inténtalo de nuevo» o «convénceme».

En este caso resultaba evidente la existencia de dichos estereotipos, que llegan a explicitarse en la ponencia del magistrado McClung, de la Corte de Apelaciones de Alberta, en la que destaca que la denunciante pudo provocar al acusado por el modo

<sup>74</sup> Puede consultarse en <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1684/index.do>

en que iba vestida, que la acción del acusado fue menos criminal que «hormonal» o que la agresión podía haber terminado fácilmente mediante una «bofetada en la cara» o un «rodillazo bien dirigido»; argumentos en los que subyacen dos máximas de la experiencia erróneas: los hombres no pueden controlar su instinto sexual y toda mujer que quiere evitar una agresión sexual empieza por pelearse con el agresor.

Ahora bien, en el caso, además de los datos de hecho directos (la negativa reiterada mediante el empleo de la palabra «no», no discutida) existían otros datos fácticos indiciarios o indirectos que evidenciaban la falta de consentimiento. Así, los denotativos de la situación de asimetría (la víctima, que había acudido en búsqueda de empleo, contaba tan solo con 17 años de edad y el acusado era una persona que la doblaba en estatura) y de contexto (los hechos suceden tras la entrevista de trabajo a la que acude aquella sin conocer previamente al acusado, dentro de un remolque cuya puerta, debido a la acción de aquel, la primera estimaba que estaba cerrada).

Con todo, la praxis demuestra que no siempre nos encontramos ante casos en los que disponemos de datos probatorios tan nítidos. Es en los casos límite (donde se dispone únicamente de la testifical no corroborada de quien afirma ser víctima o, en su caso, también de la declaración de la persona acusada de signo contrario) en los que la virtualidad de la perspectiva de género no permite superar el test de suficiencia que exige la presunción de inocencia, pero en los que puede servir para indicar al investigador la «hoja de ruta» que ha de seguir para orientar la indagación y hacer acopio de material probatorio.

#### 5.4. Estereotipos en la investigación

##### 5.4.1. *Corte Interamericana (casos Campo Algodonero contra México y Rosendo Cantú contra México)*

El caso prototípico de déficits en la investigación debidos, entre otras razones, a la falta de perspectiva de género es el contemplado en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, Corte IDH) del 16 de noviembre de 2009 dictada en el caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, referido al asesinato de ocho mujeres en Ciudad Juárez y a las graves irregularidades producidas y falta de diligencia constatada durante las pesquisas. La sentencia de la Corte declaró, por ello, la responsabilidad internacional del Estado demandado y le instó a reconducir adecuadamente el proceso <sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Así, señala: «La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las

En concreto, se reprochó al Estado la tardanza y la desidia en el arranque de las investigaciones, motivada, entre otras causas, por estimaciones sexistas sobre las víctimas. Así, según refieren los familiares, los funcionarios que recibieron las denuncias les respondían con explicaciones tales como: *a)* «No está desaparecida, anda con el novio o anda con los amigos de vaga»; *b)* «Si le pasa eso es porque se lo busca, porque una niña buena, una mujer buena está en su casa»; *c)* «Seguro que se ha ido con el novio, porque las muchachas son muy voladas y se les aventan a los hombres»; *d)* «Todas las niñas que se pierden...se van con el novio o quieren vivir su vida solas».

Esos comentarios, unidos al hecho de que los investigadores preguntaban a los familiares sobre las «preferencias sexuales» de las víctimas, ponían de relieve el acusado sesgo sexista de los investigadores, que no tomaron en consideración la doble discriminación sufrida por aquellas dado el grupo al que pertenecían, mujeres jóvenes trabajadoras de sectores pobres en Ciudad Juárez.

Una situación similar, de desaparición y muerte violenta, abordó la Corte IDH en el caso Veliz Franco y otros contra Guatemala, resuelto en 2014, en el que las autoridades encargadas de la investigación gestionaron deficientemente la indagación partiendo de inaceptables estereotipos. Así, afirmaron que la víctima era «una cualquiera, una prostituta» y que había sufrido «inestabilidad emocional por andar con varios novios y amigos». La forma de vestir, la vida social y sexual, y la falta de supervisión parental incidieron en actuación ineficaz de las autoridades, que restaban gravedad a los hechos.

Es evidente que los casos citados no eran casos de testimonios únicos en el arranque de la investigación, pero los hemos reseñado por la especial relevancia que tienen en tanto paradigmas de un patrón general de negligencia y falta de efectividad en las investigaciones derivado de una perspectiva estereotipada sobre los roles de las mujeres en la sociedad.

Otro ejemplo concreto de este patrón, en el que, además, existía un testigo que afirmaba ser víctima es el caso Rosendo Cantú y otra contra México, resuelto por sentencia de la corte de 31 de agosto de 2010. La denunciante, mujer indígena de 17 años de edad en el momento de los hechos, fue interrogada por ocho militares y, posteriormente, violada por dos de ellos. Las investigaciones, remitidas a la jurisdicción penal militar por la fiscalía, tras la denuncia de la víctima, fueron archivadas por inexistencia de pruebas de la realidad de los hechos denunciados. La lectura de la sentencia de la Corte es recomendable, pues declaró probada la violación, a los efec-

---

primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de la libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido”. Y, a este respecto, añade: “Además, la Corte considera que el Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición y prevenir adecuadamente la violencia contra la mujer. Tampoco demostró haber adoptado normas o tomado medidas para que los funcionarios responsables de recibir las denuncias tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato».

tos propios de la jurisdicción del Tribunal, poniendo de relieve, a tal efecto, que «Los estándares o requisitos probatorios (de esta Corte) no son los de un tribunal penal, dado que no le corresponde a esta Corte determinar responsabilidades individuales penales ni valorar, bajo tal criterio, las mismas pruebas». Con todo, los datos que la sentencia constata evidencian que existía material fáctico suficiente para el arranque de la indagación y que, de haberse incoado esta, se hubiera podido recopilar material investigativo relevante para la posterior prosecución del proceso. Así, inicialmente se disponía de la declaración testifical de la víctima, de la declaración testifical de referencia de su cónyuge, a quien inmediatamente relató lo sucedido, y del resultado de una primera exploración física que detectó ciertos signos de violencia (aunque estos últimos no hubieran sido necesarios para dar respaldo al testimonio de la denunciante, dado el contexto coactivo en el que se produjo la agresión). Igualmente, existían datos circunstanciales de interés: la presencia de efectivos militares en la zona en el momento de los hechos y la existencia de una praxis institucionalizada de lo que la Corte denomina «violencia institucional castrense» respecto de mujeres de comunidades indígenas que residen en municipios de gran marginación y pobreza, realidad que debería haber servido de hipótesis de trabajo para el investigador. En el curso del procedimiento ante el Tribunal, además, se incorporaron otros elementos de convicción (entre otros, dictámenes periciales psicológicos sobre la existencia de secuelas en la víctima).

La sentencia explica adecuadamente la causa de ciertas inconsistencias encontradas en los relatos de la víctima teniendo en cuenta, *a*) que los hechos referidos por ella se relacionan a un momento traumático sufrido por la misma, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos; *b*) que tales relatos, además, fueron dados en diferentes momentos desde 2002 a 2010; y, *c*) que en el momento de los hechos la señora Rosendo Cantú era una niña. Por último, reseña determinadas circunstancias que refuerzan la credibilidad del testimonio, como el hecho de que la menor, que residía en una zona montañosa aislada, tuviera que caminar varias horas para ser asistida por las agresiones físicas sufridas, y para denunciar la violación sexual ante diversas autoridades que hablaban un idioma que ella no dominaba, y que su denuncia era previsible que tuviera repercusiones negativas en su medio social y cultural provocando un posible rechazo de su comunidad. Asimismo, persistió en su denuncia, siendo conocedora de que en la zona en la que vive continuaba la presencia de militares, entre los que podían encontrarse aquellos a los que había denunciado.

#### 5.4.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso M.C. contra Bulgaria)

El *leading case* en materia de evaluación de la perspectiva de género a la hora de identificar los elementos de los delitos contra la libertad sexual y evaluar la información aportada por una víctima doblemente discriminada (en el caso, mujer y menor) en el ámbito del Consejo de Europa es, sin duda la sentencia del TEDH de 4 de diciembre de 2003, dictada en el caso M.C. contra Bulgaria. La demandante, de 14 años y 10 meses de edad y, por tanto, apta para prestar consentimiento para man-

tener relaciones sexuales conforme a la ley búlgara, alegó haber sido violada en dos ocasiones en dos días consecutivos por dos jóvenes de 20 (A) y 21 (B) años, amigos entre sí y conocidos por ella, y encontrándose con ellos un tercero (C). En la primera ocasión, en el coche de uno de los agresores (A), en un lugar solitario, encontrándose en las proximidades B y C, y en la segunda, en el domicilio del C, por otro agresor, B, encontrándose en la casa A. En ambos casos la víctima tuvo miedo, pero verbalizó su oposición, lo que no sirvió de nada. Encontrada por su madre en la mañana del segundo día, la menor le contó la primera agresión, ocultándole la segunda por vergüenza, al haberse educado en una atmósfera conservadora, vivir en un pequeño pueblo donde todos se conocían, y tratarse de su primera relación sexual. Ambas fueron al hospital donde la menor fue reconocida y se constató que su himen había sido rasgado recientemente. Igualmente se localizaron erosiones leves en el cuello y otras partes de su cuerpo. Según relata la demanda, el autor de la primera violación habría visitado a la menor en su domicilio, pidiéndole perdón y diciéndole a su madre que tenía intención de contraer matrimonio con ella, lo que, en un principio habría sido aceptado por la madre como forma de minimizar el alcance de lo sucedido. Sin embargo, días más tarde, la madre se enteró de la segunda violación. Entonces, ambas denunciaron los hechos. Los denunciados fueron detenidos, y alegaron que ambos habían mantenido relaciones sexuales con la menor.

La policía realizó varios actos investigativos (recibió declaración a los denunciados, a la menor, a su madre, a testigos de descargo de la defensa, contó con el reconocimiento médico y, a instancias de la fiscalía, pues previamente había archivado el caso, realizó una pericia psicológica a la víctima por especialistas que concluyeron que la reacción de esta fue normal, considerando su edad y circunstancias personales). Finalmente, la fiscalía archivó el caso estimando que no había evidencia de que la víctima hubiera opuesto resistencia, por lo que, tomando en consideración las pruebas declarativas, el uso de la fuerza o las amenazas no quedaban justificadas «*más allá de una duda razonable*». A pesar de los recursos interpuestos, la decisión fue confirmada.

La sentencia del TEDH concluyó que el Estado búlgaro había vulnerado los arts. 3 y 8 del CEDH (prohibición de los tratos inhumanos y degradantes y derecho a la vida privada). En primer lugar, el Tribunal recordó que recae sobre los Estados parte la obligación de tipificar el delito de agresión sexual y de realizar investigaciones efectivas cuando se denuncian. Tras hacer un estudio de derecho comparado, señaló también que el cumplimiento de esa obligación pasaba por la efectiva penalización de todo acto sexual no consentido, incluso en ausencia de amenazas, fuerza física o resistencia de la víctima, por lo que 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. En el caso concreto, si bien puso de relieve que la legislación búlgara no exigía la existencia de fuerza física para estimar cometido el delito de agresión sexual, estimó que en su aplicación práctica la había impuesto, pues, en ausencia de pruebas del uso de la fuerza y de resistencia activa de la víctima o llamadas de auxilio, se había estimado

que la hipótesis inculpatoria carecía del suficiente respaldo. Señaló que en este tipo de delitos, los investigadores han de centrarse en la búsqueda de pruebas de la existencia o no de consentimiento y no en la de la fuerza o resistencia. No se habían tomado, así, en consideración, ni tampoco investigado todas las circunstancias concurrentes (el número y edad de los implicados como denunciados, los lugares solitarios en los que se habrían cometido los hechos, la especial vulnerabilidad de la menor, la natural reacción de ésta en los primeros momentos o el resultado del informe psicológico), ni se habrían tratado de refutar los testimonios de descargo sospechosos presentados todos por los investigados, testimonios que la demandante había denunciado como falsos. Además, podemos añadir, se había impuesto un estándar probatorio muy exigente para continuar la causa (el de la presunción de inocencia), impropio de esta fase procesal. Y, sobre todo, no se trataba, frente a lo que los investigadores erróneamente estimaron, de un supuesto de testimonio único contradicho por las versiones opuestas de los investigados, pues existían múltiples datos provenientes de fuentes diversas que convergían en la dirección inculpatoria, y que habrían exigido la continuación de las indagaciones.

#### 5.4.3. *Un modelo investigativo no estereotipado*

Antes de proseguir, conviene introducir una matización. El fenómeno de la «globalización» de los derechos humanos provoca un permanente diálogo transnacional entre numerosos operadores jurídicos sobre la base de un lenguaje común que se va construyendo gradualmente. Eso puede dar lugar a que durante el diálogo el empleo por un interlocutor de un determinado término cuando da cuenta de su respectiva situación nacional haga pensar al interlocutor de otra procedencia que comparten realidades idénticas, lo que puede no ser el caso. Un déficit de «perspectiva de género» no tiene el mismo alcance en un Estado central que en un país semiperiférico o periférico<sup>76</sup>. El nivel de desarrollo económico y social condiciona indudablemente el número y tipología de hechos delictivos que ingresan en el sistema penal. Y su tratamiento, una vez acceden a él, varía también en función de esos grados de desarrollo, que suelen corresponderse con los grados de implantación de la imparcialidad, eficacia y profesionalidad en los investigadores e independencia en los juzgadores. Hecha esta salvedad se comprende que en gran parte de los casos tratados por la Corte IDH junto a la problemática de género se detecten, entre otros, problemas estructurales de pobreza y de corrupción e ineficacia general de los sistemas penales involucrados. Ser consciente de estas diferencias es relevante tanto para diagnosticar adecuadamente la raíz de los problemas como para prescribir soluciones.

Dicho lo anterior, de las resoluciones comentadas cabe inferir a grandes rasgos que una investigación no estereotipada por razón de género exigiría que las indagaciones estuvieran destinadas prioritariamente a la búsqueda de datos investigativos

---

<sup>76</sup> Utilizando la terminología de DE SOUSA SANTOS, 2009: 101 y ss.

que prestaran respaldo al testimonio de quien afirma ser víctima<sup>77</sup>, no descartando la propia investigación sobre la base de prejuicios inducidos por estereotipos de género y no archivándola por aplicación de estándares probatorios impropios de la fase investigativa, en la que en el arranque basta con la posibilidad de la comisión del hecho delictivo y en la prosecución con su probabilidad prevalente.

En esta línea, una investigación diligente debe recopilar datos probatorios provenientes de fuentes distintas a la declaración de la víctima con el objeto de buscar el refuerzo externo de dicha declaración, datos relativos al concreto contexto de producción de los hechos, la específica configuración de la relación de poder, la existencia, en su caso, de antecedentes de violencia, su frecuencia o reiteración, la viabilidad de posibles represalias, el estado anímico y psicológico de la víctima tras los hechos, la existencia de posibles secuelas<sup>78</sup>, la presencia de eventuales testigos de referencia a los que la denunciante haya contado lo acontecido y que también puedan dar fe, como testigos directos, del estado de aquélla al narrar los hechos, la existencia de datos que solo podrían ser conocidos por la víctima de haber sucedido el hecho tal y como lo explica<sup>79</sup>, etc.

En cuanto a la dominación o la superioridad en las relaciones interpersonales, efectivamente cabrá inferirlas en algunos casos de las características propias de las personas implicadas (diferencia de edad, características físicas, psicológicas e intelectuales, nivel académico, estado de salud, posición social, autoridad ejercida, etc.). Pero en otras, habrá que realizar un esfuerzo adicional para incorporar una información como ésta singularmente relevante, dada su utilidad probatoria. Esfuerzo siempre justificado, por cuanto un relato coherente sobre una agresión se ve reforzado si existe prueba externa de que el narrador se encontraba sometido, habitual u ocasionalmente, a la persona a la que denuncia como agresora. Por otra parte, el punto de partida de que en contextos de subordinación son factibles los abusos constituye un modo adecuado de orientar las investigaciones en este tipo de delitos.

Este contexto, además, es especialmente relevante para abordar la prueba de la inexistencia del consentimiento libre y voluntario en aquéllas figuras delictivas en las que dicho elemento forma parte esencial de la estructura típica (en especial, delitos sexuales), pues la ausencia de una negativa clara, expresa y terminante de la denunciante no implica que consienta el acto de que se trate, pudiendo deberse tal falta de oposición a otros motivos vinculados con su situación (v.gr. incapacidad de defenderse, temor a una agresión más grave, miedo a perder el puesto de trabajo del que se depende en exclusiva, etc.).

---

<sup>77</sup> O de quien se afirma que es víctima (casos Campo Algodonero contra México y Rosendo Cantú contra México).

<sup>78</sup> Tomando también en consideración las concretas circunstancias del caso, ya que no existe un modelo arquetípico de víctima y en los juicios acerca de cómo ha de ser el comportamiento esperable de la víctima tras el hecho pueden anidar prejuicios de género. Así lo destaca LÓPEZ ORTEGA, J. J., 2018: 3 y ss.

<sup>79</sup> Por ejemplo, la presencia de un arma de fuego en el cajón de la mesa de noche del agresor sexual.

### 5.5. La dominación: elementos de contexto relevantes

En el año 2010, los profesionales de los Equipos de Asesoramiento Técnico Penal (EATP) de la Generalitat de Cataluña<sup>80</sup>, publicaron la guía revisada de la evaluación del testimonio en violencia de género<sup>81</sup>. La guía se elaboró sobre la base de la metodología propia del análisis del contenido de las declaraciones basado en criterios. A tal efecto, se identificaron quince criterios indicadores de la veracidad que, sometidos al correspondiente trabajo de campo empírico, se encontraron presentes en la mayor parte de los relatos de personas de las que se sabía que habían sido víctimas de delitos de violencia de género.

Como veremos posteriormente, estas pretendidas periciales de fiabilidad tienen un valor reducido, en especial tratándose de adultos. Sin embargo, pese a ello, algunos de los criterios tomados en consideración gozan de un indudable interés investigativo en cuanto explicitan hechos denotativos de fuertes situaciones de dominación, sobre los que deben proyectarse las investigaciones diligentes para buscar las oportunas fuentes de prueba que los justifiquen. A continuación, enumero algunos de esos criterios, centrados en el ámbito de las relaciones de pareja, pero que pueden extrapolarse, en algunos casos, a otras relaciones (v.gr. acoso sexual en el trabajo).

#### a) Control amplio masculino cognitivo-conductual.

Se trata de acciones llevadas a cabo por el hombre, de manera directa o indirecta, con la finalidad de someter a la mujer tanto a nivel cognitivo como conductual. Suponen un control sistemático, habitual y abusivo en distintos ámbitos, vigilando sus actos, movimientos, el modo en que viste, escuchando sus conversaciones con terceros, revisando sus comunicaciones, controlando sus llamadas, impidiéndole trabajar fuera de casa y relacionarse con otras personas, buscando el progresivo aislamiento social, familiar y de relaciones de la mujer, pudiendo llegar hasta el control de la propia documentación personal en especial respecto de mujeres extranjeras sin recursos.

#### b) Descripción contextualizada de microviolencias.

El referente son las prácticas sutiles de dominación del hombre sobre la mujer en la vida cotidiana, aprovechándose de la confianza afectiva, que suelen provocar confusión, culpa y dudas que acrecienten la falta de autoestima de la víctima y acrecientan la sujeción (v.gr: la delegación de todos los trabajos de cuidado, la imposición de demandas abusivas, etc.).

#### c) Violencia indirecta que suscita temor.

Se trata aquí de agresiones sobre mascotas, objetos de la casa, y amigos o conocidos de la pareja o familia, con la finalidad de atemorizar a la mujer pareja.

#### d) Estrategias de supervivencia de la mujer.

---

<sup>80</sup> Quienes suelen intervenir como peritos auxiliares de los tribunales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

<sup>81</sup> JUÁREZ, J.J. y otros, 2010.

Para superar la situación, la mujer intenta ir adaptándose a las nuevas exigencias para evitar el recrudecimiento de la violencia. Así, procura anticiparse a potenciales reacciones violentas, no desagradar, disociar sus propios sentimientos y percepciones para adherirse a los deseos del hombre e identificarse con él, advirtiéndose otras distorsiones cognitivas tales como la negación, la minimización o la normalización de los abusos.

e) Evolución de la violencia y progresión en la asimetría de poder.

Con ello, los autores del estudio se refieren al incremento gradual de la asimetría en el curso del tiempo y de la subordinación violenta, sea física (golpes), psíquica (insultos, vejaciones, desvalorización, etc), o sexual.

f) Temor a represalias.

A través de amenazas explícitas o implícitas, se genera en la mujer el miedo a la reacción del hombre sobre personas, cosas o aspectos de relevancia para aquella.

g) Ambivalencia y ambigüedad hacia el hombre.

Así, las mujeres que padecen violencia de género, suelen presentar pensamientos y emociones contrarias hacia sus parejas, sentimientos contradictorios de amor y odio, autonomía y dependencia, reconociéndose como víctimas pero también como corresponsables de la situación, lo que explicaría las retractaciones en las denuncias, en las decisiones sobre la ruptura de la relación o el mantenimiento de la convivencia.

h) Antecedentes de violencia en la biografía de la víctima

Aunque no se individualiza como criterio de verdad, se trata de un elemento que reviste interés, pues los estudios realizados han evidenciado que la variable de la exposición a la violencia previa incide sobre el resto de criterios<sup>82</sup>. Así, mujeres familiarizadas con el abuso tienden incorporar la violencia a sus vidas como algo normal, como parte integrante de sus biografías, a infravalorar los riesgos del mantenimiento de la convivencia y a disculpar episodios especialmente graves, circunstancias que pueden explicar que sus relatos parezcan menos genuinos y más pobres al no integrarse como episodios excepcionales en sus historias vitales.

Pues bien, los precedentes hechos, aun cuando no constituyan el hecho principal (v.gr. puede investigarse un hecho concreto de singular gravedad como un homicidio intentado), son hechos secundarios provenientes del aporte de la criminología con perspectiva de género con indudable valor indiciario, que pueden introducirse en el proceso por la vía de las testificales directas (conocidos o familiares que sin haber visto el hecho objeto de acusación, hayan presenciado conductas de control, de violencia indirecta, de estrategias de supervivencia de la víctima), testificales mixtas (de referencia, en cuanto a los datos relatados por la víctima explicativos del temor a las represalias, de la ambigüedad o ambivalencia hacia la pareja, o de la progresión de la violencia, pero directas, en aquellos aspectos percibidos por quienes conversan con

---

<sup>82</sup> Véase en detalle la guía revisada de la evaluación del testimonio en violencia de género ya citada.

la víctima que ponen de relieve la existencia de signos externos de agresión o signos físicos de dolencias psíquicas), documentales o testificales (respecto de los antecedentes de violencia), documentales (objetos rotos o dañados) o periciales propias (en relación con la existencia de dolencias psíquicas y su posible compatibilidad con el contexto de vida y los hechos punibles investigados).

## 6. ALGUNAS FUENTES DE CORROBORACIÓN CONTROVERTIDAS: PERICIALES DE FIABILIDAD Y TESTIFICALES DE REFERENCIA

Antes de concluir me referiré a dos fuentes de corroboraciones testimoniales a las que suele recurrirse en los delitos de violencia de género. La primera, en mi opinión, sobredimensionada, resulta de dudoso valor. En cambio, la segunda, infrautilizada, puede aportar datos muy relevantes.

### 6.1. Pruebas periciales de fiabilidad del testimonio de personas adultas

Mediante tales pericias se trata de determinar si la declaración es producto de un hecho experimentado por el testigo o producto de la fantasía o la sugestión. Para ello, se parte de un concreto presupuesto metodológico: las declaraciones de sucesos reales (autoexperimentados) difieren de las declaraciones de sucesos falsos (imaginados, sugeridos...) en una serie de características. Como es sabido<sup>83</sup>, estas pericias utilizan dos técnicas combinadas. Por un lado, la técnica CBCA (análisis del contenido de las declaraciones basado en criterios), que evalúa la credibilidad de las manifestaciones emitidas mediante el examen de diversos criterios de contenido que sirven como indicadores de la veracidad de la declaración. Además, se utiliza la técnica SVA (evaluación de la validez de la declaración), concebido como procedimiento de diagnóstico global que incluye los resultados de la técnica CBCA, la información biográfica del sujeto, las puntuaciones a diferentes tests que ha de cumplimentar, y otros indicadores de conducta, como la existencia de elementos externos de corroboración resultantes del expediente judicial.

Pues bien, si el presupuesto metodológico de la técnica CBCA está científicamente cuestionado respecto de los menores de edad<sup>84</sup>, con mucha mayor razón lo está respecto de los adultos. Y en cuanto a la técnica SVA, el elevado riesgo de error en la interpretación de los datos de evaluación (SVA) está siempre presente. En especial, debido al «sesgo confirmatorio», o sesgo del experimentador que al poner a prueba una sola hipótesis (la existencia del hecho punible afirmado) valora más positivamente los criterios que la confirman frente a los que la descartan. Pero, además, el perito redactor del informe suele examinar el expediente judicial, para contrastar datos, en

<sup>83</sup> Entre muchas otras referencias, véase ARCE, R.; FARIÑA, F., y VILARIÑO, M., 2010.

<sup>84</sup> Véanse con más detalle MANZANERO, A., 2010 y RAMÍREZ ORTIZ, J. L., 2018.

un momento histórico determinado, por lo que es posible que con posterioridad se hayan incorporado diligencias de otro signo que podrían haber incidido en las conclusiones alcanzadas en el informe. En cualquier caso, cabe extraer dos conclusiones: si el perito solo evalúa el contenido de la declaración, el aporte es irrelevante, pues seguiríamos enfrentándonos al testigo único. Y si analiza otros datos provenientes de fuentes probatorias externas, se excede de su cometido como perito y pasa a enjuiciar el caso, por lo que no sería esa pericia la que aportara el elemento corroborador, sino, en su caso, los elementos externos tomados en consideración por el perito. Además, una pericial cuyo objeto fuera una hipotética reconstrucción del hecho enjuiciado a partir de los datos obrantes en la causa (y de los otros que eventualmente pudieran adquirirse en la realización de la supuesta pericia) tomando en consideración los relatos de acusado y testigo para establecer cuál es el más probable sería ilegítima, pues tales cuestiones son las que constituyen el objeto del proceso penal, cuya característica esencial es la reconstrucción del pasado conforme a reglas (juez imparcial, debate dialógico en condiciones de igualdad, contradicción y racionalidad, resuelto por el juez partiendo de la presunción de inocencia como regla de juicio), de modo que si se prestara valor probatorio a la reconstrucción así realizada por el perito, el «acceso a la verdad» se habría producido prescindiendo de las reglas básicas procedimentales para la toma de la decisión, esto es, los derechos fundamentales, viciando su contenido<sup>85</sup>.

A tales críticas cabe añadir otra que no es imputable tanto a las pericias en sí como a su utilización por los jueces: su sobrevaloración epistémica y semántica por aquellos<sup>86</sup>, quienes suelen otorgarles un valor superior al que tienen al considerarlas prácticamente infalibles por partir de un entendimiento de las mismas conforme al paradigma de la individualización (deductivo) y no el de la verosimilitud (inductivo o probabilístico), y que, además, suelen hacerles decir cosas distintas de las que realmente dicen.

Distinto sería que el objeto de la pericia fuera determinar si la persona examinada<sup>87</sup>: *a)* padece alguna enfermedad mental que le condicione y oriente su discurso hacia la fabulación, *b)* padece alguna enfermedad mental que le impida percibir correctamente los hechos enjuiciados; *c)* padece alguna enfermedad mental que le impida prestar testimonio en el juicio así como, *d)* concurre alguna situación de análoga significación a las anteriores. Reducido así su objeto a situaciones que afectarían a la credibilidad del testigo en sentido estricto, no podrían oponérsele las precedentes objeciones.

## 6.2. Declaraciones testificales de referencia

Como pruebas indirectas que son no permiten dar por acreditado directamente el hecho referido por el testigo presencial. Pueden ser de especial utilidad para testar la

<sup>85</sup> Desarrolla esta certera crítica de raíz habermasiana CAMARENA GRAU, S., 2009: 218 y ss.

<sup>86</sup> GASCÓN, M., 2013: 183 y ss. Tomo la terminología de la autora, que se refiere a esta doble sobrevaloración en relación con la prueba pericial en general.

<sup>87</sup> CAMARENA GRAU, S., 2009: 220 y ss.

fiabilidad del testimonio, pues si lo que el testigo de oídas afirma que le fue referido por el presencial coincide exactamente con lo que este último explica en el acto del juicio, ello puede ser un indicador de fiabilidad de lo que narra, en especial cuando existen varios testigos de referencia de procedencia diversa y lo que narran es coherente y convergente (v.gr. familiares, desconocidos y agentes policiales).

Pero, además, como ha puesto de relieve HERNÁNDEZ GARCÍA<sup>88</sup>, lo habitual es que en estos casos la utilidad probatoria no provenga de lo referido por el testigo directo al de oídas sino de lo observado directamente por el testigo de oídas (v.gr. los signos externos de victimización del testigo directo cuando narró los hechos, o el estado de la vivienda en la que, según se denuncia, hubo un altercado). Como indicó la STC 217/1989, de 21 de diciembre: «El testimonio de referencia puede tener distintos grados según que el testigo narre lo que personalmente escuchó o percibió –auditio propio– o lo que otra tercera persona le comunicó –auditio alieno–». En consecuencia, el testigo de referencia puede valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente y a hechos relativos a la validez o fiabilidad de otra prueba. En este sentido, todo aquello que el testigo percibió de modo directo puede integrar una serie de circunstancias que cabe vincular con el hecho en disputa mediante una conexión inferencial a través de la denominada prueba indiciaria. Con estas matizaciones, es evidente que testificales mixtas de este tipo pueden aportar valiosos datos corroboradores.

## 7. CONCLUSIONES

Creo, por tanto, que la versión racionalista de todo sistema tendencialmente orientado hacia la libre valoración probatoria exige siempre, y con independencia de la clase de víctima y del tipo de delito objeto de enjuiciamiento la corroboración del testimonio de aquella, sin que los aportes de la perspectiva de género sirvan para incrementar el peso probatorio de tal testimonio. Cuando se constata la existencia de un hecho posiblemente delictivo sobre la base de una declaración testifical no corroborada, es en el ámbito de la investigación en el que deben volcarse los esfuerzos para dar cumplimiento a los compromisos internacionales, pues ni la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (también conocida por sus siglas en inglés CEDAW), de 1979, ni el Convenio de Estambul, ni la Convención Belem do Pará, ni las recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, establecen estándares probatorios diferenciados para los delitos que constituyen su objeto que flexibilicen o degraden la presunción de inocencia<sup>89</sup>.

A diferencia de otros derechos fundamentales, la presunción de inocencia como regla de juicio que incorpora un determinado estándar probatorio es un derecho

---

<sup>88</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J., 2009: 207 y ss.

<sup>89</sup> En el mismo sentido, DI CORLETO, 2017.

absoluto: no es modulable ni matizable, ni puede someterse a una ponderación con otros intereses en conflicto, pues ello supondría la destrucción del derecho y, con ello, la demolición de un sistema procesal que se basa en la premisa de que la culpabilidad no tiene existencia ontológica, no existe antes del proceso, sino después de él, y solo puede declararse si la reconstrucción del pasado conforme a las reglas que dimanen de los derechos fundamentales se ha producido tras alcanzar un nivel de certidumbre tal que haga posible afirmar que la hipótesis de la culpabilidad encuentra respaldo más allá de toda duda razonable, lo que ha de explicitarse a través de una motivación intersubjetivamente compartible. No es, por tanto, la flexibilización del estándar probatorio lo que afirman esos textos internacionales, sino el deber de los Estados de llevar a cabo investigaciones diligentes y efectivas para esclarecer los hechos en cuestión. Es ese, en mi opinión, el mejor camino para combatir el fenómeno de la violencia de género. Otros, que implican o pueden implicar el abandono de garantías trabajosamente conquistadas, constituyen una fuente de peligro para nuestro modelo constitucional penal.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ROMERO, P., 2008: *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2009: «La supuesta facilidad de la testifical» en *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi.
- 2011: «¿Qué cultura constitucional de la jurisdicción?», en *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- ARCE, R.; FARIÑA, F.; VILARIÑO, M., 2010: *Contraste de la efectividad del CBCA en la evaluación de la credibilidad en casos de violencia de género*, «Intervención psicosocial», vol. 19.
- BECCARIA, C., 1764: *Tratado de los delitos y las penas*. Edición de 1996, Comares: Granada.
- BENTHAM, J., 1823: *Tratado de las pruebas judiciales*. ed. de E. Dumont. Edición de 2001, Comares: Granada.
- CAMARENA GRAU, S., 2009: «¿Son admisibles con carácter general pruebas de tipo pericial sobre la credibilidad?», en 99 cuestiones básicas sobre la prueba penal, Manuales de Formación Continuada, 51, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- COOK, R., y CUSACK, S., 2009: *Esteriotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, University of Pennsylvania Press.
- DI CORLETO, J., 2017: «Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en los casos de violencia de género», en *Género y justicia penal*, Buenos Aires: Ediciones Didot.
- DE SOUSA SANTOS., 2009: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid: Trotta.
- DIGES, M., 2016: *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*, Madrid: Trotta.
- EYMERICO, N., 1503: *Manual de Inquisidores para uso de las inquisiciones de España y Portugal*. Edición de 2010, Valladolid: Maxtor.
- FERRAJOLI, L., 2006: *Derecho y razón*, Madrid: Trotta.
- FERRER BELTRÁN, J., 2003: *Prueba y verdad en el derecho*, Barcelona: Marcial Pons.
- 2007: *La valoración racional de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons.
- GASCÓN, M., 2013: «Prueba científica. Un mapa de retos», en *Estándares de prueba y prueba científica*, Barcelona: Marcial Pons.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., 2009: «La violencia intraparental: ¿pueden valorarse las referencias que el pariente efectuó a terceros o a los policías que acudieron en auxilio de la víctima, si la víctima se

- acoge en el acto del juicio a su derecho a no declarar?», en *99 cuestiones básicas sobre la prueba penal*. Manuales de Formación Continuada, 51, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- IGARTUA SALAVERRIA, J.; 1995: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- 2009. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima-Bogotá: Palestra Temis.
- JUÁREZ, J. J. y otros., 2010: *Revisió de la guia d'avaluació del testimoni en violència de gènere (GAT-VIG-R)*, Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J., 2018: «Breves reflexiones: yo sí te creo», en *Boletín de la Comisión Penal de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 10, volumen II.
- MANZANERO, A., 2010: *Memoria de testigos: obtención y valoración de la prueba testifical*, Madrid: Pirámide.
- MAZZONI, G., 2010: *¿Se puede creer a un testigo?*, Madrid: Trotta.
- MONTESQUIEU, C.: 1748: *El espíritu de las leyes*. Edición de 2002, Tecnos: Madrid.
- MUÑOZ ARANGUREN, A., 2011: «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», en *Indret* 2/2011.
- NIÉVA FENOLL, J., 2010: *La valoración de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons.
- 2017: «La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba», en *Ars Iuris Salmanticensis Estudios* Vol. 5, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- ORTEGO GIL, P., 2015: *Entre jueces y reos. Las postrimerías del derecho penal absolutista*, Madrid: Dykinson, SL.
- PAGANO, F., 1803: *Principios del Código Penal*. Milán. Edición de 2002, Hammurabi: Buenos Aires.
- RAMÍREZ ORTIZ, J. L., 2014: «Verdad, proceso y derecho penal (Interrogatorios en la habitación 101)», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 79.
- 2018: «La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual», en *Diario La Ley*, núm. 9199, Sección Doctrina, Editorial Wolters Kluwer.
- ROBERTS, P. y ZUCKERMAN, A., 2004: *Criminal Evidence*, Oxford University Press.
- SANCINETTI, M., 2013: «Testimonio único y principio de la duda», en *Indret* 3/2013.
- TARUFFO, M., 2006: «Consideraciones sobre las máximas de la experiencia», en *Páginas sobre justicia civil*, Barcelona: Marcial Pons.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., 1993: «In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia», en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- VIVES ANTÓN, T., 2011: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.



## NOTAS SOBRE EL TESTIMONIO ÚNICO EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Federico José Arena

Investigador Adjunto CONICET (CIJS-UNC)

Universidad Blas Pascal

fjarena@conicet.gov.ar

**RESUMEN:** Se realizan tres comentarios principales sobre el texto de Ramírez Ortiz «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género». En primer lugar, se propone concebir en dos sentidos las exigencias de la perspectiva de género respecto del testimonio único, a saber, como propuesta normativa y como propuesta epistémica. Esta distinción, se alega, tiene incidencia respecto de cómo esa exigencia repercute en el principio de inocencia. En segundo lugar, se indican algunas distinciones para afrontar en más detalle las dificultades que, para la consideración del testimonio de la víctima, generan los estereotipos. Por último, se introduce un argumento acerca de las consecuencias más generales que los sesgos implícitos poseen para la evaluación del testimonio en general.

**PALABRAS CLAVE:** testimonio único; generalizaciones; estereotipos; sesgos implícitos.

## REMARKS ON SINGLE TESTIMONY IN CASES REGARDING GENDER'S VIOLENCE

**ABSTRACT:** Three main comments are made on the text of Ramírez Ortiz «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género». In the first place, it is proposed to conceive of the demands of gender's perspective with respect to single testimony in two senses. On the one hand, as a normative proposal, on the other hand, as an epistemic proposal. This distinction has an impact on how that requirement affects the principle of innocence. Second, it introduces some distinctions in order to address in more detail the problems stemming from ste-

reotypes regarding the assessment of victim's testimony. Finally, an argument is introduced about the more general consequences that implicit biases have for the evaluation of testimony in general.

**KEYWORDS:** single testimony; generalizations; stereotypes; implicit bias.

En el trabajo que aquí se comenta, Ramírez Ortiz define con precisión el punto central que le interesa analizar, a saber, qué rendimiento tiene la perspectiva de género respecto de la evaluación del testimonio único de la víctima, como elemento probatorio en el proceso penal. Según el autor, la perspectiva de género exige evaluar el testimonio «eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples máximas de experiencia machistas». Desde este punto de vista, la perspectiva de género buscaría evitar que ciertos estereotipos, prejuicios y otras formas espurias de categorizar a las personas se cuelen, bajo el ropaje de máximas de experiencia, en la valoración de la prueba. Sin embargo, el siguiente párrafo sirve para resumir la conclusión principal a la que llega Ramírez Ortiz: «la perspectiva de género no permitiría eludir o vadear los problemas epistemológicos y procesales que en el enjuiciamiento plantea el testimonio no corroborado, pues una valoración del testimonio no estereotipada, a lo sumo, permitiría afirmar, en perspectiva interna, la coherencia del relato de la víctima, pero no su fiabilidad, que seguiría precisando de datos objetivos externos verificables». Ciertamente, el texto aborda, con erudición y detalle, varios puntos adicionales que no serán aquí mencionados.

Para apoyar sus afirmaciones, el autor repasa con atención la evolución histórica de ese tipo de elemento probatorio, presentando cómo las modificaciones en los fines del proceso, en las garantías del imputado y en la búsqueda de la verdad incidieron en el tratamiento que el proceso judicial le dio al testimonio único. El punto de referencia que utiliza Ramírez Ortiz para llevar a cabo su indagación, y que intima al lector a no perder de vista, es que el derecho penal tiene como función central limitar el poder punitivo del estado. No reconstruiré en detalle todo el recorrido, puesto que el texto forma parte del mismo número de la revista en que estas notas serán publicadas. Me limitaré a enunciar brevemente cuáles creo son las tesis centrales y cuáles los argumentos a discutir.

En la primera parte de su trabajo, Ramírez Ortiz se dedica a dismantelar la afirmación según la cual la prohibición de apoyar la condena en un único testimonio es un resabio de la irracionalidad probatoria que el proceso judicial tuvo en el pasado, caracterizado por reglas de prueba tasada<sup>1</sup>. La concepción ilustrada del proceso probatorio, si bien exige, por un lado, abandonar esas reglas contraepistémicas, exige, por otro lado, identificar y aplicar aquellas reglas «funcionales para la prevención del error y el abuso». Las observaciones de Ramírez Ortiz buscan mostrar que existen

---

<sup>1</sup> El autor se preocupa por señalar que cuando habla de «irracionalidad» se refiere a la dimensión epistémica, lo cual no implica que, bajo otras dimensiones, la decisión pueda ser racional, en el sentido de racionalidad instrumental que Ramírez Ortiz identifica en el mantenimiento de ciertos valores y orden social a través del proceso judicial, más allá de la verdad.

razones epistémicas atendibles para dudar de la potencialidad probatoria del testimonio único. En este sentido, nuestro autor reconoce que el triple test basado en la «ausencia de incredibilidad», la «verosimilitud» y la «persistencia en la incriminación» constituye un avance, pero lamenta que el segundo de los requisitos se haya instalado simplemente como un control de la coherencia interna del testimonio y no se haya mantenido la exigencia de corroboración periférica tal como había sido introducido originalmente. Ello en cuanto, incluso si se dan los tres requisitos, el testimonio puede todavía ser falso. Es por ello que propone distinguir entre «credibilidad subjetiva» y «fiabilidad externa» del testimonio. Lo primero se refiere a que el testigo no mienta, lo segundo a que lo que diga sea verdadero. La fiabilidad depende así «del grado de compatibilidad de dicha información con el resultado que arrojan el resto de las pruebas que integran el cuadro probatorio plenario y las demás circunstancias contextuales que han quedado acreditadas»<sup>2</sup>. Dado que no encuentra en el derecho español (ni es los textos normativos ni en la jurisprudencia) una teoría bien ordenada de la corroboración, Ramírez Ortiz defiende una versión débil de la corroboración, apoyada en la propuesta definicional de Andrés Ibáñez. Según este último autor, citado por Ramírez Ortiz, «corroborar es reforzar el valor probatorio de la afirmación de un testigo relativa al hecho principal de la causa, mediante la aportación de datos de una fuente distinta, referidos no directamente al hecho principal, sino a alguna circunstancia que guarda relación con él, cuya constatación confirmaría la veracidad de lo declarado por el testigo»<sup>3</sup>.

Luego Ramírez Ortiz analiza un conjunto de argumentos que, sobre la base de exigir la introducción de la perspectiva de género en la evaluación del testimonio único de la mujer víctima de un delito de violencia de género, defienden que ese elemento de prueba es suficiente para condenar. En general las respuestas y críticas de Ramírez Ortiz a tales argumentos pueden resumirse en las cuatro afirmaciones siguientes. Primero, las tasas de error en la credibilidad y fiabilidad del testimonio único impiden poder considerarlo suficiente para tener por probado el hecho más allá de toda duda razonable. Segundo, implicaría una violación del principio de inocencia, al que concibe como un derecho humano «absoluto». La presunción de inocencia se desdobra en una regla probatoria (existencia de elementos de cargo suficientes) y en un estándar probatorio (indica cuándo tener por acreditada la hipótesis probatoria). Cualquier «flexibilización» de ese estándar no constituye una graduación, sino un abandono del principio de inocencia. Tercero, sin corroboración, las sentencias no son subjetivamente controlables. Es decir, quedaríamos atados a la apreciación subjetiva del juez. Cuarto, la regla de testimonio único volvería más perezosos a los investigadores penales y, en consecuencia, llevaría a reducir el calibre de la evidencia producida dentro del proceso. Por el contrario, exigir la corroboración del testimonio tendría efectos beneficiosos para la investigación penal. Incentivaría a los investigadores a obtener mayores elementos probatorios que en buena parte de los casos están

<sup>2</sup> Cita de la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona de 13.6.17.

<sup>3</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009: 124 y ss.

disponibles, pero que una regla general que permita apoyar la condena en el testimonio único de la víctima no exigiría recabar.

No es sencillo polemizar con el artículo de Ramírez Ortiz, por dos razones. Primero, porque dada mi desconfianza general en el derecho penal como medio de solución de problemas sociales de gran envergadura, como la violencia de género, y en la pena como solución a la violencia en un caso particular, tengo dudas acerca de la existencia de razones para promover un mayor número de condenas. Creo, en cambio, que la preocupación principal del Estado, y del sistema jurídico en particular, debería ser la protección de la víctima de violencia de género, disponiendo medidas asistenciales y de defensa frente a posibles ataques futuros, más allá del desarrollo y finalización del proceso penal. Punto, este último, con el que parece acordar Ramírez Ortiz. Segundo, porque si bien inicialmente sus tesis pueden parecer, en virtud de su redacción y de las oponentes que elige, como planteando una controversia frente a las exigencias de la perspectiva de género, una vez terminado el artículo se tiene la sensación que la polémica es menor de la que inicialmente parecía poder producirse<sup>4</sup>. En efecto, las tesis sostenidas en última instancia por Ramírez Ortiz no son tan diferentes de las que parecerían aceptar quienes defienden los argumentos a favor de asumir la perspectiva de género en la consideración del testimonio único de la víctima. Ello en cuanto estas autoras, al menos en varios de sus textos, no parecen defender la tesis según la cual la perspectiva de género exige considerar al testimonio único de la víctima, no corroborado, como prueba suficiente para condenar al acusado de un delito de violencia de género, sino que pretenden defender la necesidad de dar un especial tratamiento a esa prueba. Al menos esto es lo que entiendo defiende, por ejemplo, en uno de sus artículos Di Corleto, donde incluso la sentencia de un tribunal del sur de Argentina, que esta autora cita en nota núm. 35 como apartándose de la regla la regla «testis unus, testis nullus», es una sentencia donde el testimonio estaba corroborado por pericias ginecológicas y psicológicas<sup>5</sup>. Es más, dada la concepción débil de las circunstancias corroborantes defendida por Ramírez Ortiz, buena parte de los ejemplos de sentencias en las que se ha condenado sobre la base del testimonio único de la víctima, son ejemplos de testimonios corroborados y solo en pocas ocasiones se trata de testimonios como evidencia única<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Dice Ramírez Ortiz: «Difícilmente puede discreparse de lo asertos: a) En los delitos sexuales, el testimonio de la víctima debe ser considerada una prueba fundamental; b) Dicha prueba ha de valorarse en conjunto con el resto de pruebas; c) La falta de evidencia clínica de la agresión sexual no denota necesariamente la inveracidad del testimonio. Pero, del mismo modo, de ellos no se deduce la necesidad de rebajar el estándar probatorio. Es posible, por tanto, que lo que este tipo de protocolos y guías pretendan sea tan solo concienciar a aplicadores poco sensibles sobre la necesidad de valorar sin prejuicios los testimonios de quienes afirman ser víctimas de violencia de género y, especialmente, sexual».

<sup>5</sup> Véase DI CORLETO, 2015: 10. Es de todos modos cierto que existe jurisprudencia donde se apoyó la condena únicamente en un testimonio de la víctima, pero suele señalarse la característica excepcional de ese tipo de cuadro probatorio. Véase, al respecto, la «Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres», del Ministerio Público Fiscal de la Argentina 2016: <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/11/UFEM-Guía-de-actuación-en-casos-de-violencia-doméstica-contra-las-mujeres.pdf>.

<sup>6</sup> Véase, al respecto, la lista de sentencias señaladas en la nota 68 de la «Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres», del Ministerio Público Fiscal de la Argentina 2016: <https://>

Esto no quiere decir que el acuerdo sea completo, pues más allá de lo que estrictamente busquen probar los argumentos de las defensoras de la perspectiva de género, Ramírez Ortiz analiza varios de ellos en detalle y, en buena parte de los casos, muestra sus limitaciones. Pero, una vez que llegamos al final del artículo, resulta que las exigencias que, según Ramírez Ortiz, deben cumplirse para considerar al testimonio único de la víctima como prueba de cargo, resultan lo suficientemente mínimas como para otorgarle a ese medio de prueba el papel central en la acusación, tal como también busca hacerlo la perspectiva de género. En definitiva, creo que buena parte de la controversia podría resolverse si se introduce la distinción entre testimonio único y evidencia única. Es decir, si el cuadro probatorio está conformado por un testimonio único de la víctima más prueba que permita la corroboración débil o si el cuadro probatorio está conformado únicamente por un testimonio (y, por lo tanto, no corroborado por otro elemento de prueba y, a lo sumo, acompañado de pruebas de credibilidad). Mientras las exigencias de la perspectiva de género y Ramírez Ortiz parecen estar de acuerdo en que, en el primer caso, el cuadro probatorio sería suficiente, *ceteris paribus*, para fundar una condena, desacordarían respecto del segundo caso, donde la perspectiva de género exigiría la condena, mientras que Ramírez Ortiz la rechazaría. Dado el primer acuerdo, creo que buena parte de la batalla de la perspectiva de género habría sido ganada, pues los prejuicios y estereotipos de género han con frecuencia impedido advertir el importe epistémico del testimonio único corroborado. Por otro lado, cabe todavía reducir el desacuerdo al punto que, según parece, la condena con testimonio como única evidencia se trataría de un caso excepcional incluso para la perspectiva de género. Allí, la exigencia de condena estaría asociada a que, por lo general, tal orfandad probatoria es el producto de una investigación sesgada y/o estereotipada o, incluso, ineficiente.

Me parece entonces que el punto de controversia no está tanto en las tesis generales defendidas, sino en los casos periféricos y en algunos de los argumentos a favor de esas tesis generales. Al respecto, intentaré decir algo que pueda, espero, resultar de interés al lector. En primer lugar, me referiré a la posibilidad de entender a la perspectiva de género de dos modos diferentes, como una exigencia normativa (contraepistémica), que exige privilegiar otros fines, distintos de la búsqueda de la verdad, o como una exigencia epistémica, que exige tener por verdadera una creencia apoyada en el testimonio de la víctima. Mi intención no es tanto defender ambas interpretaciones, sino precisar el tipo de argumento necesario para, en su caso, discutir las. En segundo lugar, me referiré brevemente, a un punto más específico, a saber, la influencia de los estereotipos en la etapa tanto investigativa como de juicio o decisoria, proponiendo algunas distinciones adicionales. Y en tercer lugar, y por último, introduciré un interrogante que surge de entender a las exigencias de la perspectiva de género no ya como un desafío local a los modos en que hasta hora se valoraba el testimonio único de la víctima dentro del derecho penal, sino como un desafío global a la epistemología del testimonio.

---

[www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/11/UFEM-Guía-de-actuación-en-casos-de-violencia-doméstica-contra-las-mujeres.pdf](http://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/11/UFEM-Guía-de-actuación-en-casos-de-violencia-doméstica-contra-las-mujeres.pdf)

Entendida como una exigencia contra epistémica, la perspectiva de género constituiría una forma más de limitación normativa a la búsqueda de la verdad, basada en argumentos acerca de lo que es valioso hacer con el sistema penal. En este sentido, y asumiendo que una de las finalidades del proceso penal sea la búsqueda de la verdad, la perspectiva de género no pretendería que adoptando sus exigencias se obtendría de manera más eficiente, o mejor en algún sentido, el fin que la práctica poseía antes de asumir tal perspectiva. Lo que sostiene ese punto de vista es que, a fin de cambiar la historia de discriminación en perjuicio de las mujeres es necesario, en algunos casos, estar dispuesto a sacrificar esas finalidades. Para entender quizás sea útil un ejemplo bastante conocido, a saber, el de la Escuela militar de Virginia, en Estados Unidos. En esa Escuela solo se admitían hombres sobre la base de la generalización según la cual los hombres estaban mejor preparados que las mujeres para sobrellevar el método confrontativo de la institución. De ese modo, se alegaba, se formaban egresados con altas capacidades y gran desempeño profesional; la admisión de mujeres reduciría, en cambio, la calidad de los egresados. En el caso judicial se aceptaron estas afirmaciones (*i.e.*, no se puso en juego la generalización, ni las finalidades de la institución), pero de todos modos se exigió admitir a la mujer que solicitaba su ingreso, en cuanto mostraba poseer las cualidades necesarias para enfrentar el método de la institución. Un modo diferente de justificar esta exigencia, desde la perspectiva de género, sería el siguiente: para evitar la perpetuación de una situación de desventaja, e incluso si ello implica resignar en cierta medida la calidad de los futuros egresados –asumiendo que sea cierto estadísticamente que los hombres estén mejor preparados para afrontar el método «confrontativo»–, es mejor permitir en general (y no ya individualmente) el ingreso de mujeres a la escuela. Ello en cuanto la distinción entre hombres y mujeres ha sido usada, por lo general, para discriminar en perjuicio de estas últimas<sup>7</sup>.

Un argumento respecto de la valoración de la prueba con esta estructura no sería nuevo en el derecho penal, ni ciertamente en el proceso jurídico en general. Podría decirse que, en general, las reglas probatorias tienen finalidades epistémicas y que a veces, mediante reglas contraepistémicas, resignamos esa posibilidad, tanto en sentido positivo como negativo (reglas acerca de, por ejemplo, los tiempos en el proceso, las prohibiciones o permisos para no declarar, etc.). Independientemente de cuál reconstrucción se prefiera, las exigencias de la perspectiva de género constituirían una regla contra epistémica que indica que es más valioso considerar como verdadera la creencia fundada en el testimonio único de la víctima, aun cuando ello pueda aumentar la posibilidad de condenar a un inocente. La fundamentación de esta exigencia estaría en la necesidad de contrarrestar la historia de discriminación sufrida por las mujeres que ha llevado a una tendencia contraria, es decir, a no creer en su testimonio y, en consecuencia, a la absolución de los culpables.

Más allá de las bondades de este argumento (que, al menos respecto de la tesis histórica me parece correcto)<sup>8</sup>, lo que quisiera precisar aquí es que no tiene ninguna

<sup>7</sup> Véase SCHAUER, 2003: Cap. VI para un análisis del caso.

<sup>8</sup> Para datos, véase ASENSIO et al., 2010.

diferencia categórica con la defensa del principio de inocencia tal como lo presenta Ramírez Ortiz, a pesar de que lo llame «derecho absoluto». Es decir, la defensa del principio de inocencia en el derecho penal es del mismo tipo que la defensa que la perspectiva de género hace de sus exigencias, por lo que no habría una diferencia categórica entre respetar un derecho (principio de inocencia «absoluto») y desbaratarlo (supuesta consecuencia de la perspectiva de género). Es decir, así como las exigencias de la perspectiva de género se traducen en un compromiso entre verdad y lucha contra la discriminación en perjuicio de las víctimas, también el supuestamente «absoluto» principio de inocencia se traduce, en realidad, en un compromiso entre verdad y certeza, a través del estándar de más allá de toda duda razonable.

En conclusión, lo que estoy intentando señalar es que la crítica a la versión contra-epistémica de las exigencias de la perspectiva de género requiere una discusión en el mismo terreno de juego y no una respuesta que precluya tal discusión alegando el carácter «absoluto» del principio de inocencia, pues si por absoluto se entiende que solo se condena si y solo si la persona es culpable, entonces el estándar de más allá de toda duda razonable tampoco instancia ese principio.

Entendida en sentido epistémico, la perspectiva de género no exigiría un cambio o relajamiento del estándar «más allá de toda duda razonable», ni tampoco privilegiar una finalidad (ponerle fin a la discriminación contra la mujer) a expensas, en algunos casos, de la búsqueda de la verdad, sino que por el contrario propone una modificación en las condiciones para considerar satisfecho ese estándar. Así como modificar el criterio para determinar la posición adelantada de un jugador en la cancha de fútbol, pasando de la banderilla levantada de la jueza de línea, al enunciado del observador del VAR, no implica un cambio en la regla. Del mismo modo, sostener que dadas las condiciones de ejecución de los delitos de violencia de género (su contexto, la historia de discriminación social, los prejuicios que han solido afectar la evaluación de tales testimonios, etc.) es suficiente el testimonio de la víctima, no implica cambiar la regla de duda razonable, sino afirmar que la duda razonable queda descartada cuando contamos con el testimonio de la víctima. ¿Es esto irracional? Pues un buen modo de contestar a esa pregunta sería determinar si se parece a otros fenómenos epistémicos que consideramos racionales. En este sentido, no son infrecuentes los casos en que basta con el testimonio de una única persona para considerar como verdadera una creencia: la palabra de un único oficial de policía, o la palabra del secretario de juzgado para tener por producidos ciertos actos, etc. Es cierto, en estos casos no se trata de un testimonio anónimo, sino del testimonio de una persona cuyos rasgos son determinantes para considerar creíble y fiable su testimonio, *i.e.*, su cargo como funcionario público. Bueno, pues la misma razón se alega para considerar confiable y fiable el testimonio de una única mujer, a saber, alegar ser víctima de violencia doméstica<sup>9</sup>. En este sentido, las exigencias de la perspectiva, en términos epistémicos, han de ser entendidas contextualmente, como generalizaciones empíricas. De nuevo, así entendidas no tendrían ninguna diferencia con el resto de las generalizaciones

---

<sup>9</sup> Para un análisis de la analogía, véase BOUVIER Y RIMOLDI, 2017.

acerca de pruebas que permiten tener por corroborado en sentido débil el testimonio. Se trataría, entonces de una cuestión estadística, saber si efectivamente es posible defender este modo de dar por satisfecho el estándar de prueba. Y, ciertamente, en cuanto generalizaciones, la existencia de contraejemplos no alcanza para desvirtuarlas pues por definición las generalizaciones son sobre y subincluyentes.

De nuevo, en esta versión epistémica, la diferencia entre las exigencias de la perspectiva de género y la defensa del principio de inocencia, tal como lo presenta Ramírez Ortiz, tampoco es categórica. En efecto, el estándar «más allá de toda duda razonable», que supuestamente instancia el principio de inocencia, admite falsos positivos, pero lo hace bajo la esperanza de que las reglas epistémicas impuestas al derecho penal sean de buena calidad, *i.e.* estén fundadas en la experiencia epistémica acumulada por el saber jurídico y científico, y que por lo tanto produzcan el mayor número posible de aciertos. El estándar está, en definitiva, apoyado en una generalización: es muy probable que, si seguimos estas reglas epistémicas, el condenado coincida con el culpable.

Respecto de la incidencia de estereotipos en la evaluación del testimonio de la víctima, Ramírez Ortiz sostiene que no debe sobrevalorarse la contribución epistémica de la perspectiva de género. Pues si bien los estereotipos pueden producir sesgos que inciden en el modo en que el juez valora el testimonio de la víctima, tales estereotipos y/o sesgos pueden estar de todos modos basados en máximas de la experiencia (generalizaciones o cuasigeneralizaciones) válidas, a veces con base científica, y que, por lo tanto, permiten construir una inferencia de tipo deductivo. Aquí se echa en falta la ausencia de algún ejemplo, como para poder advertir con precisión qué tipos de enunciados Ramírez Ortiz considera generalizaciones o cuasi generalizaciones válidas. De todos modos, Ramírez Ortiz acepta que existen otras supuestas máximas de experiencia que en realidad son falsas, en cuanto carecen de fundamento científico y que no expresan conocimiento sino prejuicios de género. Sin embargo, señala que la perspectiva de género, aun cuando permite desactivar estas falsas máximas, no puede erigirse a su vez como una nueva máxima universal o cuasiuniversal, sino que ha de otorgárseles su verdadero valor, que parecería ser, según nuestro autor, el de una generalización. Por último, Ramírez Ortiz acepta que la perspectiva de género tiene un valor en cuanto «facilita 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 este punto me parece que sería útiles algunas distinciones y consideraciones valorativas<sup>10</sup>. Creo que las exigencias de la perspectiva de género respecto de los estereotipos pueden ser mejor entendida si se advierte, tal como señala el mismo Ramírez Ortiz y como, creo, advierten las mismas defensoras de esas perspectivas, que los estereotipos suelen ser usados en dos sentidos diferentes. En algunos casos,

---

<sup>10</sup> Distinciones sobre las que he intentado avanzar en ARENA, 2019.

los estereotipos poseen pretensiones descriptivas y funcionan como generalizaciones acerca de los rasgos de un grupo de personas. Por ejemplo, «las mujeres son pasivas sexualmente y, por tanto, están siempre dispuestas a aceptar las proposiciones de los hombres». La lucha contra los estereotipos bajo este traje supuestamente descriptivo se desenvuelve en dos niveles diferentes. Primero, una exigencia de que, si se van a tomar decisiones acerca de un grupo o de uno de sus miembros sobre la base de generalizaciones, que tales generalizaciones cuenten con apoyo empírico, es decir, apoyo estadístico. Es decir, se exige que se trate al grupo según sus propias características reales. Segundo, que tratándose de decisiones que perjudiquen a un miembro de grupos vulnerables (como el de las mujeres), que se privilegie la consideración de los rasgos individuales de esa persona frente a posibles generalizaciones (incluso si poseen base estadística). Es decir, que se procure tener en cuenta las circunstancias particulares de cada persona; pero, además, quien desee aprovechar en ese sentido una generalización acerca de las mujeres, corre con la carga de ofrecer la evidencia empírica que apoye la generalización. En ambos niveles, un paso primordial es advertir que se trata de un estereotipo con pretensiones descriptivas y que, por lo tanto, sino posee base empírica resulta insostenible y debe ser descartado. Ello es importante porque quienes estereotipan suelen concebir a tales enunciados como necesarios o conceptuales. Es decir, suelen considerarlos como dados e inmunes a la existencia de evidencia empírica en contrario.

A su vez, los estereotipos suelen ser también usados con una pretensión normativa, es decir, pretenden, a veces, imponer ciertos roles a los miembros de un grupo determinado. Por ejemplo, «las mujeres deben resistirse activa y físicamente a las agresiones sexuales». No podemos aquí avanzar demasiado en el análisis de estos estereotipos y de su aceptabilidad en el proceso probatorio, pero vale la pena indicar que, en general y más allá de las exigencias de la perspectiva de género, para que tengan fuerza como elementos de prueba *—i.e.* para que permitan asumir que una persona se adecúa al rol— es necesario que esos estereotipos reflejen normas sociales. Es decir, en ausencia de otra información, la probabilidad de que la acción en correspondencia con la norma se produzca depende de que se trate de un estereotipo aceptado no solo por la comunidad a la que pertenece la persona al cual se atribuye haber seguido o no el estereotipo, sino también por la persona misma. De otro modo, si no se tratara de una norma social, para cuya existencia es necesaria la regularidad de comportamiento por parte del grupo relevante, no habría mayores elementos para sostener la expectativa acerca del comportamiento del sujeto en cuestión. Es decir, los jueces deberían probar que el estereotipo normativo usado para comprender el comportamiento de la mujer, es una norma social en la comunidad a la que ella pertenece y que además la acepta. De otro modo, el juicio probatorio se apoyaría sobre la expectativa de que la mujer se conforma a una norma inexistente o externa a su grupo social o que no acepta. Así, si es cierto que en determinada comunidad existe una norma social según la cual los miembros de la comunidad deben hacer *p*, el juez puede recurrir a la existencia de esa norma para tener como probable el hecho que un miembro determinado de esa comunidad, que acepta la norma, ha hecho *p*. Si el estereotipo al que apelan los jueces no es una norma social dentro de la comunidad a la que pertenece

la testigo (o si los jueces no hacen ningún esfuerzo por demostrarlo), entonces el enunciado deja de ser probatorio y se transforma en lisa y llana crítica ideológica a su comportamiento<sup>11</sup>.

Por último, quisiera referirme a un problema epistémico ulterior que plantea, no ya la perspectiva de género en el proceso penal, sino la perspectiva de género respecto de nuestra forma de adquirir conocimiento y, en especial, de nuestra forma de adquirir conocimiento a través del testimonio. Me refiero al argumento según el cual la demostración de la incidencia de sesgos implícitos en nuestro razonamiento, que no advertimos ni controlamos, pero que influyen en nuestro modo de percibir y reaccionar frente a ciertas categorías de personas, implica inevitablemente una conclusión escéptica general acerca de la validez de nuestro conocimiento<sup>12</sup>. Ello en cuanto, a pesar de la desconfianza que, frente a datos científicos o empíricos, el testimonio genera en Ramírez Ortiz, buena parte del conocimiento científico mismo se apoya en el testimonio. Este argumento ha sido formulado, entre otros, por Jennifer Saul<sup>13</sup> y en cierto sentido se produciría una convergencia algo paradójica entre las exigencias de la perspectiva de género y la sospecha sobre el testimonio único de Ramírez Ortiz. Simplemente quiero introducir este punto, pues me parece relevante que empiece a ser considerado en la discusión sobre prueba en el proceso judicial, aunque no estoy en condiciones, por espacio y por capacidades, de extraer sus consecuencias en este mismo texto.

Saul sostiene que la evidencia empírica, acerca de la existencia de sesgos en el modo en que percibimos a los demás, pone en jaque una buena porción de la empresa científica. Gran parte de las afirmaciones científicas se apoyan en el testimonio, ya que la gran mayoría de los enunciados que consideramos verdaderos y justificados se apoyan en el trabajo y las afirmaciones de otras personas. Las investigaciones sobre sesgos implícitos, sostiene Saul, muestran que tenemos razones para dudar de nuestras facultades destinadas a la búsqueda del conocimiento y ello es así puesto que los sesgos implícitos inciden de manera inconsciente en el modo en que percibimos y clasificamos a las personas. Dado que el conocimiento basado en el testimonio proviene de otras personas, los sesgos influyen también en el modo en que percibimos y clasificamos a las personas a partir de las cuales construimos nuestro conocimiento. En consecuencia, existe un alto riesgo de que los enunciados que creemos apoyados en evidencia (testimonial) se encuentren afectados por estos sesgos y, por lo tanto,

---

<sup>11</sup> Ciertamente, los estereotipos normativos pueden ser opresivos y, en este caso, su uso en el razonamiento probatorio está sujeto a que ese efecto pueda ser evitado. He abordado los problemas que suscita esta clase de estereotipos en ARENA, 2016.

<sup>12</sup> Desde hace unos años ha surgido una preocupación respecto de formas de discriminación producidas por creencias y/o actitudes que, de manera inadvertida para sus portadores, inciden sobre el modo en que clasifican a los demás y reaccionan frente a ellos. En efecto, un cúmulo considerable de trabajos en el campo de las ciencias cognitivas parecen apoyar la tesis según la cual es bastante común que las personas atribuyan, sin advertirlo ni controlarlo, determinados rasgos a los miembros de ciertos grupos y asuman, también sin advertirlo, determinadas actitudes frente a esos grupos y sus miembros. Para una primera aproximación al concepto de sesgo implícito, véase HOLROYD et al, 2017.

<sup>13</sup> SAUL, 2013.

no podemos estar seguros (*i.e.*, tenemos buenas razones para dudar) de que efectivamente conozcamos su valor de verdad<sup>14</sup>. De acuerdo con Saul, gran parte de nuestro conocimiento lo hemos obtenido de esta manera. Como conclusión deberíamos dudar de un gran número de los enunciados que actualmente consideramos verdaderos y justificados.

Saul sostiene que la forma de escepticismo epistémico que defiende es distinta de otras formas tradicionales o más conocidas del mismo tipo de escepticismo como, por ejemplo, la tesis según la cual no tenemos evidencia que permita descartar la hipótesis de que no somos más que cerebros en un balde. Saul señala que mientras el escepticismo tradicional solo nos confiere razones para *dudar* de la verdad de todos nuestros enunciados sobre el mundo externo, el escepticismo producto de los sesgos implícitos nos ofrece buenas razones para *creer* que no podemos confiar en nuestras capacidades epistémicas. En segundo lugar, mientras el escepticismo del cerebro en el balde ofrece razones para dudar que *todos* nuestros enunciados acerca del mundo exterior son falsos, el escepticismo de los sesgos implícitos alcanza solo un subconjunto de tales enunciados, *i.e.*, los que involucran el testimonio como fuente de conocimiento. Tercero, mientras que los efectos pragmáticos del escepticismo tradicional se agotan una vez que nos levantamos del sillón filosófico, el escepticismo de los sesgos implícitos nos exige ponernos en acción. Es decir, del hecho que seamos cerebros en un balde no se sigue ninguna razón para cambiar el modo en que vivimos, pues el engaño está tan bien pertrechado que nuestras vidas podrían transcurrir igual en ese caso. En cambio, el escepticismo de los sesgos nos exige actuar para evitar que nuestro modo equivocado de clasificar a las personas incida en lo que creemos conocer y, así, incida en nuestras acciones<sup>15</sup>. Este último punto exige entonces que estemos atentos para evitar que los sesgos puedan incidir en nuestras evaluaciones de los demás, según Saul «the problem starts to become vivid when we ask ourselves *when* we should be worried about implicit bias influencing our judgments. The answer is that we should be worried about it whenever we consider a claim, an argument, a suggestion, a question, etc. from a person whose apparent social group we're in a position to recognize»<sup>16</sup>.

No estoy seguro acerca de cuáles serían las consecuencias específicas de estos argumentos para la valoración del testimonio único de la víctima dentro del derecho penal, pero de todos modos creo que sugieren revisar el modo en que tal elemento probatorio ha venido siendo evaluado hasta ahora, puesto que no éramos todavía conscientes de los posibles sesgos que (incluso involuntariamente) incidían en ese proceso.

---

<sup>14</sup> *Ibid.*: 244.

<sup>15</sup> *Ibid.*: 244.

<sup>16</sup> *Ibid.*: 250.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2009: «La supuesta facilidad de la testifical», en ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (ed.), *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi.
- ARENA, F.J., 2016: «Los estereotipos normativos en la decisión judicial», *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, 29 (1): 51-75.
- 2019: «Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos», en RISSO, V. y PEZZANO, S. (eds.), *Derecho y Control (2)*, Ferreyra ediciones, Córdoba, 2019, pp. 11-44.
- ASENSIO, R., et al., 2010: *Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia penal y violencia de género*, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.
- BOUVIER, H. y RIMOLDI, F., 2017: «Assessing Testimony and Other Evidential Sources in Law: An Epistemological Approach», en POGGI, F. y CAPONE, A. (eds.), *Pragmatics and Law. Practical and Theoretical Perspectives*, Cham: Springer, pp. 439-468.
- DI CORLETO, J., 2015: «La valoración de la prueba en casos de violencia de género», en PLAZAS, F. y HAZAN, L. (eds.), *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- HOLROYD, J., SCAIFE, R., y STAFFORD, T., 2017: «What is implicit bias?», *Philosophy Compass*, 12: 1-18.
- SAUL, J., 2013: «Scepticism and Implicit Bias», *Disputatio*, 5 (37): 243-263.
- SCHAUER, F., 2003: *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

## GARANZIA DEL CONTRADDITTORIO E TESTIMONIANZA DELLA SOLA VITTIMA

Roberta Casiraghi

Assegnista di ricerca in diritto processuale penale,  
Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano  
roberta.casiraghi@unicatt.it

**ABSTRACT:** Se la presunzione d'innocenza non è violata da una condanna basata unicamente sulla testimonianza della vittima, purché la sua assunzione avvenga nel contraddittorio tra le parti e il giudice dia conto in motivazione delle conclusioni raggiunte, i diritti dell'accusato e il principio di parità delle armi sono compromessi qualora la vittima sia contemporaneamente parte processuale e testimone.

**PAROLE CHIAVE:** Testimonianza unica della vittima, regole di valutazione probatoria e regole di giudizio, principio del contraddittorio, violenza di genere, parità delle armi.

## THE GUARANTEE OF THE ADVERSARY SYSTEM AND THE SINGLE VICTIM'S TESTIMONY

**ABSTRACT:** If the presumption of innocence is not violated by a conviction based on the single victim's testimony, provided the witness is examined in the trial and the judge gives account in the motivation of the conclusions reached, the rights of the defendant and the principle of equality of arms are compromised if the victim is both a part of the proceedings and a witness.

**KEYWORDS:** Single victim's testimony, rules of evidentiary evaluation and judgment rules, the principle of the adversary system, gender-based violence, equality of arms.

**SOMMARIO:** 1. Condivisibili osservazioni in tema di testimonianza e presunzione d'innocenza.—2. Testimonianza unica e presunzione d'innocenza come regola di giudizio.—3. Contraddittorio e motivazione della sentenza quali argini all'acritico accoglimento della testimonianza.—4. Le limitazioni all'esame incrociato del testimone vittima di violenza di genere.—5. Le insidie derivanti dall'eventuale ruolo di parte rivestito dalla vittima.—6. Bibliografia.

## 1. CONDIVISIBILI OSSERVAZIONI IN TEMA DI TESTIMONIANZA E PRESUNZIONE D'INNOCENZA

Fra le numerose considerazioni dell'articolo di Ortez foriere di spunti interessanti, non si può anzitutto non condividere l'avvertimento in merito ai rischi di una fiducia acritica verso la deposizione del testimone, considerati i numerosi fattori perturbativi che intervengono fin dal momento della percezione del fatto (*rectius*, dell'«esperienza», poiché il testimone non si limita a esporre il nudo fatto, così come si è presentato nella realtà, ma riferisce come questo sia stato da lui percepito e interpretato) e si estendono sino al momento della dichiarazione (p. 18-19). Rischio aggravato qualora il dichiarante sia la persona offesa dal reato, per la quale «si accentuano ... le ragioni, che, ... alterano i processi psicologici dei testimoni e, specialmente, le emozioni. Tanto più che le emozioni che si determinano nella vittima di un reato sono tra le più perturbanti del processo psichico, cioè l'ira e la paura, cosicché, pure essendo la sua psiche spasmodicamente tesa verso gli avvenimenti che la colpiscono, essa funziona così tumultuosamente da introdurre elementi slegati e falsati che o inducono in errore nell'atto stesso della percezione, con delle vere illusioni, o posteriormente, per uno di quei processi di assestamento logico, in cui il ragionamento si sostituisce al ricordo di quanto si è percepito»<sup>1</sup>.

Così come non si può che approvare l'invito a rifuggire, in sede di valutazione delle dichiarazioni delle donne che affermano di essere vittime di atti di violenza commessi da uomini, sia dal tentativo di universalizzare come criteri di massima razionalità semplici massime di matrice sessista<sup>2</sup> sia dai rischi di un impiego acritico della prospettiva di genere come strumento ausiliario di valutazione della prova idoneo ad accreditare di per sé la testimonianza (p. 23).

<sup>1</sup> ALTAVILLA, E., 1948: 387.

<sup>2</sup> In Italia, hanno fatto molto discutere alcune recenti sentenze dei giudici di merito che hanno riconosciuto le attenuanti generiche in forza dello stato emotivo che avrebbe spinto il marito a uccidere la propria moglie, nonché un'altra sentenza del giudice di merito (C. app. Ancona, 23 novembre 2017, n. 2408), in cui, nell'escludere il reato di violenza sessuale, la persona offesa viene definita la «scaltra peruviana», la quale all'accusato «neppure piaceva, tanto da aver registrato il numero di cellulare sul proprio telefonino con il nominativo “Beka Vikingo” ...», con allusione a una personalità tutt'altro che femminile, quanto piuttosto mascolina —che la fotografia presente nel fascicolo processuale appare confermare». Sul punto, è poi intervenuta Cass., sez. III, 5 marzo 2019, n. 15683, la quale, annullando la sentenza della Corte d'appello, evidenzia fra l'altro come l'aspetto della vittima debba considerarsi un elemento «irrelevant[e] in quanto eccentric[o]».

Altrettanto apprezzabile la precisazione sull'assolutezza del principio della presunzione d'innocenza e sull'inaccettabilità d'introdurre *standard* probatori differenziati per i reati in materia di violenza di genere. Indipendentemente dal tipo di vittima e dalla tipologia di reato oggetto del procedimento penale, la presunzione d'innocenza come regola di giudizio non può subire limitazioni, pena il suo disconoscimento (p. 51).

## 2. TESTIMONIANZA UNICA E PRESUNZIONE D'INNOCENZA COME REGOLA DI GIUDIZIO

Sembra invece discutibile il legame fra presunzione d'innocenza e testimonianza unica, ritenendo inidonea quest'ultima a vincere la prima, in quanto la presenza di una sola prova non corroborata non sarebbe sufficiente a integrare la regola di giudizio connessa alla presunzione d'innocenza (p. 8-9 e 39), auspicando dunque l'introduzione di una prova legale negativa simile a quella sancita per le chiamate in correità (p. 19). In tal modo sembrano però confondersi regole di giudizio e regole di valutazione: se le prove legali (che in ambito processualpenalistico coincidono con le regole di valutazione probatoria) vengono in rilievo nel momento in cui il giudice valuta il singolo strumento probatorio (essendo invece «inesistenti prescrizioni regolatrici della valutazione probatoria complessiva»<sup>3</sup>), la presunzione d'innocenza come generale regola di giudizio opera «[s]olo *dopo* l'applicazione delle regole valutative che consentono di pervenire (eventualmente) a una ricostruzione del fatto sfavorevole all'imputato»<sup>4</sup>, «non p[otendo] invece avere influenza sulla valutazione delle prove»<sup>5</sup>. Da qui deriva pure la differenza funzionale fra regole di valutazione e specifiche regole di decisione.

Le prime delineano percorsi cognitivi, servono cioè a *orientare* il convincimento del giudice, e quindi a prescrivere come si deve valutare la prova nei singoli casi. Le seconde mirano invece a risolvere *ex lege* il fenomeno dell'incertezza, dando la prevalenza a un interesse piuttosto che a un altro<sup>6</sup>.

E nel processo penale l'incertezza trova soluzione secondo il criterio epistemologico denominato del *favor rei* o dell'*in dubio pro reo* ovvero, per usare una formula di matrice anglosassone, dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Per l'operare della presunzione d'innocenza, solo

qualora gli strumenti conoscitivi diretti a suffragare l'affermazione di reità dell'accusato non consentano di sciogliere l'incertezza della ricostruzione fattuale, l'accusa è destinata a soccombere così come accade quando nemmeno sussistano elementi di prova a carico: e l'imputato deve essere prosciolto<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> UBERTIS, G., 2017: 121.

<sup>4</sup> UBERTIS, G., 2011: 179.

<sup>5</sup> ILLUMINATI, G., 1979: 91.

<sup>6</sup> PAULESU, P.P., 2009: 182.

<sup>7</sup> UBERTIS, G., 2017, 230.

In conclusione, un conto è ritenere che una sola prova debba essere riscontrata per poter fondare una condanna; un altro, che non possa essere convincente oltre ogni ragionevole dubbio.

### 3. CONTRADDITTORIO E MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA QUALI ARGINI ALL'ACRITICO ACCOGLIMENTO DELLA TESTIMONIANZA

Al di là della distinzione concettuale fra regole di decisione e regole di valutazione, non sembra necessario (come invece si ritiene per la chiamata di correo: cfr. art. 192 commi 3 e 4 c.p.p.) subordinare l'impiego della testimonianza all'esistenza di altre risultanze istruttorie di corroborazione (ovvero idonee a fungere da riscontri estrinseci in grado di confermare il contenuto delle dichiarazioni testimoniali). Pure con riguardo alla testimonianza (anche se unica), seppur nell'irriducibilità di una sua componente allogica<sup>8</sup>, le regole legali appaiono inadeguate a prefissarne il valore, in quanto

o si risolvono in richiami allusivi e pedagogici ..., sempre aggirabili nella discrezionalità applicativa; o, instaurano un sistema di prove legali (positivo o negativo) che cristallizza in termini oggettivi massime e frammenti di sapere, sottraendoli rischiosamente al vaglio da condurre in concreto. Insomma, la fondamentale garanzia per l'imputato contro gli errori di giudizio sta, prima, nel contraddittorio; poi, nell'obbligo di motivare, il cui adempimento spiana la via alla critica della decisione<sup>9</sup>.

Premesso dunque che la valutazione della prova testimoniale sfugge a una rigida regolamentazione normativa, appartenendo alla clinica giudiziaria, assume rilievo l'obbligo del giudice di dar conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati –fra l'altro– per l'apprezzamento della persona del testimone (secondo i vari aspetti della sua sincerità, delle sue capacità percettive, mnemoniche e narrative, dell'atteggiamento tenuto nel corso dell'esame dibattimentale) e delle caratteristiche della dichiarazione (secondo i profili della coerenza interna, della costanza e della spontaneità).

Con riguardo al contraddittorio, si è sottolineato come esso abbia la potenzialità di «verificare *in itinere* la qualità della prova»<sup>10</sup>:

risulta utile, da un punto di vista epistemologico, permettere l'interrogatorio incrociato dei dichiaranti, di modo che le due parti possano fare domande circa le informazioni che possono sostenere le loro rispettive ipotesi e porre a prova l'affidabilità del dichiarante e di ciò che ha dichiarato<sup>11</sup>.

Calato nella prova testimoniale, il contraddittorio «esce dal recinto dell'argomentazione retorica sulla possibilità di introdurre una prova o sul modo di valutarne il

<sup>8</sup> Cfr. CORDERO, F., 1981: 569 e ss.

<sup>9</sup> FERRUA, P., 1990: 124, da cui è tratta anche la citazione precedente.

<sup>10</sup> TARUFFO, M., 1992: 403.

<sup>11</sup> FERRER BELTRAN, J., 2012: 83.

risultato», per divenire strumento di «costruzione delle conoscenze giudiziali»<sup>12</sup>. Più precisamente, esso non viene inteso soltanto come *audiatur altera pars*, ovvero come esigenza che il giudice possa decidere solo dopo aver ascoltato le ragioni delle parti contrapposte, ma diventa il metodo di conoscenza prescelto per attribuire una piena potenzialità persuasiva ai dati probatori acquisiti nel processo.

Assegnare alle parti il potere di porre le domande al testimone (direttamente attraverso l'esame incrociato o, eventualmente, con l'intermediazione del giudice qualora la vulnerabilità della fonte dichiarativa infici la valenza cognitiva della *cross-examination*) permette di ottenere un dato conoscitivo non solo quantitativamente ma anche qualitativamente migliore rispetto a un interrogatorio condotto autonomamente dal giudice. Sotto il primo profilo, il riconoscimento alle parti di un ruolo attivo nella conduzione dell'esame consente di sviluppare aspetti che altrimenti rimarrebbero celati. Dal punto di vista qualitativo, il contraddittorio e, in particolare, il controesame a opera della parte avversaria permettono di verificare concretamente –ed eventualmente smentire– il presupposto atteggiamento di fiducia verso la persona del testimone, mettendo in discussione la (debole) massima d'esperienza secondo cui il teste, non avendo propri interessi processuali, è generalmente veritiero. In questa verifica, le parti giocano un ruolo da protagonisti, in quanto sono i soggetti che meglio del giudice sono in grado di «trovare le domande idonee a smascherare falsità o reticenze, a mettere in chiaro dimenticanze o inesattezze del teste»<sup>13</sup>. Trova così piena espressione la concezione dialettica del processo: per un verso, la «verità» del testimone nasce dallo scontro tra i portatori delle tesi contrapposte e, per l'altro, la sua deposizione può essere ritenuta vera solo dopo che è stata sottoposta a confutazione. Ecco, dunque, che «le domande sono rivolte prima da chi ha chiesto l'esame del teste, interessato alla prova per *modus ponens* ..., poi dall'antagonista, interessato al *modus tollens*»<sup>14</sup>, affinché si possa quantomeno «scoprire la menzogna»<sup>15</sup>: «funzione importantissima, dato che nel processo, come altrove, spesso è decifrando le menzogne che si raggiunge la verità».

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo non sembra preoccuparsi di una condanna fondata unicamente su una sola testimonianza (proveniente pure dalla vittima), pretendendo, soltanto nel caso in cui la fonte a carico unica o determinante non sia mai stata inserita nel circuito del contraddittorio, l'esigenza di adeguate garanzie procedurali, fra le quali un ruolo privilegiato è attribuito agli eventuali elementi di conferma<sup>16</sup>. Detto altrimenti, se è stato rispettato il «contraddittorio almeno differito sulla fonte di prova»<sup>17</sup>, ovvero se all'imputato è stata concessa un'occasione adeguata e sufficiente per contestare la testimonianza a carico «unica o determinante» e per interrogarne l'autore, al momento della deposizione o successivamente, l'equità

<sup>12</sup> CESARI, C., 2004: 697, da cui è tratta anche la citazione precedente.

<sup>13</sup> CAPPELLETTI, M., 1962b: 472 nota 4.

<sup>14</sup> FERRUA, P., 1992a: 77.

<sup>15</sup> FERRUA, P., 1992b: 101, da cui è tratta anche la citazione successiva.

<sup>16</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, § 147 ss.

<sup>17</sup> UBERTIS, G., 2017: 207.

processuale *ex art.* 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo è garantita<sup>18</sup> e pertanto, non può ritenersi violata la presunzione d'innocenza di cui all'art. 6 comma 2 Conv. eur. dir. uomo, sempre che la formazione dialettica della prova sia accompagnata dalla garanzia di un processo svolto nel contraddittorio e dalla garanzia della motivazione della sentenza (al fine di evitare qualsiasi rischio di arbitrarietà)<sup>19</sup>.

#### 4. LE LIMITAZIONI ALL'ESAME INCROCIATO DEL TESTIMONE VITTIMA DI VIOLENZA DI GENERE

Per vagliare la testimonianza della vittima, il contraddittorio non solo appare sufficiente ma anche più incisivo di un'eventuale regola di valutazione che subordinasse l'impiego della testimonianza all'esistenza del riscontro, poiché «dove il narrante sia creduto, le conferme non mancano mai»<sup>20</sup>.

È vero che, nei procedimenti per reati relativi alla violenza di genere, la testimonianza della persona offesa –se considerata particolarmente vulnerabile ai sensi dell'art. 90-*quater* c.p.p.<sup>21</sup>, il qual prevede che tale condizione sia, tra l'altro, desunta «dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede», prendendo in considerazione «se il fatto risulta commesso con violenza alla persona ..., se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato»<sup>22</sup>– è assunta, se la persona offesa o il suo difensore ne fa richiesta, con modalità alternative all'esame incrociato (che spaziano dalla conduzione dell'esame da parte del giudice fino al ricorso di un vetro specchio unitamente a un impianto citofonico). Per di più, lo stato di vulnerabilità attiva non solo una speciale protezione della vittima in sede dibattimentale, ma anche la sistematica anticipazione e «cristallizzazione»<sup>23</sup> della raccolta della prova dichiarativa nel corso delle

<sup>18</sup> Cfr., per tutte, C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 3 novembre 2011, Vanfuli c. Russia, § 110 ss.; C. eur. dir. uomo, sent. 24 aprile 2008, Zhoglo c. Ucraina; C. eur. dir. uomo, sent. 19 dicembre 1989, Kamasinski c. Austria, § 89-91.

<sup>19</sup> C. eur. dir. uomo, sez. III, dec. 20 gennaio 2005, Accardi c. Italia, § 1 (in diritto).

<sup>20</sup> CORDERO, F., 2012: 624.

<sup>21</sup> Peralto, già prima che venisse introdotto l'art. 90-*quater* c.p.p., il d.l. 14 agosto 2013 n. 93 conv. in l. 15 ottobre 2013 n. 119, significativamente definito «anti-femminicidio», aveva introdotto l'art. 498 comma 4-*quater* c.p.p., ai sensi del quale, quando si procede per un reato riconducibile alla violenza di genere il giudice assicura che l'esame della persona offesa venga condotto anche tenendo conto della particolare vulnerabilità della stessa, desunta pure dal tipo di reato per cui si procede, e, ove ritenuto opportuno, dispone, a richiesta della persona offesa o del suo difensore, l'adozione di modalità protette: in argomento, v. BELLUTA, H., 2014: 70 e ss.

<sup>22</sup> Come osserva RECCHIONE, S., 2017: 84, è stata «valorizzat[a] la valenza traumatizzante del reato che si sviluppa nell'ambito di relazioni strette, che generano dipendenza. La relazione con l'autore del reato e, segnatamente, il rapporto di dipendenza materiale o psicologica, è uno dei più significativi indicatori della vulnerabilità, essendo idonea a modificare la capacità di reagire in modo fisiologico alle sollecitazioni dell'esame svolto con modalità ordinarie, ovvero in contraddittorio «diretto» ed in presenza dell'imputato».

<sup>23</sup> L'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p., infatti, preclude, come regola generale, la riedizione dibattimentale della testimonianza della vittima vulnerabile sugli stessi fatti, cosicché l'audizione in dibattimento si presenta come evento residuale.

indagini preliminari, attraverso l'incidente probatorio, in deroga al principio di immediatezza<sup>24</sup> e quindi privando il giudice del dibattimento di quel contatto diretto con la fonte di prova da cui possono derivare utili indicazioni in punto di affidabilità del dichiarante: infatti, come osservato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo «l'osservazione diretta da parte del giudice dell'atteggiamento e della credibilità di un determinato testimone può essere determinante per l'imputato»<sup>25</sup>.

Tuttavia, si ribadisce come pure in queste forme di audizione, seppur la resa del contraddittorio sia parzialmente ridotta, la difesa mantenga il diritto di porre le domande e di osservare l'atteggiamento del testimone in una pari posizione rispetto all'accusa, tanto che la Corte di Strasburgo ha ribadito –essenzialmente con riguardo alla testimonianza del minorenne vittima di un reato sessuale– la conformità ai principi dell'equo processo<sup>26</sup>.

Semmai, a destare perplessità è il presupposto che legittima la deroga alle ordinarie modalità assuntive: più precisamente, se per la fonte dichiarativa minorenne, l'accantonamento dell'esame incrociato si giustifica generalmente<sup>27</sup> non per lo *status* processuale di vittima attribuito al dichiarante ma per la sua condizione personale (la minore età), nei casi di violenza di genere si rinuncia alla piena esplicazione del contraddittorio (e al corollario dell'immediatezza<sup>28</sup>) sulla mera base di un assunto ancora da dimostrare, ovvero quello che il dichiarante sia effettivamente persona offesa del reato (per di più in condizione di particolare vulnerabilità), in contraddizione con il principio *nullum crimen sine iudicio*. Sarebbe stato quindi maggiormente conforme ai principi costituzionali ricondurre la condizione di particolare vulnerabilità alla fonte dichiarativa in quanto tale (a prescindere dal suo ulteriore *status* di vittima), ritenendo eventualmente la stessa bisognosa di protezione non tanto nei confronti dell'«autore del reato» (espressione usata nell'art. 90-*quater* c.p.p.) quanto con riguardo al processo e, in particolare, alle modalità stressanti ed esasperate della *cross examination*, a prescindere da una preliminare e ingiustificata presa di posizione in ordine al fatto che è oggetto di ricostruzione processuale.

<sup>24</sup> Cfr. RECCHIONE, S., 2017: 71-72.

<sup>25</sup> C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, § 40.

<sup>26</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 26 giugno 2018, Pereira Cruz e altri c. Portogallo, § 188 ss.; C. eur. dir. uomo, sez. III, dec. 20 gennaio 2005, Accardi c. Italia, § 1 (in diritto).

<sup>27</sup> L'art. 498 commi 4 e 4-*bis* c.p.p., infatti, prevede l'esame condotto dal giudice e il ricorso alle modalità protette qualora il testimone (quindi non unicamente la persona offesa) sia minorenne; soltanto, il comma 4-*ter* del medesimo articolo afferma che «l'esame del *minore vittima del reato* [corsivo nostro] ovvero del maggiorenne infermo di mente vittima del reato v[enga] effettuato, su richiesta sua o del suo difensore, mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico».

<sup>28</sup> In sede d'incidente probatorio, va però precisato che coesistono due norme il cui ambito in parte di sovrappone, consentendo entrambe l'assunzione anticipata della testimonianza in ragione della vulnerabilità della fonte: tuttavia, in una si parla genericamente di «maggioresni in condizione di particolare vulnerabilità» (art. 398 comma 5-*ter* c.p.p.) mentre nell'altra il soggetto tutelato è esclusivamente la «persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità» (art. 398 comma 5-*quater* c.p.p.).

## 5. LE INSIDIE DERIVANTI DALL'EVENTUALE RUOLO DI PARTE RIVESTITO DALLA VITTIMA

La diffidenza verso l'impiego della testimonianza della persona offesa deriva, oltre che dalla –ormai regolare– deviazione della sua assunzione dalle modalità tipiche della *cross examination*, dall'eventuale riconoscimento a tale soggetto del ruolo di parte nel processo penale (come, in Italia, avviene solo qualora la persona offesa che si reputi altresì danneggiata dal reato si costituisca parte civile, allo scopo di ottenere le restituzioni e il risarcimento del danno).

Una volta attribuito la veste di parte processuale alla persona offesa, la sua testimonianza deve reputarsi non tanto potenzialmente inattendibile (in quanto proveniente da un soggetto interessato a un determinato esito processuale)<sup>29</sup> quanto lesiva della parità delle armi (nell'ordinamento italiano espressamente riconosciuta nell'art. 111 comma 2 Cost. e convenzionalmente ricavabile dalla nozione di equità processuale *ex art. 6 comma 1 Cov. eur. dir. uomo*), la quale richiede che ciascuna parte si veda offrire una possibilità ragionevole di presentare le sue ragioni in condizioni che non la collochino in situazione di netto svantaggio in relazione alla controparte<sup>30</sup>: pertanto, siffatta simmetria «non potrebbe dirsi adempiut[a] da una normativa ordinaria che conferisse alle parti diseguali possibilità di prova»<sup>31</sup>. Ammettendo la testimonianza della persona offesa che sia pure parte civile si consente a questa di offrire un contributo ritenuto qualitativamente migliore<sup>32</sup>, di trovarsi «in una situazione per cui le [sue] ragioni ... [hanno] una possibilità di esplicazione maggiore rispetto a quelle»<sup>33</sup> dell'imputato, il quale, al fine di salvaguardare le sue facoltà autodifensive, può offrire il proprio contributo solo attraverso un atto volontario (ovvero, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'esame delle parti): infatti, se è vero che l'obbligo di verità non è di per sé indice di maggior veridicità, è altrettanto innegabile che il giudice finirà per attribuire maggior credito a una deposizione giurata<sup>34</sup>. Né l'appello

<sup>29</sup> Come osserva CAPPELLETTI, M., 1962a: 172, «la massima di esperienza secondo cui è poco credibile la *pro se declaratio* della parte o di altri soggetti interessati all'esito del processo» deve considerarsi «una semplice presunzione *hominis*, rimessa al libero concreto apprezzamento del giudice». Infatti, «[n]on è detto ... che la *personale credibilità* del dichiarante sia sempre maggiore s'egli sia estraneo alla lite ... né la naturale *obiettiva credibilità* o *verosimiglianza* del fatto dichiarato è in alcun modo connessa col soggetto e colla posizione giuridica economica psicologica del soggetto dal quale proviene la dichiarazione» (*ivi*, p. 246).

<sup>30</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 4 ottobre 2007, Forum Maritime s.a. c. Romania, § 132, in materia proprio di un'azione civile esperita all'interno del processo penale.

<sup>31</sup> DOMINIONI, O., 1974: 97.

<sup>32</sup> AIMONETTO, M.G., 1978: 590-591, evidenza come vi siano «due soggetti dialetticamente contrapposti, due parti che si fronteggiano, ma che hanno a disposizione un diverso potenziale probatorio ... [e che pertanto, nella] prospettiva del diritto alla prova, non si può certo affermare che ... [vi sia] una piena attuazione del contraddittorio processuale».

<sup>33</sup> UBERTIS, G., 2017: 147.

<sup>34</sup> Come evidenza DOMINIONI, O., 1974: 105, «è ovvio che una deposizione giurata può essere altrettanto falsa di un'altra resa al di fuori di tale vincolo ... così come una dichiarazione fatta spontaneamente dall'imputato può risultare più veridica di un'altra emessa dal testimone sotto l'obbligo di parlare secondo verità. In teoria, la circostanza che certe dichiarazioni rese in sede giudiziaria siano

al principio del libero convincimento, quale modalità valutativa che esclude una preventiva gerarchia fra i mezzi probatori, può ritenersi sufficiente a superare il *gap* a svantaggio dell'imputato, determinato dall'assenza di qualsiasi obbligo di coartazione e di verità del suo apporto:

parità delle armi e libero convincimento sono due principi che operano su piani concettualmente distinti e la violazione del primo non può essere bilanciata da una (auspicata) applicazione del secondo che, comunque, è rimessa a valutazioni necessariamente casistiche<sup>35</sup>.

Non può pertanto lasciare soddisfatti la giurisprudenza in materia. Nonostante la Corte di cassazione affermi l'intenzione di sottoporre «la deposizione della persona offesa dal reato ... ad una indagine positiva sulla credibilità soggettiva ed oggettiva di chi l'ha resa»<sup>36</sup>, e «ancorché non sia ammissibile una gerarchia fra i mezzi di prova», si assume «innegabile un maggior valore probatorio delle dichiarazioni testimoniali rispetto alle dichiarazioni rese dalla parte privata in quanto tale»<sup>37</sup>.

Ma, soprattutto una collaborazione probatoria della parte (qualunque parte) si scontra con le «radici più profonde e connaturali alla struttura stessa del nostro processo»<sup>38</sup>, in cui i contendenti sono anzitutto portatori di una propria ipotesi ricostruttiva che devono *provare*. L'incompatibilità strutturale della parte con un ruolo di fonte probatoria discende quindi già da considerazioni di ordine epistemologico. L'enunciato fattuale delle parti costituisce il rispettivo *thema probandum* che deve essere verificato attraverso *altri* enunciati fattuali, scaturenti dall'attività probatoria: il presupposto è quindi una distinzione netta fra *quid probandum* e *quid probatum*. Se la prova (e, quindi, anche la testimonianza) serve a permettere la conferma dell'affermazione probatoria proposta da una parte<sup>39</sup>, dovrebbe esigersi un'estraneità

---

presidiate da quella serie di misure con cui l'ordinamento mira a scongiurare l'evenienza di prove false non comporta che da esse derivi, per ciò solo, una qualche presunzione di veridicità; ... [c]iò peraltro non toglie che tali misure si trovino in pratica ad accreditare ... le dichiarazioni rese nel processo da soggetti che ad esse sono vincolati». Così pure GIARDA, A., 1971: 373-374.

<sup>35</sup> MAZZA, O., 2011: 83.

<sup>36</sup> Cass., sez. III, 5 ottobre 2006, Agnelli e altro, in *Cass. pen.*, 2008, p. 706, m. 250; nonché, *ex pluribus*, Cass., sez. III, 25 gennaio 2006, Renie Aggalut, in *Dir. giust.*, 2006, n. 19, p. 50; Cass., sez. IV, 1° aprile 2004, Rinaudo, in *Guida dir.*, 2004, n. 30, p. 103; Cass., sez. III, 27 marzo 2003, Assenza, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1727, m. 576. Va però segnalato un orientamento minoritario che, dal presupposto che correo e persona offesa siano entrambe fonti di prova di ridotta affidabilità, estende in via esegetica la regola della *corroboration ex art. 192 comma 3 c.p.p.* anche alle dichiarazioni della vittima (Cass., sez. VI, 21 aprile 1999, Fitto, in *Guida dir.*, 1999, n. 29, p. 85; Cass., sez. V, 25 febbraio 1999, Ruggiero, *ivi*, 1999, n. 22, p. 129; Cass., sez. II, 12 novembre 1996, Licata, *ivi*, 1997, n. 10, p. 85; Cass., sez. VI, 20 settembre 1995, Bottafarano, *ivi*, 1995, n. 47, p. 87), soprattutto se «si sia costituita parte civile e sia, perciò, portatrice di pretese economiche» (Cass., sez. VI, 3 giugno 2004, Patella, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 755).

<sup>37</sup> Trib. Crema, 21 aprile 1993, Leani, in *Cass. pen.*, 1994, p. 176, da cui è tratta anche la citazione precedente, che così motiva: «il testimone infatti non può sottrarsi all'esame, ha l'obbligo di dire la verità, dell'osservanza di tale obbligo assume formale impegno rendendo una dichiarazione (art. 497 c.p.p.) e incorre in sanzioni penali ove risulti che abbia deposto il falso o sia stato reticente (art. 372 c.p.). La parte privata, viceversa, può rifiutarsi di venire esaminata e, se vi consente, non ha l'obbligo di dire la verità».

<sup>38</sup> MAZZARELLA, F., 1962: 980.

<sup>39</sup> Sulla prova quale conferma, approvazione di un assunto, v. CARNELUTTI, F., 1992: 44.

della fonte di prova rispetto al tema di prova, il quale non dovrebbe in alcun modo esserle riconducibile: pertanto, la «prova» dell'affermazione probatoria della parte non dovrebbe provenire da una sua successiva dichiarazione di contenuto testimoniale<sup>40</sup>. Il sapere delle parti andrebbe escluso poiché trattasi di un'informazione che non prova ma deve essere provata attraverso una conferma *aliunde*: «altrimenti si cade in un meccanismo circolare di auto-aiuto, in una sorta di *boot-strapping*»<sup>41</sup>, pregiudicando la «garanzia di indipendenza del materiale probatorio».

Nell'ottica di salvaguardare la valenza probatoria del contributo proveniente dalla persona offesa e, quindi le esigenze cognitive del processo (per determinati reati, come quelli in materia di violenza di genere, non facilmente soddisfacibili senza ricorrere alla testimonianza della presunta vittima), non va quindi stigmatizzata la ritrosia del legislatore italiano ad ampliare il novero dei diritti processuali della persona offesa, nonostante l'attuale codice di rito italiano sia approdato «a forme di tutela processuale assai più avanzate di quelle rinvenibili nel sistema vigente»<sup>42</sup>, ulteriormente rafforzate dai recenti interventi normativi ispirati da ragioni securitarie o dagli obblighi derivanti dagli impegni sovranazionali.

Tuttavia, nell'ottica di equilibrare il riconoscimento di poteri alla persona offesa con i diritti dell'imputato, poco serve negare alla prima la veste di accusatore privato se poi le è riconosciuta la facoltà di divenire comunque parte nel processo penale, seppur ai soli fini della contesa civilistica. L'auspicio di una netta separazione fra azione penale e azione civile<sup>43</sup> sembra però allo stato irrealizzabile, considerata la ormai consolidata tendenza, proveniente soprattutto dagli atti internazionali, a rafforzare in ogni direzione la partecipazione della vittima nel processo penale. Il rischio è, quindi che la «doppia» forza riconosciuta alla persona offesa, sia sul piano probatorio sia sul piano dei poteri processuali possa rendere l'imputato una sorta di «vittima «processuale»»<sup>44</sup>, progressivamente indebolita nelle sue fondamentali garanzie.

<sup>40</sup> Per l'illogicità di una testimonianza della parte «chiamata ad approvare e a confermare da se stessa quanto ha in precedenza affermato», v. MAZZARELLA, F., 1962: 981. *Contra* M. CAPPELLETTI, 1962a: 234, nota 2a, secondo cui è «[p]oggiato su un manifesto equivoco ... il dire che sarebbe contraddittorio vedere nella dichiarazione *in re sua* della parte un mezzo di prova, in quanto essa è invece il *thema probandum*. La verità è che ciò che ha da esser provato, non è la dichiarazione ma la verità della dichiarazione: e tale verità può ben riuscire convincentemente provata proprio dalla dichiarazione stessa, dal suo modo di essere, dalla sua forza di convincimento».

<sup>41</sup> *Mutatis mutandis*, FERRUA, P., 2008: 14, da cui è tratta anche la citazione successiva.

<sup>42</sup> AMODIO, E., 1989a: 533.

<sup>43</sup> Per di più, maggiormente in linea con i canoni di un processo tendenzialmente accusatorio: cfr. PISAPIA, G.D., 1971: 11. Analogamente AMODIO, E., 1989b: 437, rileva che «in un processo accusatorio l'equilibrio tra accusa e difesa non può essere alterato moltiplicando i soggetti che agiscono a fianco del pubblico ministero sorreggendone l'operare con contributi probatori argomentativi». È stato così osservato che il «fiorire del[l'] ... istituto della parte civile ha coinciso col tramontare del sistema accusatorio e col sorgere e il rafforzarsi del sistema inquisitorio. ... La costituzione di parte civile nel sistema inquisitorio ebbe il carattere di un surrogato all'esercizio dell'accusa privata che era stato praticamente soppresso; ed ebbe la funzione di rafforzare la posizione dell'inquisitore in maniera da creare una ancora più grave disparità di forze fra l'accusa pubblica e la difesa dell'imputato» (MALINVERNI, A., 1971: 150).

<sup>44</sup> CASSIBBA, F., 2012: 9.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- AIMONETTO, M.G., 1978: «Parte civile e persona offesa dal reato nella disciplina della testimonianza», in *Riv. it. dir. proc. pen.*: 569-588.
- ALTAVILLA, E., 1948: *Psicologia giudiziaria*, Torino: Utet.
- AMODIO, E., 1989a: «Parte civile, responsabile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria», in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano: Giuffrè, 433-439.
- , 1989b: «Persona offesa dal reato», in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano: Giuffrè, 533-545.
- BELLUTA, H., 2014: «Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggiore attenzione alle vittime di reato», in *Leg. pen.*, 1-2: 70-96.
- CAPPELLETTI, M., 1962a: *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano: Giuffrè.
- , 1962b: *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, II, Milano: Giuffrè.
- CARNELUTTI, F., 1992 (1915): *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, Milano: Giuffrè.
- CASSIBBA, F., 2012: «Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili», in *Dir. pen. cont.*: 1-10.
- CESARI, C., 2004: «Prova (acquisizione della)», in *D. disc. pen.*, II agg. Torino: Utet, 694-718.
- CORDERO, F., 2012: *Procedura penale*, Milano: Giuffrè.
- DOMINIONI, O., 1974: *La testimonianza della parte civile*, Milano: Giuffrè.
- FERRER BELTRAN, J., 2012: *La valutazione razionale della prova* (2007), trad. it. di G. Battista Ratti, Milano: Giuffrè.
- FERRUA, P., 1990: «Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione», in *Studi sul processo penale*, Torino: Giappichelli, 113-129.
- , 1992a: «Contraddittorio e verità nel processo penale», in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino: Giappichelli, 47-84.
- , 1992b: «La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano», in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino: Giappichelli, 87-115.
- , 2008: «Metodo scientifico e processo penale», in *Dir. pen. proc.*, 2008, *Dossier su La prova scientifica nel processo penale*: 12-19.
- GIARDA, A., 1971: *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano: Giuffrè.
- ILLUMINATI, G., 1979: *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna: Zannichelli.
- MALINVERNI, A., 1971: *Intervento*, in *Azione civile e processo penale*, Milano: Giuffrè, 148-151.
- MAZZA, O., 2011: «L'esame delle parti» (2008), in *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano: Giuffrè, 69-109.
- MAZZARELLA, F., 1962: «A proposito di "oralità" e di "testimonianza della parte"», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 968-990.
- PAULESU, P.P., 2009: *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino: Giappichelli.
- PISAPIA, G.D., 1971: «Relazione introduttiva», in *Azione civile e processo penale*, Milano: Giuffrè, 3-15.
- RECCHIONE, S., 2017: «La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità», in *Dir. pen. cont.*, 1: 69-90.
- TARUFFO, M., 1992: *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano: Giuffrè.
- UBERTIS, G., 2011: «Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)» (2009), in *Argomenti di procedura penale*, III, Milano: Giuffrè, 167-181.
- , 2017: *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino: Utet.



## **LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL. ¿REFUTACIÓN? DE ALGUNAS CONJETURAS SOSTENIDAS EN EL TRABAJO DE RAMÍREZ ORTIZ «EL TESTIMONIO ÚNICO DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO»**

Olga Fuentes Soriano

Catedrática de Derecho Procesal  
Universidad Miguel Hernández  
ofuentes@umh.es

**RESUMEN:** El presente trabajo pretende, más que refutar –en sentido estricto– las tesis sostenidas en el de Ramírez Ortiz sobre «El testimonio único de la víctima en el proceso desde la perspectiva de género», introducir algunos matices que permitan aportar una visión más amplia del rol que la perspectiva de género está llamada a jugar no ya en el conjunto del proceso penal sino, concretamente, en relación con el testimonio único no corroborado. Partiendo así de la base compartida con el autor de referencia, de que la perspectiva de género no puede colmar situaciones de insuficiencia probatoria –como la que se produciría ante el testimonio único no corroborado– se matizan, sin embargo, muchas otras posibles aportaciones que sí puede incorporar a la valoración de dicho testimonio. De hecho, como se sostendrá, es la perspectiva de género aplicada a la valoración del testimonio único de la víctima y a la corroboración de determinados de sus elementos periféricos, lo que permitirá evitar un importante número de situaciones de testimonio único no corroborado, desmontando interpretaciones asumidas desde la normalidad de unas máximas de experiencia que esconden la perpetuación de las situaciones de desigualdad.

**PALABRAS CLAVE:** Testimonio único de la víctima; declaración de la víctima; corroboración; presunción de inocencia; perspectiva de género; valoración de la prueba; acervo probatorio.

**GENDER PERSPECTIVE IN THE CRIMINAL PROCEDURE  
REFUTATION? OF SOME CONJECTURES HELD IN RAMÍREZ ORTIZ'S  
PAPER «SINGLE VICTIM'S TESTIMONY AND GENDER PERSPECTIVE  
IN THE CRIMINAL PROCEDURE»**

**ABSTRACT:** The present paper does not intend to refute –in the strict sense– the theses held in the research work of Ramírez Ortiz, «Single victim's testimony and gender perspective in the criminal procedure». The purpose is to introduce some nuances that explain the role that the gender perspective will play not only in the whole criminal process but, specifically, in relation to the uncorroborated single testimony. I agree with the author of reference that the gender perspective cannot fill situations of evident insufficiency –like the uncorroborated single testimony– but there are many other contributions that can be incorporated into the assessment of this testimony. In fact, as it will be held, the gender perspective applied to the assessment of the victim's testimony and to the corroboration of certain of its peripheral elements, will prevent a large number of uncorroborated single testimonies, which conclude in acquittal.

**KEYWORDS:** Single victim's testimony; victim statement; corroboration; presumption of innocence; gender perspective; evaluation of the evidence; body of evidence.

**SUMARIO:** 1. Introducción: sobre las conjeturas y su refutación.—2. La perspectiva de género en el proceso; 2.1. El valor hermenéutico de la perspectiva de género.—3. Testimonio único de la víctima y perspectiva de género. 3.1. La víctima como testigo especialmente cualificado. 3.2 La corroboración del testimonio de la víctima.—4. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LAS CONJETURAS Y SU REFUTACIÓN

Cuando los editores y responsables de la Revista *Quaestio Facti* se pusieron en contacto conmigo para participar en esta sección que iba a llevar por título (en aquel entonces, todo era un proyecto) «Conjeturas y refutaciones» acepté sin dudar, no tanto porque me halagara que pensarán en mí para aportar algún punto de vista al debate, sino, sobre todo, porque por la trayectoria académica y profesional de sus fundadores tenía el convencimiento de que si lanzaban este proyecto, se convertiría, sin duda en un escenario propicio para el estudio y la reflexión sobre cuestiones jurídicas interesantes y polémicas.

En ese contexto se enmarca el trabajo de RAMÍREZ ORTIZ («El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género») que se supone que, en las páginas que siguen, deberé refutar.

Si por refutar entendemos «contradecir o impugnar con argumentos o razones lo que otros dicen»<sup>1</sup>, desde este momento advierto al lector que serán escasos los

<sup>1</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., [versión 23.2 en línea], <https://dle.rae.es> [Fecha de la consulta: 29/05/2019].

puntos en los que «contradiga» o «impugne» las fundadas opiniones que se vierten en el texto de referencia. Así, más que una «refutación» –en sentido estricto– de las tesis sustentadas en el trabajo, trataré de matizar o sugerir la adopción de puntos de vista complementarios o alternativos que, sin rechazar ni, desde luego, impugnar lo sostenido, podrían contribuir a ofrecer una visión omnicompreensiva del tema objeto de estudio y, sobre todo, del contexto en el que se enmarca, que no es otro que la perspectiva de género en el proceso penal.

De manera muy resumida, la tesis de fondo del artículo de referencia pasa por admitir que si bien la perspectiva de género puede ser una herramienta de interpretación útil en concretas fases del proceso penal (especialmente en la fase de investigación), en modo alguno podría utilizarse ésta para tratar de colmar la insuficiencia que pudiera derivar del conjunto de la prueba practicada; y concretamente, la insuficiencia probatoria que deriva de la declaración de la víctima cuándo constituye esta la única prueba de cargo obrante en la causa y carece de corroboración externa.

Pero conviene reparar en el hecho de que, para llegar a esta conclusión, que en su enunciado final comparto, atraviesa el autor por un largo camino procesal en el que la perspectiva de género está llamada a jugar un importante rol interpretativo que, sin embargo, ha pasado inadvertido al tener como único norte el escenario final que genera, a efectos de valoración probatoria, la declaración de la víctima cuando constituye esta la única prueba de cargo.

La clave estará, entre otras muchas cosas, en lo que se entienda por corroborar, la extensión que se dé al término y las exigencias que se precisen para tener por corroborada la narración de la víctima. En este sentido, trataré de poner de manifiesto determinados momentos en los que la valoración de algunos elementos periféricos de los hechos narrados, posible desde la aplicación a éstos de la perspectiva de género, puede llevar a considerarlos como fuentes de prueba corroboradoras de un testimonio que, a partir de ese instante, dejará o bien de ser única prueba de cargo (por cuanto habrán aparecido otras fuentes de prueba de los hechos), o bien dejará de ser un testimonio no corroborado (por cuanto habrán aparecido esos indicios corroboradores del testimonio). Que estemos en uno u otro caso dependerá –tal y como se explicará– del sentido fuerte o débil que se exija de la corroboración. Pero sea como fuera, asentado esto, la conjetura de que la perspectiva de género carecerá de toda relevancia en la valoración del testimonio único no corroborado, deberá, en mi opinión, matizarse.

La refutación que trataré de expresar va a girar en torno a la consideración que se hace en el texto de referencia respecto del testimonio único en su resultado final: testimonio único no corroborado. En primer lugar, porque supone un planteamiento estático de la declaración de la víctima como única prueba de cargo cuando, en realidad, esta no «es», o no «preexiste» al proceso, sino que, antes al contrario, es –eventualmente– el resultado final de la práctica de la prueba y de la valoración de la misma. El testimonio o la declaración de la víctima, igual que el conjunto del acervo probatorio, ha de considerarse desde una perspectiva dinámica cuyo resultado final puede llegar a ser –o no– la existencia de un testimonio único no corroborado. De ser

así —de resultar, efectivamente, que contamos tan sólo con el testimonio de la víctima no corroborado— la perspectiva de género poco va a poder aportar en su eventual valoración probatoria porque en tal caso, simplemente, éste no se podrá valorar; el autor parte de la base —que comparto— de que el testimonio único no corroborado no tiene valor probatorio.

Pero frente a ello —o junto a ello— cabría matizar que el rol que la perspectiva de género puede desempeñar en la valoración del acervo probatorio no debe quedar circunscrito al exclusivo escenario, final y estático de la existencia, como única prueba de cargo, del testimonio de la víctima no corroborado; sino que debe apreciarse desde una perspectiva dinámica, analizando su influencia y consideración en muy distintos momentos y sobre muy distintas fuentes de prueba. Entre otras cuestiones porque, de lo contrario, el argumento se torna en cierto modo tautológico: 1. El testimonio único no corroborado no se puede valorar, por cuanto resulta insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste al acusado; 2. La perspectiva de género no aporta nada en los supuestos de insuficiencia probatoria; 3. En conclusión, la perspectiva de género no aporta nada en la valoración probatoria del testimonio único no corroborado (lo cual iría de suyo, por cuanto ese testimonio único no corroborado, no se va a poder valorar —ni con perspectiva de género, ni sin perspectiva de género—).

En mi opinión, la clave estará en determinar cuándo cabe entender corroborado un testimonio, qué extremos del mismo se exige corroborar, qué fuentes de prueba pueden ser consideradas como hábiles o suficientes para tenerlo por corroborado y qué rol juega en ese proceso —de corroboración— la perspectiva de género; porque de tener ésta alguna incidencia, ya no será tan clara la afirmación de su irrelevancia en los supuestos de testimonio único no corroborado. Seguirá siendo obvio que la perspectiva de género no puede colmar situaciones de insuficiencia probatoria, pero, quizás, sí pueda contribuir a evitar esas situaciones de insuficiencia probatoria.

A la exposición y desarrollo de las líneas aquí esbozadas dedicaré las páginas que siguen a continuación.

## 2. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL PROCESO

Pese a la brevedad que la forma que debe adoptar esta refutación exige, cualquier estudio sobre la función que la perspectiva de género está llamada a desplegar en el proceso requeriría de una reflexión previa en torno al propio concepto de «perspectiva de género».

Por suerte para esta «refutadora» el impecable tratamiento que de la misma efectúa el artículo de referencia facilitará y agilizará este trabajo al permitir asumir como punto de partida, sus propias consideraciones.

## 2.1. Sobre la perspectiva de género

Como con acierto plantea RAMÍREZ ORTIZ, la perspectiva de género es una herramienta conceptual que, a partir de la conciencia de la situación histórica y presente en que se desenvuelve la mujer, permite aportar criterios válidos para comprender y explicar la sociedad desvelando situaciones que directa o indirectamente legitimen la discriminación y proponiendo nuevas medidas, mecanismos o instituciones que logren y promuevan situaciones y condiciones de igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Así, aplicada al ámbito jurídico «la perspectiva de género puede servir para desvelar aquellas instituciones, reglas y prácticas del derecho que crean, legitiman y perpetúan la discriminación, con el propósito de derogarlas, transformarlas y/o sustituirlas por otras»<sup>2</sup>.

Dado que es en el contexto del proceso en el que se quiere analizar el valor de la perspectiva de género, interesa especialmente la referencia del autor a las prácticas del derecho que crean, legitiman y perpetúan la discriminación. Y ello, porque tales prácticas incluyen, como no podría ser de otro modo, la aplicación de la Ley que realizan nuestros tribunales. Expuesta así la situación y sabido que es, que para aplicar la Ley debe el juzgador, necesariamente, interpretarla, será en ese preciso momento –el de la interpretación– en el que la perspectiva de género deberá jugar un rol fundamental a fin de desterrar prácticas o interpretaciones que perpetúen y legitimen estereotipos de género.

Sin embargo, su cuestionada aplicabilidad desde muy diversas instancias como criterio de interpretación legal requeriría de alguna precisión respecto de su reconocimiento y posición en el ordenamiento.

## 2.2. Sobre el valor hermenéutico de la perspectiva de género

Sostiene la CE en su artículo 9.2 que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Se trata este de un mandato constitucional que informa el ordenamiento jurídico y va dirigido a todos los poderes públicos incluyendo, obviamente, a los jueces en su labor de aplicación e interpretación del derecho. Y no es baladí reparar en el dato de que la interpretación jurídica ha de estar informada por dicho mandato, en tanto en cuanto constituye esta la expresión más clara del momento social del Estado que quiere el art. 1.1 CE y que, sin embargo, con tanta frecuencia los jueces tienden a olvidar. La omnipresencia del momento democrático del Estado y la consideración, siempre latente en nuestros Tribunales, de las garantías jurisdiccionales que lo con-

---

<sup>2</sup> RAMÍREZ ORTIZ, J.L., 2019: 3.

vierten en Estado de Derecho, relegan a un último plano judicial la obligación constitucional que pesa sobre ellos de garantizar también esa expresión social del Estado promoviendo una aplicación igualitaria de la norma y garantizando que el resultado de dicha aplicación no perpetúe, legitime o consienta situaciones de discriminación.

Y, precisamente, en desarrollo de este mandato constitucional, el art. 4 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres eleva la perspectiva de género a la categoría de principio informador del ordenamiento jurídico<sup>3</sup>, al prescribir que «la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídica».

Nótese que, si bien la vigencia del principio de legalidad vincula al Juez a la aplicación de la norma, lo hace desde los criterios interpretativos que sienta el art. 3 del Código Civil. De entre ellos y por lo que a nosotros en este momento respecta, especial mención merece la referencia como criterio legal de interpretación a la «realidad social» del tiempo en que la norma ha de ser aplicada.

Es la necesidad de atender a la realidad social de nuestros días –como criterio interpretativo del art. 3 CC– que, por mandato constitucional, obligará al Juez a remover cualquier obstáculo que impida o dificulte la consecución de una igualdad real y efectiva en la aplicación de la norma (art. 9.2. CE), lo que convierte la perspectiva de género en un principio informador del ordenamiento que, como tal, los jueces habrán de respetar en su labor de interpretar el derecho para aplicarlo a la solución del caso concreto.

En consecuencia, pues, «juzgar con perspectiva de género equivale –en palabras de GARCÍA PORRES y SUBIJANA ZUNZUNEGUI– a implementar en el enjuiciamiento técnicas jurídicas que faciliten la consecución del objetivo de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el uso y disfrute de los derechos y libertades. En concreto, la perspectiva de género aspira a que los parámetros que utiliza el sistema de justicia para interpretar y aplicar la ley no refuercen, a través de una neutralidad axiológica vinculada a la igualdad formal, las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, consolidando, de esta manera, la discriminación de estas últimas. Lo que postula, en definitiva, es que el sistema de justicia emplee técnicas de diferenciación que, siendo proporcionadas, logren la equiparación final de lo que en el punto inicial es desigual»<sup>4</sup>.

### 2.3 Sobre la aplicación de la perspectiva de género en el proceso

Constatado así, conforme a los párrafos expuestos con anterioridad, el carácter de principio informador del ordenamiento que corresponde otorgar a la perspectiva de género, huelga decir que su relevancia como criterio interpretativo debe dejarse

<sup>3</sup> Sobre el tema GARCÍA PORRES, I., y SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., 2018: 2.

<sup>4</sup> GARCÍA PORRES, I., y SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., 2018: 1 y 2.

sentir en cualquier momento del proceso en el que entren en juego consideraciones, en mayor o menor medida estereotipadas, sobre la actuación que, conforme a una distribución de roles preconcebida, cabe esperar de la mujer o del varón.

Así, si bien es cierto que la investigación judicial propia de la fase instructora constituye un ámbito especialmente adecuado en el que la perspectiva de género permite recabar aquellos datos e informaciones útiles y necesarios para el posterior enjuiciamiento de la causa, reducir a este escenario la trascendental misión que la perspectiva de género puede aportar en el proceso arrojaría, en mi opinión, una visión tan parcial como incompleta.

Y este constituye uno de los puntos en los que me gustaría matizar –que no, estrictamente, «refutar»– la posición de fondo del texto de referencia. Subyace en el mismo la idea de que el momento en el que la perspectiva de género debe desplegar su mayor efectividad es, precisamente, durante la investigación de los hechos. Se sostiene así con meridiana claridad que aunque la perspectiva de género no permita superar la insuficiencia probatoria que deriva del testimonio único no corroborado de la víctima, «puede servir para indicar al investigador la “hoja de ruta” que ha de seguir para orientar la indagación y hacer acopio de material probatorio»<sup>5</sup>.

Aun compartiendo –como es el caso– la conclusión final expresada, disiento de la consideración que se desprende del texto y que centra en la investigación el núcleo de eficacia de la perspectiva de género. De nuevo, parece apreciarse en este planteamiento una visión estática del proceso que se explica, además, desde una cierta inversión en los tiempos: el razonamiento parte del testimonio único no corroborado (sin que parezca tener relevancia el hecho de que ésta apreciación tendrá lugar al final del proceso –y que, por tanto, más que como punto de partida debe tomarse como punto de llegada) para constatar que la imposibilidad de ser tenido en consideración no puede suplirse desde la perspectiva de género; a continuación se admite que, ello no obstante, la perspectiva de género sí puede orientar la indagación y el acopio de material probatorio. La reducción del todo, a este esquema de planteamiento obvia razonamientos esenciales en los que conviene reparar.

Si analizamos el orden lógico en el que transcurre el proceso, indudablemente la perspectiva de género puede y debe orientar, desde el primer momento, la actuación indagatoria de la policía judicial y con ella, el acopio de material probatorio. Para ello, resultará fundamental superar los estereotipos de género comúnmente aceptados<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> RAMÍREZ ORTIZ, J. L., 2019: 33.

<sup>6</sup> Comparto con RAMÍREZ ORTIZ que «los estereotipos de género, concebidos como grupo estructurado de creencias sobre los atributos personales de hombres y mujeres, implican una variedad de aspectos tales como las características de la personalidad, comportamientos y roles, características físicas y apariencias u ocupaciones y presunciones sobre la vida y orientación sexual. Como construcciones ideológicas y culturales reflejan la estructura desigual de poder existente en la relación entre sexos y pueden desempeñar una función no solo descriptiva sino también prescriptiva en tanto implícitamente, imponen a las mujeres que se adecuen a los roles que se les asignan». RAMÍREZ ORTIZ, J.L., 2019: 29.

y evitar los sesgos cognitivos en los que se asientan<sup>7</sup>. Pero una vez hecho esto, la perspectiva de género no «desaparece» para volver a «aparecer» en el momento de analizar si puede colmar o no la eventual insuficiencia probatoria que derive del testimonio único no corroborado —y éste parece ser el escenario que se plantea en el texto de referencia—. La perspectiva de género, como criterio informador del ordenamiento no sólo debe inspirar la labor de investigación y acopio del material probatorio, sino que debe presidir la interpretación y la valoración que haya de realizar el juzgador de todas y cada una de las pruebas practicadas. Y esa valoración no lo es sólo de la prueba directa que obre en la causa (declaración de la víctima, de los testigos, informes periciales, partes médicos, psicológicos...), sino que debe aplicarse también a la prueba indirecta o indiciaria que, en su caso, será la que sirva para corroborar el testimonio de la víctima.

De conformidad con ello, la perspectiva de género constituirá una clave fundamental de valoración, tanto de la declaración de la víctima, cuanto de los diversos indicios o fuentes de pruebas periféricas y colaterales que sin hacer prueba directa de los hechos acaecidos permiten otorgar «credibilidad» —en terminología común de la jurisprudencia— o «fiabilidad» —en la terminología escogida como preferente por RAMÍREZ ORTIZ— a la declaración que la víctima ofrezca. De ahí que, como se anunció en un principio, la extensión que se otorgue a la idea de corroboración, o las exigencias que se precisen para tener por corroborado el testimonio de la víctima se conviertan en una cuestión fundamental para el buen entendimiento de los matices que pretendo aportar. Y todo ello sin negar que si, como resultado de la valoración probatoria, la declaración de la víctima —entendida por tanto, como punto de llegada— es la única prueba de cargo del proceso y no se encuentra, además, corroborada por ningún extremo o indicio que le otorgue fiabilidad, la perspectiva de género no podrá —efectivamente— colmar la insuficiencia probatoria que de ello derive. Pero estaremos, entonces, ante un testimonio único no corroborado frente al que la perspectiva de género no podrá hacer nada más; sostener sin embargo la irrelevancia de la perspectiva de género frente al mismo, supone centrarse en el momento final del proceso valorativo con claro olvido de todo el juego anterior en el que esta habrá desarrollado una importante función. Y la importancia de este matiz reside en que, lejos de constituir una simple apreciación formal, la asunción por los jueces de esta aplicación continuada de la perspectiva de género durante todo el proceso (especialmente en la fase de valoración del acervo probatorio) y no ceñida a un estricto y último instante procesal, redundaría previsiblemente, en una disminución muy sustancial —como se tratará de argumentar a continuación— de la cantidad de testimonios únicos no corroborados y con ella, de la cifra de impunidad que arrojan estos procedimientos.

---

<sup>7</sup> Sobre los sesgos de información y su diferencia de enfoque respecto de los heurísticos, así como sobre el papel de las emociones en el enjuiciamiento, véase NIEVA FENOLL, J., 2007: 69 a 84.

### 3. TESTIMONIO ÚNICO DE LA VÍCTIMA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

La frecuencia con la que, desde siempre, los juzgadores han tenido que enfrentarse a la resolución de procesos en los que contaban tan sólo con la versión acusatoria de la víctima frente a la exculpatoria del acusado, ha llevado a una interesante evolución jurisprudencial tras la que, superado –al menos, aparentemente<sup>8</sup>– el axioma «*testis unus, testis nullus*»<sup>9</sup> el Tribunal Supremo sienta los criterios de valoración de dicho testimonio.

Así, tras históricas décadas de absoluciones acomodadas en la más absoluta impunidad de –fundamentalmente, aunque no solo– los delitos de violación (por constituir estos el máximo exponente de tan sólo las dos declaraciones de víctima y acusado en el acervo probatorio de la causa), fueron efectivamente, tres los requisitos que la Jurisprudencia convino en exigir como necesarios para otorgar valor probatorio a la declaración de la víctima cuando constituyera ésta la única prueba de cargo en la causa<sup>10</sup>: 1. Ausencia de incredibilidad subjetiva (en tan compleja como enrevesada terminología jurisprudencial); 2) verosimilitud de su declaración mediante la corroboración de determinados datos periféricos; y 3) persistencia en la incriminación. Y, todo ello, desde la consideración inicial de que si cabía plantearse la necesidad de otorgar valor a la declaración de la víctima lo era atendiendo al hecho de que ésta constituye un testigo con un estatus especial.

A la consideración de ese estatus especial, tan confundido últimamente como criticado, cuanto a la amplitud de la corroboración exigida para otorgar valor probatorio a su declaración, se dedicarán las reflexiones que siguen.

#### 3.1. La víctima como testigo especialmente cualificado

Si desde hace décadas nuestra jurisprudencia considera a la víctima como un testigo especialmente cualificado, lo hace argumentando que, efectivamente, está en las

<sup>8</sup> Sobre la calificación de «aparente» que he dado a la superación de esta posición me pronunciaré más adelante; baste ahora con dejar anotado que, desde el momento en que se exige la corroboración del testimonio único para que alcance valor probatorio, en realidad, lo que se está descartando es la posibilidad de valorar este cuando constituye única prueba de cargo. Elocuente sobre la necesidad de prestar una especial atención a este testimonio y las condiciones en que debe realizarse, resulta la STS 217/2018.

<sup>9</sup> La evolución doctrinal en la valoración probatoria de la declaración del testigo único ha sido certera y extensamente tratada por RAMÍREZ ORTIZ en el artículo de referencia.

<sup>10</sup> El cambio jurisprudencial que comenzó a dejarse sentir a mediados de los 80, resultó evidente a principios de los 90 y comenzó una consolidación sin fisuras que llega hasta nuestros días. Ejemplo de esas SSTS iniciales y hoy consolidadas pueden ser las de 28 de octubre de 1992, 2 de junio de 1998, 20 de julio de 1998, 19 de octubre de 1998 o 13 de febrero de 1999, a título de ejemplo. Entre las SSTS más recientes y, en cierta medida polémicas (aunque sostengo que, en el fondo y si se leen con atención –más allá de cuatro titulares de noticias–, poco nuevo aportan a la concepción tradicional, aunque flaco favor hacen a la causa de la igualdad en su vertiente de difusión social) son las SSTS 2003/2018, de 24 de mayo y 2182/2018, de 13 de junio.

mejores condiciones para conocer con exactitud lo ocurrido; pero, precisamente, por su carácter de víctima y, por tanto, por haber sufrido de manera directa la comisión del hecho delictivo su declaración puede estar revestida de una cierta parcialidad o subjetividad que hace necesario extremar las precauciones para su valoración. De ahí precisamente, la consolidación de la exigencia de los tres requisitos anteriormente comentados. Así se consideró desde el principio y así se fue, posteriormente, consolidando<sup>11</sup>.

En los últimos tiempos, sin embargo, se ha querido presentar ante nosotros un salto, procesalmente poco justificado, que pasa de la consideración de la víctima como testigo con un estatus especial, a su consideración como testigo con un estatus privilegiado; los matices diferenciadores saltan a la vista. Se ha sostenido que esta es la postura de las SSTs 2003/2018, de 24 de mayo y 2182/2018, de 13 de junio<sup>12</sup> cuando en realidad, quizás una lectura sosegada de las mismas no permita sostener dicha afirmación con rotundidad<sup>13</sup>. En todo caso, si con la admisión de ese estatus privilegiado se está reconociendo a la víctima una posición de privilegio que le permita superar el derecho a la presunción de inocencia del acusado al margen de un proceso probatorio racional y objetivo, flaco favor se brinda con ello al proceso penal y a los Derechos Fundamentales de los ciudadanos con claro olvido, por otro lado, de lo mucho que la perspectiva de género puede aportar al proceso. Comparto, efectivamente, la tesis de que la perspectiva de género no puede interpretarse como un estándar de prueba específico en materia de violencia del hombre sobre la mujer; y que, por tanto, no cabe valorar de forma distinta la suficiencia de un testimonio para fundamentar una condena, por el hecho de que quien lo aporte sea un hombre o una mujer<sup>14</sup>.

El mayor valor que la perspectiva de género puede aportar en la ponderación del testimonio de la víctima es lograr que esta se realice suprimiendo todos aquellos estereotipos discriminatorios que de forma consciente o inconsciente han alcanzado la consideración de máximas de experiencia elevando a tal categoría lo que no son sino

---

<sup>11</sup> Especialmente ilustrativa de esta posición resultaron sentencias como la STS de 16 de febrero de 1998 en la que se reconocía ya valor probatorio a la declaración de la víctima, pero razonando en profundidad los extremos periféricos que quedan corroborados y argumentando el porqué de esa necesaria corroboración; porqué que no puede ser otro distinto al riesgo que supone aceptar esta única prueba de cargo para el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

<sup>12</sup> Esta es la interpretación de RAMÍREZ ORTIZ, J.L., 2019: 25 y 26

<sup>13</sup> De hecho, la propia STS 282/2018 de 13 de junio sostiene literalmente que «ello, sin embargo, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho, por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo cual se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración». En todo caso, manifiesto mi desacuerdo –que evidenciaré más adelante al tratar de la necesaria corroboración de la declaración mediante la apreciación de elementos externos– respecto de la especial atención que quepa prestar a la forma de la narración o a los gestos utilizados.

<sup>14</sup> GARCÍA PORRES, I., y SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., 2018: 6.

consecuencias históricamente asumidas de un entendimiento de la sociedad basado en una artificial distribución de roles y proponiendo su sustitución por otros que contrarresten la influencia de esa cultura patriarcal<sup>15</sup>.

De la importancia de este análisis en la ponderación de las fuentes que permiten tener por corroborado el testimonio de la víctima, me ocuparé en las líneas que siguen.

### 3.2. La corroboración del testimonio de la víctima

Cuando la Jurisprudencia exige de forma constante para la valoración del testimonio único, que se encuentre éste corroborado, persigue otorgarle la credibilidad o fiabilidad suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste al acusado y permitir, en ausencia de otras fuentes de prueba, fundamentar una sentencia condenatoria. Se trata de alcanzar el convencimiento respecto de su fiabilidad<sup>16</sup>, ante la evidencia, pues, de que el núcleo central del relato fáctico (la comisión del hecho delictivo) no va a encontrar fuentes de prueba distintas de esta declaración. Cabrá entender así, y así lo aprecia la Jurisprudencia, que si tal declaración –única prueba directa de cargo– es fiable, constante y –subjética y objetivamente– verosímil, es apta para, en su caso, desvirtuar la presunción de inocencia que asiste al acusado.

Y en este contexto resulta trascendental la aportación que la perspectiva de género pueda hacer a este análisis. Un primer factor fundamental será el de contribuir a determinar qué elementos pueden ser considerados hábiles para corroborar el testimonio de la víctima y permitir que alcance valor probatorio. Expone RAMÍREZ ORTIZ en el trabajo de referencia, la existencia de dos tendencias interpretativas al respecto<sup>17</sup>: una exigencia de corroboración en sentido fuerte, referida a «que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima»<sup>18</sup> y una corroboración en sentido débil, referida a «datos que

<sup>15</sup> Siguiendo en este punto a GARCÍA PORRES, I., Y SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., 2018: 6 y 7 cabe considerar entre las tenidas por «máximas de experiencia» a desterrar: 1) El empleo de criterios apriorísticos para definir cómo son las mujeres y los hombres conforme a un arquetipo; 2) La expresión como específico factor de valoración de su relato de indicaciones sobre el tipo de comportamiento que cabe predicar de una víctima cuando sufre una victimización violenta y/o sexual o qué tipo de socialización cabe esperar de la misma después de esta traumática experiencia; 3) La plasmación como regla de conducta exigible de cuál debió ser la actuación de la víctima ante los poderes públicos tras sufrir una agresión, blandiendo, sin matices, el argumento de «la tardanza» en presentar la denuncia como dato concluyente de lo inverosímil de lo denunciado; y 4) La valoración de las retractaciones como manifestaciones inequívocas de la mendacidad de la fuente de prueba, desvinculándola de la ambivalencia emocional que padecen estas víctimas

<sup>16</sup> Adopto así la terminología escogida por RAMÍREZ ORTIZ en el trabajo de referencia (p. 12) para referirse al control sobre credibilidad del testimonio requerido por la jurisprudencia: «Así las cosas, sería preferible, por su mayor precisión, sustituir el ambiguo término “credibilidad” del testigo por el de “fiabilidad” del testimonio».

<sup>17</sup> RAMÍREZ ORTIZ, J.L., 2019: 16 y ss.

<sup>18</sup> Con cita de jurisprudencia apoyada en la STS 544/2016.

sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima»<sup>19</sup>.

En mi opinión –y aquí, de nuevo, la perspectiva de género está llamada a jugar un rol fundamental–, para que la declaración de la víctima alcance credibilidad o fiabilidad es imprescindible entender que la corroboración que exige la jurisprudencia, lo sea respecto de datos periféricos de los hechos delictivos que la víctima haya emitido en su declaración; exigir que la corroboración lo sea respecto del relato fáctico principal o de concretos elementos del tipo supone exigir otras fuentes de prueba del delito; y ello redundaría *de facto* en la imposibilidad de que el testimonio único de la víctima pudiera alcanzar, en caso alguno, valor probatorio, pues se exigirían siempre otras pruebas corroboradoras de los hechos (no del testimonio de la víctima).

Comparto así la tesis constitucional de que «la corroboración es la confirmación de otra prueba [el testimonio de la víctima, en nuestro caso], que es la que por sí sola no podría servir para la destrucción de la presunción de inocencia, pero que con dicha corroboración adquiere fuerza para fundar la condena»<sup>20</sup>.

El matiz es importante porque desde la tesis que planteo, la existencia de, por ejemplo, partes médicos de lesiones en una acusación por maltrato físico no constituyen –en el sentido que precisa la jurisprudencia y al no referirse a datos periféricos de la misma– un factor que corrobora la declaración de la víctima –aunque, en su caso, también lo fueran–, sino que constituyen, propiamente, una prueba del hecho delictivo. En consonancia, resulta extraordinariamente injustificada (por no decir arbitraria) la frecuente absolución basada en el silencio de la víctima pese a la existencia de partes médicos, periciales psicológicas y testificales (de referencia, o no) obrantes en la causa<sup>21</sup> por entender que, al no existir prueba directa a la que corroborar –la declaración de la víctima no se da cuando ésta guarda silencio– dicho acervo probatorio no puede ser tomado en consideración<sup>22</sup>.

Asumido que la perspectiva de género no puede colmar una situación de insuficiencia probatoria, aporta poco al avance jurídico centrar el análisis sobre su eficacia en lo que puede aportar ésta al proceso una vez que lo que nos queda del mismo es el testimonio único de la víctima no corroborado –que, de por sí, no puede alcanzar

---

<sup>19</sup> RAMÍREZ ORTIZ, J.L., 2019: 18.

<sup>20</sup> STC 198/2006, de 3 de julio, reiterada en posteriores como 125/2009, de 18 de mayo.

<sup>21</sup> Este tema –entre otros– ha sido objeto de un interesante análisis en el «Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales» realizado por el Grupo de expertos y expertas en Violencia de género del CGPJ, marzo 2016.

<sup>22</sup> Véase el caso de la SAP de Alicante 283/2013, en la que la denunciante se acoge a la dispensa del art. 416 de la LECrim y aunque, ante su silencio, obraban en la causa una documental médica, informes periciales relativos a lesiones, informe psicológico de la mujer y testifical de los Agentes de Policía se justificó la absolución en la imposibilidad de valorar esas fuentes de prueba por ausencia de una prueba directa a la que corroborar. En parecido sentido (aunque ceñido a la declaración de los policías que intervinieron en el atestado y que, aunque me parece igualmente válida, puede presentar algunas aristas que requerirían de una más extensa explicación que excede de los límites de este trabajo) SAP de Madrid 948/2013.

valor probatorio—; aun siendo importante afianzarse en esta posición, más relevante resultaría, en mi opinión, reflexionar en lo que sí puede aportar la perspectiva de género a la valoración de dicho testimonio a fin de entender: primero, cuándo puede tenerse este por corroborado y, segundo, cuándo aun no dándose este, cabe tener los hechos por probados.

Efectivamente, comparto con RAMÍREZ ORTIZ 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 simples máximas de experiencia machistas»; pero resulta esencial entender, complementariamente, que la perspectiva de género exige igualmente sustituir tales máximas de experiencia machistas, tradicionalmente asumidas, por nuevas máximas de valoración probatoria basadas en exigencias de igualdad real y efectiva en la interpretación, aplicación y resultado de la aplicación de la Ley. Situación a la que solo es posible llegar desde el entendimiento de la perspectiva de género como un principio informador del ordenamiento que actúa de forma continua y constante durante toda la actuación procesal.

Y, precisamente, desde este entendimiento de la perspectiva de género cabe igualmente analizar otros requerimientos exigidos a los elementos corroboradores del testimonio único, como son la necesidad de que se trate de fuentes ajenas o externas a la propia víctima y que tengan carácter objetivo —es decir, que vayan más allá de la impresión subjetiva que en el juez, pueda causar dicha declaración—<sup>23</sup>. La necesidad de que sean elementos externos y ajenos a la declaración de la víctima reside en que, de no ser así, dichos elementos constituirían o formarían parte —necesariamente— de su propia declaración; y, de admitirse tales indicios corroboradores, se estaría aceptando el absurdo de que la declaración de la víctima se corrobora a sí misma.

Para justificar la necesidad del carácter externo de los indicios que corroboren el testimonio de la víctima se utiliza en el texto de referencia, la diferencia entre coherencia (credibilidad interna del relato) y corroboración de la declaración (comprobación del relato mediante datos objetivos verificables), así como la exigencia de ésta última para apreciar su valor probatorio<sup>24</sup>. Esta diferencia, fundamental en el contexto en el que es traída, no debe hacernos obviar el dato, no menor, de que los indicios han de serlo en relación con un testimonio único y para poder valorar éste como —única, por tanto— prueba de cargo. Los elementos —indicios— que corroboren dicha declaración, aunque externos, no deberán recaer sobre el hecho delictivo que se pretende probar y en relación con el cual se carece de otra prueba más allá de dicho testimonio (si este fuera el nivel de exigencia de la corroboración sería imposible hablar de única prueba de cargo), sino sobre elementos periféricos del mismo que

---

<sup>23</sup> Precisamente en este punto concreto, resultará fundamental la motivación a fin de comprobar el *iter* lógico que ha llevado al Juez a la conclusión (otorgar valor probatorio a la declaración). A favor de esta posición: STS 544/2016 o ST de 18 de diciembre de 2017; con matices, las SSTS 2003/2018, de 24 de mayo y 2182/2018, de 13 de junio; Ponente Magro Servet.

<sup>24</sup> RAMÍREZ ORTIZ, J.L., 2019: 14.

lo que prueban (lo que corroboran) es, además, la coherencia de dicho testimonio. Nótese que cuando se trata de la valoración probatoria de la declaración de la víctima como única prueba de cargo, la posibilidad de actuar sobre un testimonio incoherente carece de toda relevancia: siendo coherente el testimonio, la corroboración de datos periféricos de carácter objetivo corroborará también la credibilidad interna del relato; sin embargo resulta difícil imaginar la virtualidad práctica de un testimonio único incoherente por mucho que determinados datos periféricos del relato aparezcan externamente corroborados. Así, será esa declaración coherente, corroborada con datos externos (no de la comisión del hecho delictivo, sino de elementos periféricos que otorgan la fiabilidad, verosimilitud o credibilidad del testimonio) la que, en su caso, podrá alcanzar valor probatorio<sup>25</sup>.

Ese y no otro es el rol fundamental que jugará la perspectiva de género en la valoración del testimonio único de la víctima, siendo cierto que, con todo y con ello, si careciera éste de corroboración la perspectiva de género no podría colmar la insuficiencia probatoria que de ello deriva; pero siendo igualmente cierto que, entendido así –con perspectiva de género– el proceso de valoración de la prueba, serán muchos menos los casos de testimonios únicos no corroborados.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- FUENTES SORIANO, O., 2000: «Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales», en *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, Perú: Edit. Defensoría del Pueblo: 151-249.
- GARCÍA PORRES, I., Y SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., 2018: «El enjuiciamiento penal con perspectiva de género», SEPIN, SP/DOCT/75846 (septiembre): 1-13.
- NIEVA FENOLL, J., 2007: *Enjuiciamiento prima facie. Aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Barcelona: Atelier.
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L., 2019: «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género», en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio* (núm. 51): 1-45.

---

<sup>25</sup> Cuestiones de espacio impiden profundizar ahora en estas tesis que, en parte, he abordado en FUENTES SORIANO, O., 2000: 151 y ss.

## PRUEBA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO. UN COMENTARIO CRÍTICO<sup>1</sup>

Raymundo Gama

Instituto Tecnológico Autónomo de México  
raymundo.gama@itam.mx

**RESUMEN:** Este trabajo ofrece una aproximación inicial a la relación entre prueba y perspectiva de género. En primer lugar se plantea que al hablar de prueba con perspectiva de género habría que reconocer la vinculación de esta última con el feminismo y las perspectivas feministas sobre la prueba. Desvinculada de los movimientos feministas, la perspectiva de género corre el riesgo de convertirse en una visión desprovista del potencial reivindicativo y crítico que le dio origen. En segundo lugar, el alcance de la perspectiva de género en el ámbito probatorio comprende la prueba en general. Prácticamente todos los temas y problemas probatorios son susceptibles de examinarse con perspectiva de género. Finalmente, la tesis sobre la exigencia de corroboración de la declaración de la víctima requiere examinarse con perspectiva de género. Una regla de esa naturaleza opera en detrimento de las víctimas y refuerza el escepticismo estructural hacia su credibilidad.

**PALABRAS CLAVE:** prueba y perspectiva de género, perspectivas feministas sobre la prueba, credibilidad, declaración de la víctima, corroboración.

---

<sup>1</sup> Agradezco la lectura y comentarios críticos de las profesoras Ana Micaela Alterio y Natalia Morales. He podido discutir algunas de las ideas contenidas en este trabajo en el Seminario de Fundamentos del Derecho Procesal de la Universidad de Chile, en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y en la Universidad de Northwestern. Agradezco todos los comentarios y sugerencias recibidas en esos eventos.

## A GENDER PERSPECTIVE ON EVIDENCE. A CRITICAL ASSESSMENT

**ABSTRACT:** This paper offers a preliminary analysis of a gender perspective on evidence. It shows the connection between a gender perspective on evidence with feminism and feminist perspectives on evidence. It also shows that the scope of a gender perspective on evidence covers the entire field of Evidence. It finally shows that the corroboration requirement could be examined from a gender perspective. The corroboration requirement is inimical to the victims and strengthens a structural skepticism about her credibility.

**KEYWORDS:** gender perspective on evidence, feminist perspectives on evidence, victim testimony, credibility, corroboration requirement.

**SUMARIO:** 1. Introducción.— 2. La relación entre prueba y perspectiva de género.— 3. Testigo único y exigencia de corroboración.— 4. Conclusión.— 5. Bibliografía.

*Feminist method offers a fascinating perspective on evidence law, because feminism, like evidence, is concerned with how stories are heard and how society determines credibility*

Aviva Orenstein

### 1. INTRODUCCIÓN

¿En qué sentido y hasta qué punto la prueba puede estar afectada por cuestiones de género? ¿Qué aspectos de la prueba serían susceptibles de examinarse con perspectiva de género? ¿En qué se traduce la utilización de esta perspectiva en el ámbito probatorio? ¿Qué es lo que los tribunales hacen de hecho cuando emplean la perspectiva de género en la prueba? ¿Cuál es la relación entre perspectiva de género y perspectivas feministas sobre la prueba? ¿Habría alguna diferencia entre analizar la prueba con perspectiva de género y analizarla desde una perspectiva racional? ¿Habría alguna metodología para examinar la prueba con perspectiva de género?

Estas preguntas pueden resultar relevantes para examinar la relación entre prueba y perspectiva de género. Sorprendentemente, sin embargo, este tema no figura en la agenda quienes se ocupan de la prueba<sup>2</sup>. Parafraseando a Twining, al llamado a tomar los hechos en serio habría que sumar la necesidad de tomar en serio la perspectiva de género sobre la prueba.

Este trabajo ofrece una aproximación inicial a la relación entre prueba y perspectiva de género a partir de un comentario crítico a las tesis planteadas por el Magistrado José Luis Ramírez Ortiz en el artículo titulado «Testimonio único de la víctima y perspectiva de género en el proceso penal de la presunción de inocencia».

<sup>2</sup> Hay desde luego algunas excepciones. Véase FUENTES SORIANO, 2009; DI CORLETO, 2017; NOYA 2016.

En primer lugar se plantea que al hablar de prueba con perspectiva de género habría que reconocer la vinculación de esta última con el feminismo y las perspectivas feministas sobre la prueba. Desvinculada de los movimientos feministas, la perspectiva de género corre el riesgo de convertirse en una visión desprovista del potencial reivindicativo y crítico que le dio origen. En segundo lugar, el alcance de la perspectiva de género en el ámbito probatorio comprende la prueba en general. Prácticamente todos los temas y problemas probatorios son susceptibles de examinarse con perspectiva de género. Finalmente, la tesis sobre la exigencia de corroboración de la declaración de la víctima requiere examinarse con perspectiva de género. Una regla de esa naturaleza opera en detrimento de las víctimas y refuerza el escepticismo estructural hacia su credibilidad.

Por razones de espacio, en este trabajo no es posible dar una respuesta a todas las preguntas apuntadas anteriormente, pero sí al menos ofrecer algunos elementos para su análisis con la intención de sugerir algunos temas y rutas de investigación.

## 2. LA RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

La pregunta central que plantea José Luis Ramírez Ortiz es qué puede aportar la perspectiva de género en el ámbito probatorio y en el tratamiento de la declaración de la víctima en aquellos casos en que no haya pruebas que corroboren su dicho. Su tesis es que en la etapa de juicio, la perspectiva de género desempeña una función epistémica al ofrecer una herramienta que permite al juzgador identificar y visibilizar los estereotipos de género que se presentan en el razonamiento probatorio bajo el ropaje de pretendidas máximas de experiencia. La perspectiva de género permitiría así desactivar máximas de experiencia espurias y estereotipadas, sustituyéndolas por criterios cognoscitivos adecuados con los que el juzgador pueda realizar inferencias probatorias y valorar las pruebas sin prejuicios ni estereotipos de género.

No obstante, Ramírez Ortiz sostiene que la perspectiva de género no puede emplearse para subsanar la insuficiencia de un medio probatorio, dándole un mayor peso probatorio que el que amerita. Concretamente, afirma que la perspectiva de género no podría sustentar una sentencia condenatoria con la sola declaración de la víctima si ésta no se encuentra corroborada. Al respecto, Ramírez Ortiz distingue dos sentidos de corroboración, uno fuerte y uno débil. Corroboración en sentido fuerte, cuando hay una prueba de fuente distinta que sustenta el hecho principal y corroboración en sentido débil, cuando hay una prueba de fuente distinta que sustenta alguno o algunos de los hechos secundarios. De estos dos sentidos Ramírez Ortiz entiende la exigencia de corroboración en sentido débil.

Además de una función epistémica, Ramírez Ortiz sostiene que la perspectiva de género en el ámbito probatorio desempeña una función heurística en la etapa de investigación, en tanto permite formular hipótesis adecuadas sobre los hechos de la causa, así como allegarse de las pertinentes fuentes de prueba adicionales a la declaración de la víctima que podrán ser posteriormente empleadas en el juicio.

Es por tanto en la fase de investigación donde a su juicio deberían volcarse los esfuerzos por contar con un material probatorio suficiente, por lo que no cabría compensar un caudal probatorio insuficiente con la atribución de mayor peso a la declaración de la víctima en ausencia de otras pruebas que la corroboren.

De acuerdo con este autor, la única manera de que se produzca una verdadera convicción racional de la prueba que deje de lado una convicción meramente subjetiva del juzgador es exigir que la declaración de la víctima esté corroborada con un dato probatorio externo y de fuente distinta a la propia declaración. Para Ramírez Ortiz, en suma, la concepción racionalista de la prueba exigiría la corroboración del testimonio.

En este apartado se analiza la tesis de Ramírez Ortiz sobre la función de la perspectiva de género en el ámbito probatorio, dejando su tesis sobre la exigencia de corroboración de la declaración de la víctima para el siguiente apartado.

Al hablar de prueba y perspectiva de género habría que comenzar examinando estos dos conceptos. En relación con el segundo, en lugar de ofrecer una definición más de lo que se entiende por «perspectiva de género» o de repetir algunas de las explicaciones recurrentes al hablar de esta perspectiva me limitaré a destacar un aspecto que no suele hacerse explícito: la vinculación de la perspectiva de género con las teorías feministas.

La perspectiva de género es un concepto y una herramienta surgida y construida desde el feminismo para identificar, develar y corregir las diferentes situaciones y contextos de opresión y de discriminación hacia las mujeres y personas LGTTT-BIQ<sup>3</sup>. Desvinculada de las teorías feministas de las que surge, la perspectiva de género pierde buena parte de la fuerza y reivindicación que le dio origen. Esta falta de reconocimiento conduce a que en ocasiones la perspectiva de género es simplemente mencionada más que efectivamente utilizada e incorporada, quedando en una mera referencia genérica que no cuestiona las causas y la continuidad de prácticas discriminatorias. Es necesario subrayar y destacar la raíz feminista de la perspectiva de género porque en el empleo y difusión de esta perspectiva como política pública aplicada de manera transversal a un sinnúmero de disciplinas y actividades la palabra «feminismo» suele quedar oculta. Al hablar de prueba y perspectiva de género, por tanto, habría que incorporar las perspectivas y métodos feministas al ámbito la prueba.

En Estados Unidos e Inglaterra, las perspectivas feministas sobre la prueba aglutinan a un conjunto de feministas que desde los años noventa han identificado y cuestionado las implicaciones de género de las reglas, prácticas, presupuestos e instituciones probatorias, así como la manera en que la prueba conduce o puede conducir a situaciones de discriminación y de opresión hacia la mujer<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Ciertamente, en tanto herramienta analítica, la perspectiva de género no solo examina la manera en que el Derecho y las prácticas jurídicas discriminan a las mujeres, sino también a otros grupos discriminados por razón de sexo o género como las personas LGTTTBIQ.

<sup>4</sup> Entre los trabajos que plantean la incorporación de perspectivas feministas a la prueba, véanse KINPORTS, 1991; MACK, 1993: 27-353; TASLITZ, 1998; ORENSTEIN, 1999: 509 ss.; CHILDS Y ELLISON, 2000.

La aplicación de la perspectiva de género en la prueba es aún incipiente en la tradición continental, particularmente en Latinoamérica y España. Han sido principalmente los órganos jurisdiccionales, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>5</sup>, la Comisión Interamericana de Mujeres, la Corte Penal Internacional y el comité de la CEDAW<sup>6</sup> quienes han establecido la incorporación de la prueba con perspectiva de género en áreas especialmente susceptibles para el análisis con perspectiva de género como el derecho penal y los delitos sexuales, pero también en áreas en principio menos evidentes como juicios de seguridad social<sup>7</sup>, derecho familiar, derecho civil, entre otras materias.

Así, han planteado, por ejemplo, que la prueba debe valorarse con perspectiva de género, que se tienen que cuestionar e interpretar los hechos desechando estereotipos de género, que la declaración de la víctima tiene un valor preponderante o que es un testigo cualificado, que se deben revisar las reglas de carga de la prueba, que se debe eliminar la exigencia de corroboración en los delitos sexuales, que se tienen que erradicar las prácticas dirigidas a reducir la credibilidad de las declaraciones de las mujeres, así como eliminar y desmontar creencias afianzadas sobre el comportamiento «esperable» de las víctimas, entre muchos otros temas.

José Luis Ramírez Ortiz afirma que la perspectiva de género en el ámbito de la prueba cumple una función epistémica al permitir identificar y eliminar máximas de experiencia espurias y estereotipadas de género empleadas en la valoración de las pruebas. Este es sin duda un buen punto de partida para analizar la relación entre prueba y perspectiva de género: examinar las diferentes maneras en que los estereotipos de género inciden en el razonamiento probatorio.

Sin embargo, la perspectiva de género en el ámbito probatorio no se reduce a este aspecto. Su potencial es más amplio y comprende la prueba en general<sup>8</sup>. Prácticamente todos los temas y problemas probatorios serían susceptibles de examinarse con perspectiva de género: la concepción de los hechos en el proceso, los presupuestos

---

<sup>5</sup> CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, EA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007. CIDH, Informe de Fondo No. 89/08, *Inés Fernández Ortega y Otros*, México, 30 de octubre de 2008; Corte IDH, caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México (sentencia de 16 de noviembre de 2009); Corte IDH, caso Fernández Ortega y otros vs. México (sentencia de 30 de agosto de 2010; Corte IDH, caso Rosendo Cantú y otra vs. México (sentencia de 31 de agosto de 2010).

<sup>6</sup> Véase Recomendación General número 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia del Comité para la Eliminación de toda discriminación contra la mujer. Dicha recomendación contiene varios puntos y recomendaciones específicas sobre la prueba.

<sup>7</sup> Recurso de Suplicación núm. 0001027/2016. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS. Ponente Gloria Poyatos Matas.

<sup>8</sup> En este sentido, la perspectiva de género retoma la crítica feminista al Derecho por su carácter pretendidamente neutral, objetivo y avalorativo, planteando que esta visión refleja una perspectiva masculina, blanca, heterosexual, económicamente privilegiada y cisgénero que opera beneficiando a ciertos grupos, en detrimento de otros grupos históricamente afectados. Esta es la conocida crítica planteada por Catharine A. MacKinnon en su influyente ensayo titulado *Marxist, Method and the State: An agenda for Theory*. MACKINNON, 1982.

epistemológicos de la prueba, los problemas de percepción e interpretación de los hechos, la construcción social y normativa de los hechos jurídicamente relevantes, la calificación jurídica de los hechos, los enunciados generales empleados como máximas de la experiencia o reglas de la sana crítica, las inferencias probatorias, los poderes probatorios del juez, la valoración de las pruebas y el análisis de credibilidad, la relevancia de las pruebas, la admisibilidad y exclusión de las pruebas, las reglas de carga de la prueba, el estándar de prueba, las instituciones del derecho probatorio y las reglas de la prueba en general, la práctica de ciertas pruebas como el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la prueba testimonial, la construcción de historias y narrativas, las pruebas periciales y científicas y la enseñanza de la prueba<sup>9</sup>.

Las perspectivas feministas de las pruebas en Estados Unidos han analizado muchos de estos temas<sup>10</sup>. En nuestra tradición se podría hacer un trabajo análogo y los avances que se han hecho en otras latitudes podrían ser muy útiles para nuestros propios desarrollos en la materia.

De hecho, algunos de los planteamientos realizados por las perspectivas feministas de la prueba resultarán familiares para quienes suscriben una concepción racional de la prueba. En los siguientes párrafos mostraré cómo a partir de las propias herramientas conceptuales elaboradas por la concepción racional de la prueba se puede dar cuenta de la perspectiva de género en el ámbito de la prueba.

En este contexto, es importante destacar que la concepción racional de la prueba es en buena medida convergente con lo que se plantea desde las perspectivas de género feministas sobre la prueba. Pero esto dicho sin ningún ánimo de autocomplacencia. La perspectiva de género en el ámbito probatorio 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<sup>11</sup>.

Al igual que el objetivismo crítico o realismo crítico, 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

---

<sup>9</sup> Este es solamente un elenco de temas que podrían ser susceptibles de examinarse con perspectiva de género. No se está sugiriendo que la perspectiva de género justifique en todo caso la modificación de las cargas de la prueba o la modificación del estándar de prueba. Simplemente se plantea que estos temas pueden analizarse desde la perspectiva de género y examinar, por ejemplo, qué es lo que los tribunales hacen al pretender aplicar esta perspectiva y si resulta justificado o no.

<sup>10</sup> Un elenco de estos temas, con abundante bibliografía secundaria, puede encontrarse en Childs y Ellison (eds.), 2000. Un recorrido útil por la literatura feminista sobre la prueba puede encontrarse en ORENSTEIN, 1999.

<sup>11</sup> Véase al respecto NICOLSON, 2000.

discriminan a la mujer (por ejemplo, negándole autoridad epistémica mediante descuentos de credibilidad basados en estereotipos)<sup>12</sup>. 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<sup>13</sup>.

No es posible desarrollar en este momento todos estos puntos por lo que me limitaré a mostrar la manera en que las construcciones de género están presentes y pueden llegar a afectar nuestra percepción e interpretación de los hechos. Al respecto, la reconstrucción que ha planteado Daniel González Lagier puede servir para este propósito. Nuestra red de conceptos, categorías, recuerdos, teorías y máximas de experiencia (lo que Mosterín y González Lagier identifican como «el Transfondo») estaría también conformada por construcciones de género. Todos estos criterios «dirigen de algún modo nuestras percepciones y actúan como criterio de selección de los datos que recibimos» produciendo una dependencia de la percepción respecto de factores socioculturales (GONZÁLEZ LAGIER, 2013: 22). De este modo, la percepción no sería una actividad pasiva y desvinculada de los sujetos, «la percepción resulta afectada por el aprendizaje, la motivación, la emoción y todo el resto de características permanentes y momentáneas de los sujetos» (SANTORO, 1979: 78 ss.).

El caso de Mariana Lima, una mujer que fue víctima de feminicidio por su pareja, un policía judicial del Estado de México, puede servir para ilustrar el problema de las percepciones que refiere González Lagier y la función heurística de la perspectiva de género a la que alude Ramírez Ortiz. Este caso fue inicialmente tratado, investigado y archivado como si se tratara de un suicidio, atendiendo a lo que había planteado su pareja y victimario, así como sus compañeros investigadores, sin que se cuestionaran los hechos, se analizaran las pruebas, ni se examinara la muerte violenta de esta mujer con perspectiva de género<sup>14</sup>. Los agentes ministeriales percibieron e indagaron los hechos de manera sesgada y tomando como única hipótesis el suicidio. Nada de lo que percibieron (que el cuerpo de Mariana Lima presentara golpes, que parecería recién bañada, la forma en que se encontró su cuerpo, la existencia de un cordón con un nudo entre muchos otros hechos) les hizo pensar en otra hipótesis que no fuera la del suicidio.

La perspectiva de género estaría también presente en la interpretación de los hechos. Siguiendo nuevamente a González Lagier, interpretar un hecho consiste en subsumir un hecho individual en una clase de hechos. Tal operación de subsunción se lleva a cabo a partir de determinados criterios, conceptos, máximas de experiencia

---

<sup>12</sup> Véase FRICKER, 2007 y TUEKHEIMER, 2017.

<sup>13</sup> Es importante advertir que las epistemologías feministas no están exentas de críticas. Véase especialmente la crítica de HAACK, 1998.

<sup>14</sup> Amparo en revisión 554/2013. 25 de marzo de 2015. Primera Sala. Suprema Corte de Justicia de Justicia de la Nación. Véase también la tesis surgida de este asunto, con el rubro FEMINICIDIO. LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE LA INVESTIGACIÓN DE MUERTES VIOLENTAS DE MUJERES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR LAS DILIGENCIAS CORRESPONDIENTES CON BASE EN UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

con los que interpretamos el mundo. Estos criterios nos llevan a interpretar los hechos de un modo u otro, lo que pone de relieve la relatividad de las interpretaciones respecto del criterio, concepto o máxima empleada. «Es obvio –escribe González Lagier– que no todas las culturas comparten el mismo Transfondo, y es obvio que no lo hacen ni siquiera todos los individuos de una misma cultura. Qué nos asegura que sujetos distintos, pertenecientes a distintas culturas o incluso a una misma hagan interpretaciones coincidentes de un mismo hecho» (GONZÁLEZ LAGIER, 2013: 23).

La reconstrucción de González Lagier permite ilustrar cómo un mismo hecho puede ser interpretado de distintas maneras y que entre los criterios que utilizamos para llevar a cabo tales interpretaciones pueden estar presentes construcciones de género, sesgos, prejuicios, creencias, etc. Nuestras interpretaciones de los hechos, por tanto, son susceptibles de examinarse desde la perspectiva de género. Además, como advierte el propio González Lagier, «la percepción y la interpretación de los hechos no son procesos totalmente independientes, sino que se condicionan mutuamente».

El caso conocido como «los Porkys» puede servir para ilustrar la manera en que nuestras interpretaciones pueden estar sesgadas por estereotipos de género. En este caso, Daphne, una joven de 17 años fue víctima de abuso sexual, violación equiparada y violación. El Juez de Distrito que examinó el caso (un juicio de amparo en contra del auto de formal prisión por el delito de abuso sexual)<sup>15</sup> consideró que no se actualizaba el elemento de estado de indefensión establecido en la legislación entonces vigente del delito de abuso sexual en el Estado de Veracruz. Interpretó que los hechos ocurridos en el interior del vehículo al que se introdujo a Daphne no actualizaban la indefensión, pues a pesar de que Daphne fue introducida en un vehículo en el que viajaban cuatro varones, que se sentó en el asiento de atrás entre dos de ellos, que le quitaron el teléfono celular que llevaba y no sabía a dónde se dirigía y que, estando en el asiento trasero, uno de los sujetos que viajaban a su lado comenzó a manosearla y tocarle los pechos, mientras que el sujeto que viajaba al otro lado del asiento introdujo sus dedos en su vagina, ella pudo trasladarse al asiento de enfrente del vehículo en movimiento.

Adicionalmente, la perspectiva de género podría ilustrar no solo la interpretación de los hechos, sino la radicalización de los problemas de interpretación. Desde perspectivas posmodernas, algunos autores feministas sobre la prueba han llegado a afirmar que no hay hechos, sólo interpretaciones de los mismos (NICOLSON, 2000: 20). Sin llegar al punto de abrazar esta tesis, coincido con González Lagier en su análisis del escepticismo radical al señalar que habría «factores que ‘deforman’ e ‘impiden’ nuestra percepción de la realidad», desde «teorías y concepciones acerca del mundo o

---

<sup>15</sup> Art. 182. Código Penal para el Estado de Veracruz. A quien, sin llegar a la cópula o a la introducción vaginal, anal u oral, abuse sexualmente de un menor, agravando su integridad física o moral, en actos públicos o privados, aprovechándose de la ignorancia, indefensión o extrema necesidad económica o alimentaria, o de su estatus de autoridad respecto de la víctima, se le impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de hasta doscientos cincuenta días de salario.

algún aspecto del mismo, pero también valoraciones, intereses, factores psicológicos individuales, etc. » (GONZÁLEZ LAGIER, 2013).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra en el caso conocido como «la Manada» puede examinarse con perspectiva de género en distintos aspectos, incluyendo el tratamiento de los problemas de percepción e interpretación de los hechos que se producen al examinar el comportamiento de la víctima, las reacciones y gestos de los acusados, la descripción, análisis e interpretación de los vídeos en los que se registran los hechos o la valoración de la pruebas psicológicas del comportamiento de la víctima. Además, el caso de la Manada ilustra la radical divergencia de interpretaciones de los hechos que se dan en la sentencia y en el voto particular. Mientras que en la sentencia se plantea que en uno de los videos se puede apreciar a la víctima «agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando», en el voto particular los hechos son interpretados como una relación sexual consentida de carácter grupal. Nada de lo que observó e interpretó el Magistrado que emitió el voto particular lo llevó a sostener que existió un abuso sexual o una agresión sexual. ¿Cómo es que ante las mismas pruebas los Magistrados de la Audiencia Provincial de Navarra hayan llegado a interpretaciones radicalmente tan distintas?

La perspectiva de género podría servir para ilustrar, además, la manera en que las construcciones de género están presentes en la selección y formulación de los hechos jurídicamente relevantes. Como plantea Michele Taruffo, cuando se alude a un hecho en el contexto de los hechos jurídicamente relevantes a efectos de la decisión no se hace referencia a un dato absoluto «sino a una construcción lingüística y conceptual», «algo *artificial* que lleva la señal determinante del ‘constructor’ y de los presupuestos y los métodos que han guiado o condicionado la construcción» (TARUFFO, 2002: 108). Los hechos jurídicamente relevantes no serían solamente *law-laden* o *rule-laden* sino también *culture-laden* o *value-laden*.

En este sentido, el legislador selecciona y escoge qué hechos considera relevantes para la producción de ciertas consecuencias jurídicas (descartando otros), los formula de una determinada manera, determina qué hechos han de actualizarse para que se dé tal o cual consecuencia normativa. Es el legislador quien escoge y define que para cierta clase de delitos sexuales tiene que haber «ánimo lascivo» o que para acreditar la violencia intra-familiar se requería precisar y acreditar «circunstancias de tiempo, modo y lugar»<sup>16</sup> o la manera de definir qué se entiende por violencia e intimidación para los delitos sexuales. Los órganos jurisdiccionales, a su vez, determinan si ciertos hechos encuadran en los hechos jurídicamente relevantes a través de criterios que no serían neutros. La formulación de cada uno de estos elementos y la manera en que

<sup>16</sup> Este criterio fue adoptado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México en la jurisprudencia 1ª./J. 69/2006 de rubro DIVORCIO NECESARIO. CUANDO SE EJERCE LA ACCIÓN RELATIVA CON BASE EN LA CAUSAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, EN LA DEMANDA DEBEN EXPRESARSE PORMENORIZADAMENTE LOS HECHOS, PRECISANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN QUE OCURRIERON. Dicha jurisprudencia fue interrumpida en el año 2012.

se entienden y configuran resulta en una operación que lleva la marca de quien lo formula y de los presupuestos y esquemas con los que lleva a cabo tal formulación.

Un aspecto adicional en el que la relación entre prueba y perspectiva de género puede ser analizada es el papel de las generalizaciones empleadas en el razonamiento probatorio. Marylin MacCrimmon ha planteado que la tradición racionalista de la prueba se basa en el presupuesto de una competencia cognitiva universal («*the assumption of universal cognitive competence*») (MACCRIMMON, 1991: 36 ss.)<sup>17</sup>. Este presupuesto consiste en que habría un conjunto común de enunciados, un repositorio o respaldo común de conocimientos («*stock of knowledge*» o «*background knowledges*») con los que examinamos los hechos, el comportamiento humano, las actitudes de las personas, sus intenciones y su credibilidad. Dicho repositorio sería accesible a cualquier persona racional, de tal manera que cualquier persona llegaría a los mismos resultados.

La crítica a este presupuesto resultará familiar para quienes advierten el carácter vago, heterogéneo y en muchos casos infundado de los enunciados que los juristas suelen reconducir a la noción de máximas de experiencia o reglas de la sana crítica<sup>18</sup>. Sin embargo, MacCrimmon apunta a un aspecto que no suele ser advertido en los enfoques habituales sobre este tema, a saber, que muchas de las generalizaciones de sentido común que se emplean habitualmente en el razonamiento probatorio operan silenciando las experiencias de aquellas personas cuyo comportamiento no se adecua a la regla general.

De acuerdo con MacCrimmon, esta postura no tiene en cuenta que algunas de esas generalizaciones pueden no ser aplicables a las mujeres, o bien no a todas las mujeres en todas las circunstancias. Este tipo de generalizaciones son empleadas para examinar la credibilidad de los testigos, las inconsistencias en sus declaraciones, su comportamiento, la duda o inseguridad con la que hablan con independencia de la raza, género, edad o situación, asumiendo que todas las personas actúan, piensan o se comportan de la misma manera.

En palabras de MacCrimmon: «El presupuesto de una competencia cognitiva universal está en conflicto con la tesis feminista de que las diferentes experiencias y perspectivas de las mujeres no han sido incorporadas en la toma de decisiones jurídicas y que la incorporación de estas experiencias requiere de un examen autoconsciente y deliberativo de los esquemas y generalizaciones que operan en cada caso individual. No puede asumirse que las experiencias de las mujeres son parte del conocimiento de sentido común» (MACCRIMMON, 1991: 39).

Para corregir este problema MacCrimmon plantea por un lado que habría que sustituir enunciados supuestamente generales por enunciados y esquemas que tomen

<sup>17</sup> El *locus classicus* de esta postura es L. Jonathan Cohen, 1977, párrafo 74, p. 274. En la traducción en español véase COHEN, 2017: 242.

<sup>18</sup> Véase en este sentido el sugerente artículo «La sana crítica del juez, insana para el ejercicio de los derechos de las mujeres» de Martha Noya, 2016: 71-77.

en cuenta las experiencias de las mujeres y que sean sensibles a diferentes tipos de situaciones. Y por el otro, que deberían admitirse pruebas periciales encaminadas a cuestionar y desactivar creencias y mitos habituales pero infundados.

Recapitulando, la tesis de Ramírez Ortiz sobre la función epistemológica y heurística de la prueba es sin duda un buen punto de partida para examinar la relación entre prueba y perspectiva. Pero la perspectiva de género tiene un alcance y unas pretensiones más amplias al abarcar la prueba en general, sus normas, prácticas (formales e informales), instituciones y presupuestos.

### 3. TESTIGO ÚNICO Y EXIGENCIA DE CORROBORACIÓN

Ramírez Ortiz sostiene que la perspectiva de género no puede emplearse para dar mayor fuerza probatoria a la declaración de la víctima, por lo que en el supuesto de que solamente existiera su declaración, sin ninguna otra prueba que corroborara su dicho, no podría tenerse por acreditada la hipótesis acusatoria. A su juicio, esta exigencia estaría apoyada en el recelo que históricamente ha recibido el testimonio único y el que autores como Bentham, Pagano o Beccaria advirtieran los riesgos de fundar una sentencia en un testimonio único. Ramírez Ortiz considera que la exigencia de corroboración encontraría respaldo, además, en el tránsito de una concepción subjetiva de la prueba a un sistema de valoración racional de la prueba y en la introducción de la presunción de inocencia como mecanismo de prevención de la arbitrariedad. De estas premisas se seguiría que la única manera de asegurar una verdadera convicción racional de la prueba que deje de lado una convicción meramente subjetiva de la declaración de la víctima es exigir que esté corroborada con un dato probatorio externo y de fuente distinta a la propia declaración.

A mi modo de ver, el argumento que plantea el Magistrado Ramírez Ortiz sobre la exigencia de corroboración de la declaración de la víctima es susceptible de examinarse con perspectiva de género.

En primer lugar, en cuanto al respaldo histórico de su tesis, Ramírez Ortiz hace un recorrido sobre la historia del testigo único en general sin distinguir la clase de delito o el contexto en el que se aplicaría esta tesis, como si la historia del testigo único fuera homogénea, confluyera hacia el mismo punto y fuera aplicable para toda clase de delitos, incluyendo delitos en los que difícilmente puede esperarse que haya otras pruebas como en los casos de violación<sup>19</sup>. Un análisis histórico del testimonio único con perspectiva de género plantearía la necesidad de tener en cuenta el contexto, hacer un análisis diferenciado de los delitos a los que podría aplicarse esta regla, sus distintas clases de justificación y la manera en que un criterio de esta naturaleza podría afectar a las mujeres en general o a las mujeres en cierta clase de delitos.

---

<sup>19</sup> Un recuento histórico de la exigencia de corroboración en el delito de violación en Estados Unidos puede encontrarse en *The Rape Corroboration Requirement: Repeal Not Reform*, *The Yale Law Journal*, Vol. 81, No. 7 (Jun., 1972), pp. 1365-1391.

Pero más allá de lo anterior, si bien es cierto que Bentham y otros autores advirtieron con razón sobre los riesgos del testimonio único, también es cierto que al examinar la prueba testimonial, el propio Bentham sostenía que habría una disposición a creer en la palabra del testigo. «La disposición a creer es el estado habitual y el *no creer* constituye un caso de excepción; para negarse a creer hace siempre falta una causa especial» (BENTHAM, 2001: 27). En este sentido, Bentham sostenía que habría una presunción de que lo que dice el testigo es conforme con la verdad. Pero incluso aunque no hubiera tal presunción, la regla sobre la insuficiencia del testimonio único refleja una gran desconfianza hacia la declaración de la víctima.

En segundo lugar, a partir de las premisa de las que parte Ramírez Ortiz no se sigue su conclusión. En efecto, la valoración racional de la prueba y el aseguramiento de la presunción de inocencia son dos componentes necesarios de un sistema de prueba que se precie de ser racional. Pero de ello no se sigue que sea necesario exigir la corroboración de la declaración de la víctima. La valoración de la prueba testimonial en general y de la declaración de la víctima en particular presenta sin duda espacios de apreciación y de subjetividad por parte del juez, pero de esto no se sigue que haya que prescindir de su declaración o considerarla completamente subjetiva a menos que esté corroborada con un dato externo.

Además, Ramírez Ortiz no plantea la corroboración como un criterio para valorar la declaración de la víctima sino como una auténtica exigencia. La corroboración dejaría de ser un criterio para valorar la prueba para convertirse en una auténtica regla de decisión ante la falta de prueba. Una regla que contribuiría a dar un mayor beneficio de duda al acusado que el que deriva de la presunción de inocencia y que en caso de ausencia de corroboración conllevaría automáticamente a la absolucón. En este sentido, la perspectiva de género plantearía la necesidad de revisar la asignación del riesgo de error, incorporando en el análisis no solamente al acusado, sino también a las víctimas y las dificultades probatorias a las que se enfrentan en cierta clase de delitos como los delitos sexuales.

La exigencia de corroboración que plantea Ramírez Ortiz no opera aisladamente sino en conjunción con los criterios planteados por el Tribunal Supremo español para valorar la credibilidad de la víctima: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia de la incriminación<sup>20</sup>. Como advierte Ramírez Ortiz, estos criterios han sido entendidos en ocasiones como verdaderas exigencias no como simples pautas o criterios orientadores (lo que ha llevado a sostener que la presencia de los tres parámetros convierte la declaración en prueba de cargo suficiencia o a que la ausencia de uno de ellos invalida el testimonio). Tales criterios pueden ser entendidos como criterios unívocos que debilitan la credibilidad del testimonio, pasando por alto que pueden ser compatibles tanto con la hipótesis acusatoria como con la hipótesis de la defensa. Un mal entendimiento de estos criterios puede reforzar

---

<sup>20</sup> Estos criterios han sido tomados como modelos para examinar la declaración de la víctima en otras jurisdicciones como en el Perú. Acuerdo Plenario número. 2-2005/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia.

la idea de testigos modélicos. Para que un testigo sea creíble su declaración tiene que ser coherente, consistente, debe tratarse de un relato plausible, debe haber ausencia de odio, resentimiento, venganza o enemistad, etc.

Pero esto no debería ser así. El hecho de que haya algunas inconsistencias, modificaciones, o estados subjetivos no demerita necesariamente la credibilidad de las declaraciones de las víctimas. Que un relato sea considerado plausible o implausible depende en buena medida de la manera en que se interpreten los hechos y de los criterios empleados para llevar a cabo la interpretación<sup>21</sup>.

Como señala Jordi Nieva (NIEVA, 2010: 49-50): «el testimonio de la víctima puede no ser coherente, precisamente por el estrés postraumático», «es bastante sencillo que la víctima no pueda contextualizar parte de lo sucedido, y que tenga recuerdos solapados que le hagan incurrir en contradicciones», «y si por añadidura la víctima y el acusado se conocían personalmente, son esperables detalles oportunistas en la declaración de uno y otro». «Pero nada de ello es suficiente para dar por auténtico o falso el testimonio de cada uno». Precisamente por ello Nieva plantea que podría ser relevante acudir a una prueba pericial en materia de psicología, en el entendido de que si bien no es determinante, puede servir para valorar la declaración de la víctima en un mejor contexto.

Sin embargo, José Luis Ramírez Ortiz no solo advierte los problemas y márgenes de error que conlleva el análisis de la prueba psicológica sino que plantea que no elimina la necesidad de corroboración. La necesidad de someter a un juicio crítico la prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio no solo es aplicable a esta prueba, sino a las pruebas en general, pudiendo obtenerse algunos elementos en apoyo de la credibilidad de la víctima, sin que esto suponga que sean determinantes o infalibles.

En suma, adoptar como exigencia que la declaración de la víctima esté corroborada por datos externos y no como un criterio de valoración de la prueba puede traducirse en una regla que opere en detrimento de las víctimas y que no hace sino reforzar un escepticismo estructural hacia su credibilidad, al tiempo que refuerza la impunidad de cierta clase de delitos, como los delitos sexuales.

#### 4. CONCLUSIÓN

En este trabajo he querido realizar una aproximación inicial a la relación entre prueba y perspectiva de género a partir del texto de José Luis Ramírez Ortiz. Para ello he planteado tres puntos: (1) la conexión entre la perspectiva de género y las perspectivas feministas; (2) la potencial aplicación de la perspectiva de género a la prueba en general y (3) que la tesis sobre la exigencia de corroboración requiere examinarse con perspectiva de género. Es una regla que opera en detrimento de la víctima reforzando

---

<sup>21</sup> En relación con el análisis de credibilidad de relatos implausibles, véase JONES, 2002: 154 ss.

el escepticismo hacia su credibilidad. Con estos planteamientos no se ha pretendido ofrecer un análisis exhaustivo de la relación entre prueba y perspectiva de género, sino simplemente poner sobre la mesa la necesidad de reflexionar críticamente sobre este tema y de sugerir algunas preguntas para explorar esta relación.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- BENTHAM, J., 2001: *Tratado de las pruebas judiciales*, Granada: Comares.
- CHILS, M. ELLISON, L. (eds.), 2000: *Feminist perspectives on evidence*, Cavendish Publishing Limited.
- DI CORLETO, J. (ed.), 2017: «Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en los casos de violencia de género», en *Género y justicia penal*, Buenos Aires: Ediciones Didot.
- FUENTES SORIANO, O., 2009: *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel.
- , 2018: « Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías », en *Revista General de Derecho Procesal*, 44
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2013: *Quaestio facti*, Fontamara.
- HAAS, S., 1998, «Knowledge and Propaganda: Reflections of an Old Feminist » en *Manifesto of a Passionate Moderate*, The University of Chicago Press: 123-136
- KINPORTS, K., 1991: «Evidence Engendered», en *Illinois U. L. Rev.*, no. 2: 413 -456
- MACCRIMMON, M., 1991: «The social construction of reality and the rules of evidence », en *25 U. Brit. Colum. L. Rev.* 23: 36-50.
- MACK, K., 1993: «Continuing barriers to women's credibility», *Criminal Law Forum*, 4, 2: 327-353.
- MACKINNON C. A. 1982, « Marxist, Method and the State: An agenda for Theory», *Signs*, Vol. 7, No. 3: 515-544.
- NICOLSON, D, 2000, «Gender, epistemology and ethics: feminist perspectives on evidence theory», en *Feminist perspectives on evidence*, Cavendish Publishing Limited.
- NOYA, M. 2016. «La sana crítica del juez, insana para el ejercicio de los derechos de las mujeres», *Tinkazos. Revista Bolivariana de Ciencias*, núm. 39, pp.
- ORENSTEIN, A., 1999: «Feminism and evidence», en *Taylor, B, Rush, S and Munro, R. J. (eds), Feminist Jurisprudence, Women and the Law—Critical Essays, Research Agenda and Bibliography*, Littleton, Colorado: Fred B Rothman.
- RAMÍREZ ORTIZ, J., *Testimonio único de la víctima y perspectiva de género en el proceso penal de la presunción de inocencia, Quaestio facti*, xx
- TARUFFO, M., 2002: *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer, Trotta.
- TASLITZ, A., 1999: «Gender and race in feminine evidence policy: what feminism has to offer evidence law», en *Southwestern U. L. Rev.* 28, 171: 179–87.
- «The Rape Corroboration Requirement: Repeal Not Reform», 1972, en *The Yale Law Journal*, Vol. 81, No. 7: 1365-1391
- TUBERT, S., 2003: *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Cátedra.

CIENCIA PARA  
EL PROCESO



## CUANDO EL DERECHO ES POCO FIABLE: RESPUESTAS JURÍDICAS A LA PRUEBA DE HUELLAS DACTILARES LATENTES

Gary Edmond\*

Profesor de la Escuela de Derecho de la UNSW, Sidney, Australia  
g.edmond@unsw.edu.au

**RESUMEN:** A partir de casos reportados, este ensayo busca evaluar el impacto que han tenido en la respuesta jurídica que se ha dado a las pruebas mediante huellas dactilares latentes las reglas de admisibilidad, las garantías procesales (incluidas las apelaciones), los cambios en las reglas de admisibilidad y de procedimiento y el surgimiento de asesoramiento científico exógeno. Centrado en decisiones judiciales *reportadas* en cuatro jurisdicciones del *common law*, Inglaterra y Gales, Estados Unidos, Canadá y Australia, este ensayo examina la abrumadoramente complaciente respuesta a este tipo de prueba científico forense.

**PALABRAS CLAVE:** Huellas dactilares latentes; prueba dactilar; ciencias forenses; criterios de admisibilidad de la prueba; prueba pericial.

## UNRELIABLE LAW: LEGAL RESPONSES TO LATENT FINGERPRINT EVIDENCE

**ABSTRACT:** Drawing on reported cases this essay endeavors to assess the impact of admissibility rules, trial safeguards, changes to admissibility and procedural rules, and the emergence of exogenous

---

\* Esta investigación fue apoyada por el ARC (LP16010000). Me gustaría agradecer a Simon Cole por sus comentarios y sugerencias.

Traducción de Andrés Fuchs, revisada por Carmen Vázquez. Juan Carlos ([antonio.pastor@urjc.es](mailto:antonio.pastor@urjc.es)) y consultor de HSF. Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 30 de junio de 2017.

scientific advice, on legal responses to latent fingerprint evidence. Focused on *reported* decisions in four common law jurisdictions, namely England and Wales, the United States, Canada and Australia, the essay examines the overwhelmingly accommodating response to this forensic science evidence.

**KEYWORDS:** Latent fingerprint evidence; fingerprint evidence; forensic science evidence; admissibility rules; expert evidence.

**SUMARIO:** 1. Introducción (a una revisión histórica comparada). 1.1 Algunas advertencias.—2. Reconocimiento: admisión y uso temprano, desde 1909 a 1923 (en Canadá, no obstante, hasta 1946). 2.1. Inglaterra y Gales: *R v. Castleton* (1909) y *R v. Bacon* (1916). 2.2. Estados Unidos: *People v. Jennings* (1911) y *State v. Cerciello* (1914). 2.3. Australia: *Rex v. Blacker* (1910) y *R. v. Parker* (1912). 2.4. Canadá: una aberración temporal (hasta *R. v. Buckingham*). 2.5. Resumen.—3. Consolidación: Un siglo de impugnaciones no epistémicas (1909-1998 y después). 3.1. Admisibilidad y otras impugnaciones en los Estados Unidos. 3.2. Admisibilidad y otras impugnaciones en el Reino Unido. 3.3. Admisibilidad y otras impugnaciones en Australia y Canadá. 3.4. Resumen.—4. Nuevas reglas, «revoluciones» en la admisibilidad y condenas erróneas (1975 – 2009). 4.1. Estados Unidos: Las FRE (1975), los perfiles de ADN y Daubert (1993). 4.2. Inglaterra y Gales: La Comisión Real de Runciman, *R v Buckley* (1999), el Servicio de Ciencias Forenses, las *Criminal Procedure Rules*, las *Crimininal Practice Directions* y los informes forenses simplificados. 4.3. Canadá: *R. v. Mohan*, *R. v. Abbey* (y *White Burgess*) y condenas erróneas (por ejemplo, *Re Truscott* y las investigaciones de Kaufman y Goudge). 4.4. Australia: *Chamberlain* (y *Splatt*), la UEL y más de lo mismo. 4.5. A manera de reseña.—5. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN (A UNA REVISIÓN HISTÓRICA COMPARADA)

A partir de casos reportados\*, este ensayo busca evaluar el impacto que han tenido las reglas de admisibilidad, las garantías procesales de los juicios orales (incluidas las apelaciones), los cambios en las reglas de admisibilidad y de procedimiento y el surgimiento de asesoramiento científico exógeno en la reacción jurídica a las pruebas científico forenses, específicamente las pruebas de huellas dactilares latentes<sup>1</sup>. Partiendo en la primera década del siglo xx, y en la medida que comenzaban a conformarse oficinas de huellas dactilares en las democracias sociales más avanzadas, este ensayo analiza cómo los tribunales de primera instancia y los tribunales de apelación respondieron a la aparición de pruebas de huellas dactilares latentes en procesos penales y en las decisiones condenatorias. Centrado en decisiones judiciales *reportadas* en cuatro jurisdicciones del *common law*, Inglaterra y Gales, Estados Unidos, Canadá y Austra-

\* Nota de traducción: El autor se refiere a la serie de los «*Law Reports*» que compilan decisiones judiciales y proveen el grueso del derecho. Por ello, hemos decidido utilizar la expresión «casos reportados».

<sup>1</sup> Este ensayo se basa, y ojalá expanda las ideas e implicaciones incluidas en las obras de COLE (2001) y RISINGER (2000).

lia, este ensayo examina la abrumadoramente complaciente respuesta a este tipo de prueba científico forense, desde sus inicios hasta la actualidad<sup>2</sup>. A través de ejemplos se demuestra en este ensayo una insensibilidad jurídica persistente al conocimiento científico y la fiabilidad real de las pruebas dactilares.

Al mantener la atención en la admisión y en la forma de la prueba de huellas dactilares latentes a lo largo del siglo xx y más allá, en tanto que iban cambiando las normas jurisdiccionales de admisión y del procedimiento, en la medida en que se introducían nuevos procedimientos y tecnologías sobre huellas dactilares (por ejemplo el AFIS) y comenzaba lentamente la investigación científica sobre el tema, este análisis histórico permite evaluar en qué medida las salvaguardas jurídicas y los mecanismos probatorios permitieron a los abogados y a los jueces (y a otros responsables de la toma de decisiones) apreciar algunos de los problemas, limitaciones e incertidumbres emergentes de las pruebas de huellas dactilares latentes<sup>3</sup>. Es muy revelador que solo hasta el final del milenio encontremos los primeros intentos serios de cuestionar los presupuestos subyacentes a la prueba de huellas dactilares (en particular la importancia de la unicidad), el valor de los procedimientos empleados (por ejemplo, la cantidad de puntos y el ACE-V) y los reclamos sistemáticos sobre las identificaciones categóricas (o individualizaciones), junto con reclamos ubicuos sobre afirmaciones de obtención de resultados libres de errores<sup>4</sup>. No fue sino hasta finales del siglo xx, casi cien años después de que se admitiera y confiara en la prueba dactilar latente, que unos pocos tribunales comenzaron a considerar cuestiones epistemológicas –sobre su validez, su fiabilidad científica y la pericia de los examinadores de huellas dactilares<sup>5</sup>. Como veremos, estos desafíos de orientación epistemológica, que exponen una serie de descuidos y problemas metodológicos serios, casi no tuvieron impacto en la forma en que los tribunales siguieron admitiendo esta prueba pericial y en decenas de miles de casos penales se ha confiado en la prueba dactilar, a veces incluso como la única prueba para determinar la identidad y la culpabilidad del acusado.

---

<sup>2</sup> Las decisiones reportadas parecen apropiadas porque suelen ser los casos más relevantes y, quizás más importante, son el recurso con que cuentan los abogados, jueces, comentaristas legales e incluso (en diversos grados) los profesionales forenses para entender la ley y su importancia probatoria.

<sup>3</sup> AFIS se refiere a *Automated Fingerprint Identification System* [en español: Sistema Automático de Identificación Dactilar]. A veces el prefijo N es utilizado para referirse a sistemas nacionales– *i.e.* NAFIS.

<sup>4</sup> ACE-V es el método dominante para análisis de huellas dactilares. El acrónimo corresponde a «*Analysis, Comparison, Evaluation, and Verification*» [en español: análisis, comparación, evaluación y verificación].

<sup>5</sup> La discusión distingue entre impugnaciones sustanciales (o basadas en la epistemología) y otro tipo de impugnaciones a la prueba dactilar. Las impugnaciones sustanciales están generalmente enfocadas, aunque no exclusivamente, en la admisibilidad de este tipo de pruebas poniendo la atención en cuestiones metodológicas fundamentales, asociadas con el procedimiento científico y su nivel de certeza. El otro tipo de impugnaciones tiende a estar enfocada en cuestiones jurídicas o procesales, tales como si la prueba es admisible o no en consideración a las circunstancias en que fueron tomadas las huellas del acusado. La mayoría de las impugnaciones jurídicas no se preocupan del grado de certeza en la comparación de las huellas dactilares. Estas impugnaciones no es que sean menos importantes o tengan menos éxito, pero tienden a ser epistemológicamente superficiales y, por tanto, tienden a dar por sentado el valor probatorio de la prueba dactilar. (Las categorías son heurísticas y sus contornos no son siempre claros, teniendo grados de superposición).

Estas ideas son esclarecedoras, ya que sugieren que el escepticismo jurídico y garantías procesales como los interrogatorios cruzados, los expertos de la defensa, las directrices judiciales y las apelaciones, son incapaces de identificar, exponer o transmitir los problemas epistemológicos de la prueba de huellas dactilares. Incluso, permiten sugerir que los criterios jurídicos y similares para regular su admisibilidad y ayudar a la valoración de la *expertise*, pueden ser engañosos, mal utilizados o incluso ambos<sup>6</sup>. Por otra parte, los desafíos jurídicos (no epistemológicos) no han permitido a los abogados y jueces reconocer las debilidades de los procesos judiciales y las garantías procesales.

Como se verá, el método comparado resulta una herramienta poderosa para estudiar la *regulación* de la prueba dactilar latente. Con independencia de las reglas específicas y los procedimientos en uso en un determinado tiempo y lugar, nos encontramos con resultados sustancialmente similares en casi todos los casos que componen esta muestra<sup>7</sup>. Las respuestas jurídicas son sorprendentemente consistentes. La comparación también sugiere que en los Estados Unidos (pese a sus diversos problemas, uno de los importantes constituido por los recursos con que cuenta la defensa) parecen operar sistemas jurídicos abiertos a desafíos interesantes, aun cuando sus tribunales no estén particularmente dispuestos a la intervención<sup>8</sup>. Si hay otras jurisdicciones que están respondiendo a los problemas de las pruebas de huellas dactilares latente, sus reacciones son difíciles de discernir o han sido informales. Es más que obvio el valor que dichas «respuestas» para la comprensión y la rendición de cuentas sobre este tema.

### 1.1 Algunas advertencias

He seleccionado la comparación de huellas dactilares latentes por diversos motivos. Primero, siendo uno de los primeros procedimientos científico forenses, cuenta con una extensa historia jurídica que data desde principios del siglo xx en la mayoría de las jurisdicciones que analiza este trabajo<sup>9</sup>. Esta historia prominente permite observar cómo los tribunales han abordado la prueba dactilar a lo largo de un siglo, entre 1909 y 2018. Las respuestas jurídicas a la prueba dactilar son esclarecedoras, pues hasta hace poco la validez y la fiabilidad científica de la huella dactilar como medio para la identificación de un sujeto era incierta<sup>10</sup>.

Segundo, la comparación de huellas dactilares es algo así como un caso difícil. No es mi argumento explícito que la prueba dactilar sea una ciencia débil o ciencia basura. Al contrario, los nuevos estudios científicos vienen a reforzar las impresionantes (incluso extraordinarias) habilidades que tienen los peritos dactilares capacitados y

---

<sup>6</sup> MARTIRE y EDMOND, 2017. 41

<sup>7</sup> EDMOND et al, 2013.

<sup>8</sup> GIANNELLI, 2004 89.

<sup>9</sup> SENGGOPTA, 2003.

<sup>10</sup> Es decir, no conocida.

experimentados<sup>11</sup>. Esto significa que este trabajo se centra en (*lo que ahora se sabe que es*) un procedimiento demostrablemente válido. Sin embargo, este estatus solo se ha conseguido en la última década, cuando los científicos investigadores llevaron a cabo los primeros estudios de «caja negra» para medir el desempeño de los examinadores dactilares bajo condiciones controladas<sup>12</sup>. Los resultados de estos estudios, especialmente la incidencia del error, junto con la continua indiferencia de los examinadores a factores humanos (como los sesgos cognitivos) indican que la respuesta jurídica histórica a las pruebas dactilares *no* ha estado científicamente fundada<sup>13</sup>. Los decisores eran efectivamente ignorantes. Las decisiones estaban basadas en percepciones populares, en las afirmaciones de los examinadores dactilográficos y sus organizaciones y en las prácticas y experiencia jurídicas convencionales. En definitiva, este análisis sobre la prueba dactilar nos permite explorar la respuesta jurídica a un tipo de prueba pericial cuyo valor probatorio durante la mayor parte de su historia ha sido incierto. Esta es una historia de un éxito sutil y cualificado.

En tercer lugar, este trabajo está preocupado fundamentalmente por cuestiones epistemológicas. Es decir, por la investigación científica y los retos metodológicamente sofisticados que centran la atención en la validez, la fiabilidad científica, los estándares, la incertidumbre, el error y los sesgos cognitivos<sup>14</sup>. Se enfoca en los métodos (y los presupuestos) y el valor *conocido* de la prueba dactilar, no en aspectos específicos de casos individuales (y si las decisiones sobre coincidencias dactilares fueron correctas en cada caso)<sup>15</sup>. Como veremos, históricamente hay pocas impugnaciones sobre la admisibilidad y el uso de la prueba dactilar relacionadas con estos temas fundamentales. Durante todo el siglo xx, los retos para la prueba dactilar fueron *jurídicos* más que epistemológicos. Salvando pocas excepciones, se discutían criterios jurídicos y formas argumentativas. Eran formalistas y técnicos<sup>16</sup>. Si bien no hay nada novedoso en que los abogados y los jueces se impliquen con la legislación, las categorías y criterios jurídicos y la jurisprudencia, su persistente insensibilidad al conocimiento científico es una cuestión que exige nuestra atención.

Finalmente, este trabajo es especulativo. Está concebido ambiciosamente. Solo ofrece bocetos sugerentes de desarrollos sociales e institucionales relacionados e incluye ciertas lagunas. Sin embargo, al intentar entender algunas de nuestras prácticas de forma diacrónica, comparada (tanto con otras jurisdicciones como con otras áreas de conocimiento, como son las ciencias tradicionales) y empírica, nos da luces sobre asunciones, actitudes y prácticas jurídicas complacientes. Nos sugiere que podríamos estar en una mejor situación dados los recursos y conocimientos actualmente dispo-

<sup>11</sup> Véase e.g. TANGEN, THOMPSON y MCCARTHY, 2011 y ULERY, et. al., 2011.

<sup>12</sup> Donde la respuesta correcta es conocida previamente, a diferencia de los casos estudiados.

<sup>13</sup> DROR, 2006.

<sup>14</sup> Véase e.g. ERICA BEECHER-MONAS, 2007; SAKS y SPELLMAN, 2016; MARTIRE y EDMOND, 2017.

<sup>15</sup> En la gran mayoría de los casos no sabemos ni podemos saber si la decisión es correcta, así que dichas creencias – incluso si son verificadas – no constituyen una validación. Véase en general FAIGMAN, MONAHAN y SLOBOGIN, 2014.

<sup>16</sup> Véase JASANOFF, 1995.

nibles para las instituciones jurídicas y los decisores; y, a la vez, refuerza el legado de prácticas y compromisos pasados que, no obstante, son (in)justificables. Aunque esté enfocado en la prueba dactilar latente en las jurisdicciones adversariales más importantes (y en Australia), este trabajo podría también contribuir a la comprensión de la respuesta jurídica a otros tipos de ciencias forenses y al uso de la prueba científico-forense en otras jurisdicciones del *common law* (y más allá)<sup>17</sup>.

## 2. RECONOCIMIENTO: ADMISIÓN Y USO TEMPRANO, DESDE 1909 A 1923 (EN CANADÁ, NO OBSTANTE, HASTA 1946)

Esta sección presenta las primeras decisiones reportadas con prueba de huellas dactilares latentes en cada una de nuestras jurisdicciones. De esta manera, documenta el reconocimiento jurídico de la «ciencia de las huellas dactilares»<sup>18</sup>. Estos casos (en su mayoría apelaciones) no son necesariamente las primeras ocasiones en que se utilizaron pruebas de huellas dactilares para ayudar con la identificación de sujetos en investigaciones y procedimientos penales en nuestras jurisdicciones. Más bien, estos casos representan las primeras ocasiones en las que se cuestionó algún aspecto de la prueba dactilar, a menudo en apelaciones, como que un tribunal de primera instancia y/o de apelación consideró la admisibilidad o, como es más común, algún aspecto probatorio (por ejemplo, si una sola huella dactilar puede constituir prueba más allá de toda duda razonable). Estos son los primeros casos reportados y tienen variaciones. Incluyen cuestiones como si la prueba debe ser tratada como un hecho o como una opinión\*, o si el juzgador de los hechos puede comparar las impresiones de las huellas por sí mismo. En Australia un tribunal cuestionó las afirmaciones sobre la «unicidad» de los peritos de huellas dactilares y los jueces canadienses demostraron, al menos, una renuencia ocasional a admitir o usar en su decisión pruebas dactilares, incluso cuando el caso en general podría considerarse convincente (visto hoy en día). En cada jurisdicción se sostiene la admisibilidad de las pruebas dactilares y en la mayoría de las decisiones su valor probatorio se supone o se considera abrumador. Con la excepción temporal de Canadá, ninguno de los tribunales cuestiona o califica la identificación positiva alcanzada con pruebas dactilares usando huellas latentes.

<sup>17</sup> Los lectores interesados en tener una visión general de la comparación de huellas dactilares latentes, pueden consultar el informe de la AAAS (2017), Apéndice B. Disponible en: <https://mcmprodaas.s3.amazonaws.com/s3fs-public/reports/Latent%20Fingerprint%20Report%20FINAL%20914.pdf?i9xGSEyMHnIPLG6INIUYzB66L5cLdlb>

THOMPSON, et al, (2017) ('AAAS report').

<sup>18</sup> Esta y variaciones similares son comunes y frecuentes en Galton's *Fingerprints* (1892) y en las distintas ediciones de FBI, *The Science of fingerprints: Classification and uses* (2013).

\* Nota de traducción: Hay una regla general en el *common law* que establece que quien ofrece un testimonio solo puede decir lo que vio y no hacer inferencias a partir de ello o decir lo que piensa u opina. Cuando se trata, en cambio, de un testimonio experto, el perito sí puede hacer inferencias y/o dar su opinión al respecto. Por ello, a esta última se le identifica también como «*opinion evidence*», al igual que a algunas excepciones a la regla general para los testigos oculares.

## 2.1. Inglaterra y Gales: *R v. Castleton* (1909) y *R v. Bacon* (1916)

Las huellas dactilares fueron tempranamente utilizadas en investigaciones en Inglaterra desde 1902<sup>19</sup>. Se utilizaron para condenar a Harry Jackson por el robo de bolas de billar, donde la defensa cuestionó la perdurabilidad de las huellas dactilares, pero no su unicidad. Cole documenta las impugnaciones de la defensa en 1903 y 1905. Sin embargo, la primera impugnación inglesa sería parece haber ocurrido en el «juicio por asesinato de Deptford», donde «once crestas características coincidentes» fueron identificadas con Alfred Stratton, implicando a los hermanos Stratton en el caso. La defensa de los Stratton fue excepcional. Contrataron como peritos a John Garson, ex jefe de la Oficina de Antropometría de la *Scotland Yard* en la década de 1890, y a Henry Faulds, «uno de los pioneros del sistema británico de identificación mediante huellas dactilares»<sup>20</sup>. Los hermanos fueron declarados culpables y sentenciados a la horca, a pesar de las dudas del juez del juicio sobre las pruebas de huellas dactilares. Después del juicio, Faulds publicó una crítica sobre el «uso erróneo» de este nuevo y poderoso procedimiento en su *Guide to Finger-print Identification* (1905). Allí, expresó su preocupación por el creciente uso de la comparación de huellas dactilares por parte de la policía: «funcionarios subordinados sin capacitación en la observación científica» e institucionalmente susceptibles a sesgos<sup>21</sup>.

El primer caso reportado en nuestra muestra, y citado posteriormente por el resto de todas nuestras jurisdicciones, es el caso inglés *R v. Castleton*<sup>22</sup>. *Castleton* no discute sobre la admisibilidad de la prueba, sino más bien si una huella dactilar por sí sola puede ser suficiente para fundar una condena penal. Una vela que supuestamente tenía la huella de *Castleton* incrustada en la cera se encontró en la escena de un robo. El abogado de *Castleton* sugiere que la huella dactilar podría haber sido colocada allí por otra persona<sup>23</sup>. En uno de los pocos intercambios registrados, uno de los jueces de apelación preguntó: «¿Puede el prisionero encontrar a alguien cuyas huellas dactilares sean exactamente iguales a las suyas?»<sup>24</sup>. En un fallo extraordinariamente breve (reproducido en su totalidad a continuación), el Juez Presidente desestimó la apelación en nombre de la Corte de Apelaciones en asuntos penales:

Somos de la opinión de que esta solicitud debe ser evidentemente desestimada. Se ha sugerido que otra persona podría haber colocado estas huellas dactilares, pero esa sugerencia fue presenta-

<sup>19</sup> Usos jurídicos tempranos fueron registrados en 1892 en Argentina (caso Rojas), Francia en 1902 (Scheffer) y en India en 1905 (*Emperor v. Abdul Hamid*, 32 Indian Law Reports 759).

<sup>20</sup> Discutido en COLE, 2001.

<sup>21</sup> FAULD, *Guide to Finger-print Identification*, iii-v.

<sup>22</sup> Podemos notar que esta decisión sigue lo señalado en *The Report of the Commissioners on Finger-Prints*.

<sup>23</sup> Uno podría preguntarse si es que más que las huellas dactilares, en realidad la vela pudo haber sido «colocada por alguien más». En *Parker v. The King* (1912) 14 CLR 681, 156, el juez de Victoria se preguntaba si es que *Castleton* «pudo haberla llevado [la vela] a otro lugar, y después algún ladrón la llevó a la casa robada donde fue encontrada».

<sup>24</sup> En *Parker*, 155, el juez de Victoria se excusó, señalando que esta pregunta «no pudo haberse hecho seriamente».

da ante el jurado, que decidió sobre las pruebas que tenían ante ellos. Nuestra atención ha sido dirigida a las fotografías de las impresiones de las huellas dactilares. Observando el dedo medio en particular, así como el índice de la mano derecha, estamos de acuerdo con la prueba presentada por el experto en el juicio oral<sup>25</sup>.

Afirmando implícitamente su admisibilidad, el Tribunal defirió en el jurado la cuestión de la transferencia y confirmó el veredicto de culpabilidad y el valor probatorio de la prueba, basándose en cierta medida en su propia evaluación de las huellas dactilares.

Para 1909, en Inglaterra y Gales ya era admisible la prueba de huellas dactilares latentes para demostrar la identidad e incluso la culpabilidad de un sujeto. Apenas unos años más tarde, en un caso en que se discutía la condición del prisionero como un «delincuente habitual», el Tribunal en *R v. Bacon* aceptó la prueba ofrecida por un analista de huellas dactilares que señalaba que otros ocho delitos vinculados a nombres diferentes, pero con huellas dactilares similares fueron en realidad el trabajo de un solo hombre<sup>26</sup>. Después de *Castleton* (y *Bacon*), el interés jurídico inglés se trasladó a cuestiones más bien procesales, junto con cierto interés por la cantidad de puntos de coincidencia necesarios para identificar positivamente a una persona, como se analizará a continuación.

## 2.2. Estados Unidos: *People v. Jennings* (1911) y *State v. Cerciello* (1914)

*People v. Jennings* es el primer caso reportado sobre huellas dactilares en Estados Unidos<sup>27</sup>. La prueba dactilar jugó un papel fundamental en un caso que de otra manera habría sido simplemente una sólida acusación basada en pruebas circunstanciales. En la apelación, Jennings cuestionó la admisibilidad de la identificación por comparación de huellas dactilares latentes. Fue declarado culpable de asesinato, en un caso de robo donde el propietario de la vivienda fue asesinado a tiros durante una escaramuza con el intruso. Jennings fue arrestado esa noche poco después de los hechos. Fue vinculado a otros asaltos en la zona perpetrados esa misma noche y fue detenido en posesión de un arma de fuego y balas. Las balas eran de la misma marca y calibre que varias balas encontradas en la escena del tiroteo. Además, restos encontrados en los zapatos de Jennings calzaban con arena y gravilla encontradas al lado de una cama de la casa. Cuando fue arrestado, Jennings estaba herido y el bolsillo de su chaqueta roto. Durante un intento de robo en otra casa en el vecindario más temprano esa misma noche, el dueño había frustrado el asalto y en el forcejeo le rasgó el bolsillo de la chaqueta. Además, el relato de Jennings sobre lo que habría hecho esa noche era improbable e inconsistente con el testimonio recogido de aquellos a quienes supuestamente había visitado.

<sup>25</sup> *R v. Castleton* [1909] 3 Cr App R 74. Podría haber habido más de una huella dactilar que calzaba.

<sup>26</sup> *R v. Bacon* (1915) 11 Cr App R 90.

<sup>27</sup> *People v. Jennings*, 252 Ill. 534, 96 N.E. 1077 (1911).

Entonces vino la prueba dactilar. Las huellas de cuatro dedos de una mano izquierda fueron recuperadas de una barandilla adyacente al supuesto punto de entrada en la casa donde ocurrió el homicidio<sup>28</sup>. Encontradas en pintura aún húmeda, las huellas fueron fotografiadas y comparadas con las impresiones dactilares de Jennings<sup>29</sup>. Cuatro analistas de huellas dactilares (incluida una mujer y un miembro de la Real Policía Montada de Canadá, ambos capacitados por la Scotland Yard) declararon que las huellas coincidían.

Todos estos testigos expertos declararon en mayor o menor medida sobre el sistema de reconocimiento por huellas dactilares y las diversas marcas que se pueden encontrar en la mano humana, indicando que se han clasificado según las diversas formas de las marcas, incluidas las conocidas como «arcos», «anillos», «espirales» y «deltas».<sup>30</sup>

Dos de los testigos reportaron 14 puntos de coincidencia entre las huellas.

Al revisar la admisibilidad de las pruebas de huellas dactilares, la Corte Suprema de Illinois reconoció el «carácter incierto» de muchas pruebas de identificación<sup>31</sup>. La Corte explicó que las identificaciones mediante testigos oculares y por voz eran admisibles<sup>32</sup>. En cuanto a las fotografías de las huellas dactilares, para hacer la comparación, no había «ninguna duda» de «la exactitud de la prueba fotográfica»<sup>33</sup>. En cuanto a la admisibilidad de las imágenes, la Corte explicó que las fotografías y los rayos X habían sido inicialmente cuestionados, pero ahora son «admitidos sin duda»<sup>34</sup>. La Corte no pudo encontrar ninguna autoridad de los EE. UU. que se hubiese pronunciado sobre la admisibilidad de las pruebas dactilares latentes, pero aceptó que «las autoridades estándar sobre temas científicos que han discutido el uso de las huellas dactilares como un sistema de identificación, concluyen *que la experiencia ha demostrado que es fiable*»<sup>35</sup>. Esto se sustenta refiriendo al «origen antiguo» de este «sistema de identificación» y a su uso en los tribunales de la India, «varios países europeos» y «en Inglaterra ... desde 1891 *en miles de casos sin error*»<sup>36</sup>.

La Corte no solo estaba conforme, sino que además indicó que «no se puede negar que se conozcan judicialmente» pruebas de huellas dactilares latentes.

Estamos inclinados a sostener con base en la prueba de los cuatro testigos expertos que declararon y de los escritos a los que nos hemos referido sobre este tema, que existe una base científica para el sistema de identificación de huellas dactilares y que los tribunales están justificados para admitir

<sup>28</sup> Hacer una correspondencia con múltiples huellas dactilares con diferentes dedos de la misma persona disminuye considerablemente las posibilidades de error.

<sup>29</sup> Los primeros casos consistían generalmente en comparar las huellas de un sospechoso específico, en este caso Jennings, más que en buscar y comparar en algún registro público.

<sup>30</sup> Jennings, 1082.

<sup>31</sup> Jennings, 1081, en referencia al infame caso Tichborne en Inglaterra.

<sup>32</sup> Sin embargo, esta es prueba directa (*i.e.* sensorial).

<sup>33</sup> Jennings, 1081.

<sup>34</sup> Jennings, 1082. Más adelante se discutieron temas relacionados, Véase e.g. *U.S. v. Buck*, 1987 WL 19300.

<sup>35</sup> Jennings, 1081 (cursiva añadida).

<sup>36</sup> Jennings, 1081 (cursiva añadida). El uso europeo incluso llevó a que las agencias gubernamentales estadounidenses lo investigaran y posteriormente adoptaran.

este tipo de prueba; que este método de identificación tiene un uso tan común que los tribunales *no pueden negarse tenerlo en cuenta*.

...El testimonio de un experto es admisible cuando el objeto de la investigación es de tal carácter que solo las personas con habilidades y experiencia en él son capaces de formarse un juicio correcto sobre cualquier hecho relacionado con el mismo<sup>37</sup>.

La Corte consideró que «la clasificación de las impresiones de huellas dactilares y su método de identificación *es una ciencia que requiere estudio*»<sup>38</sup>. El jurado no estaba en posición de considerar las pruebas dactilares sin la ayuda de «testigos con *experiencia particular y especial* sobre este tema»<sup>39</sup>. La Corte consideró que la prueba pericial cumplía con el estándar de admisibilidad vigente y que los cuatro expertos en huellas dactilares estaban lo suficientemente calificados para declarar. En ese sentido, la Corte refiriéndose a *Castleton* se mostró consistente con la posición de Gran Bretaña, donde «las huellas dactilares podrían ser admitidas como prueba»<sup>40</sup>.

Sobre la cuestión de si los testigos podían declarar como un hecho que las huellas dactilares encontradas eran efectivamente de Jennings o si debía considerarse solamente como una opinión, el Tribunal concluyó que si bien:

es habitual que los testigos expertos declaren lo que creen o piensan, o si según su criterio tal cosa es cierta o no, no existe ninguna norma que les impida declarar sobre dichos temas. Corresponde al jurado determinar el peso que se le dará a su testimonio<sup>41</sup>.

Jennings fue posteriormente ejecutado.

Al igual que en Inglaterra, la prueba dactilar parece haber sido presentada y ocasionalmente cuestionada en procedimientos que pasaron inadvertidos en los reportes publicados<sup>42</sup>. Otra acusación contemporánea a *Jennings* ocurrió en *State v. Crispi* en 1911<sup>43</sup>. Este fue un caso por robo en el que se recuperó una huella dactilar de un panel de vidrio<sup>44</sup>. En *Crispi*, el juez (un tanto escéptico), el acusado y la mayoría de los miembros del jurado, fueron aparentemente persuadidos por una demostración en vivo ante ellos, donde el examinador de huellas dactilares realizó una compara-

<sup>37</sup> *Jennings*, 1082 (cursiva añadida). Esto suena como una forma temprana de declaración de hechos notorios. Véase también *State v. Cerciello*, 90 A. 1112, 1114 (N.J. 1914) donde los argumentos de la apelación versaban principalmente sobre la lupa usada por el jurado y la manera en que las huellas dactilares del acusado fueron obtenidas (para compararlas con aquellas encontradas en el arma homicida). Respecto al criterio de admisibilidad y la necesidad de dejar la calificación de la opinión experta al jurado, la Corte explicó que no podía «ignorar» las «tendencias científicas y progresistas de la época».

<sup>38</sup> *Jennings*, 1083 (cursiva añadida).

<sup>39</sup> *Jennings*, 1083 (cursiva añadida).

<sup>40</sup> *Jennings*, 1081.

<sup>41</sup> *Jennings*, 1083.

<sup>42</sup> Estos juicios en los EE. UU, Inglaterra y otros lados fueron cubiertos de manera irregular por la prensa, incluyendo a veces detalles relevantes de los casos.

<sup>43</sup> Discutido en Cole, 2001: 181-185. Se buscaron ladrones conocidos en los registros de huellas dactilares existentes para compararlas con la huella dactilar latente encontrada en el panel de vidrio de la casa allanada.

<sup>44</sup> La defensa cuestionó la necesidad de un testigo experto para interpretar las huellas dactilares.

ción e identificó una huella dactilar con una muestra de uno de los 12 jurados<sup>45</sup>. En respuesta a la prueba dactilar (y la demostración realizada por el experto), el acusado se declaró culpable y, por lo tanto, no hubo revisión de la decisión de admisibilidad o de la condena<sup>46</sup>.

Las próximas referencias a pruebas dactilares las encontramos en Nueva Jersey. Las huellas dactilares latentes fueron parte de un caso en contra de un recolector de basura acusado de violación en *State v. De Geralmo*<sup>47</sup>. Ni la admisibilidad ni el valor probatorio de las huellas dactilares recuperadas y que calzaban con De Geralmo fueron cuestionadas. La apelación ante la Corte Suprema fue confirmada por la insatisfactoria manera en que la coartada del acusado se sometió al jurado, en términos de prueba suficiente y duda razonable. La segunda impugnación relevante reportada en Estados Unidos ocurre en *State v. Cerciello*<sup>48</sup>.

Cerciello fue declarado culpable de matar a su joven esposa con un hacha. El caso en su contra fue circunstancial, basado en huellas de zapato encontradas en el suelo adyacente al cuerpo, un botón (parecido a uno que faltaba en la ropa de Cerciello) encontrado cerca del cuerpo, declaraciones de intención (que involucran un hacha), confesiones hechas a otros prisioneros después de su detención, junto con huellas dactilares latentes en sangre encontradas en el hacha recuperada de la escena del crimen. El motivo fue la supuesta infidelidad de la esposa. Cerciello apeló cuestionando la admisibilidad de las pruebas de huellas dactilares latentes y la entrega de lupas a los jurados. Las lupas fueron utilizadas por el examinador de huellas dactilares «en el juicio oral para ayudar a detectar lo que supuestamente era la impresión de las huellas dactilares del acusado en el hacha». Aunque las lupas supuestamente eran más poderosas que las utilizadas por el público en general la Corte “no pudo entender cómo su admisión lo perjudicó”<sup>49</sup>.

La comparación y la identificación de las huellas dactilares fue impugnada de dos maneras. El acusado impugnó la admisibilidad de la prueba dactilar y, como presagando muchas futuras discusiones, cuestionó las circunstancias en que se obtuvieron las impresiones de huellas del sospechoso. A falta de una legislación sobre el tema y no obstante existir reglas contra la provisión involuntaria de pruebas (lo que lo convierte en «un testigo contra su voluntad»), la Corte consideró que era aceptable haber obtenido subrepticamente las huellas dactilares del prisionero, habiéndolo hecho firmar un documento.

---

<sup>45</sup> Cabe señalar que la demostración ante el tribunal, que atribuye una huella dactilar específica a uno de los doce posibles candidatos del jurado, no es un apoyo particularmente convincente para las reclamaciones sobre unicidad o identificación positiva con la exclusión de todas las demás personas.

<sup>46</sup> Quizás, al igual que en muchos de los primeros casos en los que se utilizaron detectores de mentiras, la prueba dactilar puede haber fomentado confesiones de culpabilidad. Véase Alder, 2007 y Bunn, 2012.

<sup>47</sup> *State v. De Geralmo*, 82 Atlantic Rep. 643 (1912).

<sup>48</sup> *State v. Cerciello*, 90 Atlantic Rep. 1112 (1914).

<sup>49</sup> *Cerciello*, 1114.

De una revisión de la declaración, no consideramos que se haya violado dicha garantía procesal... Lo que hizo en el momento en que se sometió a pedido de los oficiales. La escritura de la carta que resultó en la impresión de sus huellas dactilares fue a nuestro juicio voluntaria de su parte, ya que obviamente no se utilizaron amenazas para obligarlo a hacerlo<sup>50</sup>.

En cuanto a su admisibilidad, si bien la identificación por huella digital «no es totalmente *res nova* en principio, en su aplicación práctica en el procedimiento penal en esta jurisdicción es esencialmente novel»<sup>51</sup>. La Corte explicó la admisibilidad de las pruebas de huellas dactilares en los siguientes términos «progresistas»:

En principio, su admisión como prueba jurídica se basa en la teoría de que la evolución en los asuntos prácticos de la vida, según la cual las tendencias progresistas y científicas de la era se manifiestan en todas las demás actividades humanas, no puede ser ignorada por el proceso judicial, así el ordenamiento jurídico en sus esfuerzos por hacer cumplir la justicia mediante la demostración de un hecho en cuestión, permitirá la prueba de aquellos procesos científicos que sean el trabajo de hombres educados y hábiles en sus respectivas actividades y los aplicará a la demostración de un hecho, dejando enteramente a la consideración del jurado el peso y los efectos que se le dará al esfuerzo y sus resultados. ... Los ejemplos son numerosos y los libros están repletos de casos en los que esta regla, surgida y aplicada *ex necessitate*, y basada insipientemente en la máxima del derecho civil «*cuilibet in sua arte perito est credendum*», que exhibe una de las reglas generales de la prueba, ha sido aplicada en una variedad de casos, desde la época más temprana reportada de la *common law*, para dilucidar y demostrar hechos controvertidos y elusivos<sup>52</sup>.

En favor de su admisión, la Corte se refirió a la admisibilidad de la opinión de un especialista en grabados de sellos sobre «si una impresión fue tomada a partir de un sello original o de una impresión», de la opinión de «un experto en caligrafía» e incluso de la admisión de impresiones fotográficas. También observó que los tribunales habían permitido previamente testimonios sobre el parecido coincidente de una huella sangrienta de la mano de un acusado y «una comparación entre el tamaño y la forma de los zapatos y las huellas de un acusado hallados cerca de la escena de un asesinato»<sup>53</sup>. La prueba dactilar, así como experiencia de los examinadores fue declarada admisible. Sin embargo, la Corte dejó a la determinación del jurado el «peso del ... testimonio y su importancia como prueba en el caso»<sup>54</sup>.

Poco después de estos casos, en 1923, un tribunal federal dictó lo que a menudo se describe como un importante criterio de admisibilidad para la prueba pericial, en un caso relacionado con un primitivo detector de mentiras. Al excluir esta prueba en *Frye v. EE. UU.* (1923), el Tribunal de Apelaciones de D.C. adoptó el siguiente criterio:

Es difícil de determinar el momento exacto en que un principio o descubrimiento científico cruza la línea entre su etapa experimental y la ya demostrable. En algún punto de esta zona gris se debe reconocer el valor probatorio de este principio o descubrimiento, y si bien los tribunales

<sup>50</sup> *Cerciello*, 1115.

<sup>51</sup> *Cerciello*, 1114.

<sup>52</sup> *Cerciello*, 1114.

<sup>53</sup> *State v. Miller*, 60 Atl. 202 (1905); *State v. Morris*, 84 N.C. 756 (1881) (no se necesitó ningún experto para comparar las huellas de zapatos en el suelo).

<sup>54</sup> *Cerciello*, 1114.

admitirán el testimonio de expertos sobre un descubrimiento o principio científico bien reconocido, el asunto a partir de la cual se hace la deducción debe estar suficientemente establecido y haber ganado la aceptación general en el área particular a la que pertenece<sup>55</sup>.

Curiosamente, no hay impugnaciones de admisibilidad asociadas con la introducción del criterio de la «aceptación general» para las pruebas de huellas dactilares latentes hasta finales de los años sesenta<sup>56</sup>.

### 2.3. Australia: *Rex v. Blacker* (1910) y *R. v. Parker* (1912)

Los dos primeros casos reportados en Australia, uno en cada uno de los estados más poblados, ilustran lo temprano que se movió el foco principal más allá de la admisibilidad del uso de fotografías y si una huella dactilar por sí sola podría ser prueba suficiente para identificar a una persona más allá de toda duda razonable. Al igual que en Inglaterra y Gales, en tan solo unos pocos años la admisibilidad de las pruebas de huellas dactilares latentes parece haberse dado por sentada; solo algunos de los procedimientos y prácticas asociadas a la prueba dactilar generaron impugnaciones ocasionales abordadas en las decisiones reportadas.

El caso en *R. v. Blacker* trata sobre un asalto sufrido por un jardinero de un mercado chino, en el que le saquearon su cabaña y le robaron dinero en efectivo de una caja. Una huella dactilar latente encontrada en la caja fue comparada con el pulgar de Blacker. Usando una «poderosa lupa» el subinspector de policía Childs identificó 14 puntos de similitud entre las muestras y concluyó que la impresión dactilar en la caja había sido hecha por el pulgar de Blacker<sup>57</sup>. Blacker fue condenado. La discusión promovida en este caso fue si las fotografías ampliadas de las huellas dactilares latentes y de las impresiones tomadas a Blacker eran admisibles. La defensa cuestionó la admisibilidad de las ampliaciones de las imágenes, ya que ninguna de las imágenes ampliadas capturaba del «todo» las huellas ni la latente ni la muestra de Blacker. Más

<sup>55</sup> *Frye v. U.S.*, 293 F. 1013 (D.C. 1923).

<sup>56</sup> El primer tribunal federal en considerar la prueba dactilar con el criterio *Frye* (en los reportes de Westlaw) es *People v. King*, 266 Cal.App.2d 437 (1968). Véase también *Reed v. State*, 283 Md. 374 (1978); *State v. Lawshea*, 798 S.W.2d 198 (1990); *Wilson v. State*, 574 So.2d 1324 (1990); *Com. v. Ghee*, 414 Mass. 313 (1993). No hay casos reportados de decisiones federales pre-FRE (i.e. pre-1975) que consideren la admisibilidad de la prueba dactilar conforme al estándar *Frye*. Sin embargo, véase *U.S. v. Piccinonna*, 885 F.2d 1529 (11th Cir. 1989): «En general, no se ha confiado en el estándar *Frye* para la admisión de pruebas tales como huellas dactilares, balística, toxicológicas ni radiografías» y *Cain v. United States*, 2017 WL 3840258: «A los expertos en huellas dactilares se les ha permitido habitualmente declarar en este distrito. El Cuarto Circuito ha dicho: «Si bien los principios que subyacen a la identificación de huellas dactilares no han alcanzado el estatus de ley científica, aun así tienen el sello de una fuerte aceptación general, no solo en la comunidad de expertos, sino también en los tribunales». *United States v. Crisp*, 324 F.3d 261, 268 (4th Cir. 2003) (casos citados). De hecho, el Cuarto Circuito ha reconocido que «prácticamente todos los Circuitos y tribunales de distrito, tanto antes como después de *Daubert*, tienen una larga tradición de permitir que los examinadores de huellas dactilares expresen sus opiniones y conclusiones, sujeto a un riguroso interrogatorio cruzado».

<sup>57</sup> *R. v. Blacker* [1910] SR (NSW) 357, 358.

bien, la ampliación se centraba exclusivamente en la parte específica utilizada para la comparación. Las fotografías de las impresiones completas, no ampliadas, se admitieron junto con las ampliaciones parciales.

En cuanto a las pruebas de huellas dactilares, el Magistrado Presidente de Nueva Gales del Sur no tenía dudas respecto su admisibilidad<sup>58</sup>.

Esta nueva *ciencia de identificación* por huellas dactilares se basa en experimentos que muestran que la parte del cuerpo con mayor probabilidad de permitir la identificación de una persona sin probabilidad de error es la parte bulbosa del pulgar, y si se encuentra que existe similitud, la prueba es muy confiable. En el presente caso, la prueba ofrecida por el experto mostró que la similitud era lo suficientemente fuerte como para justificar la admisión de la prueba sobre el punto<sup>59</sup>.

Al igual que el jurado, el Magistrado Presidente y sus colegas consideraban que las huellas dactilares habían sido hechas por la misma persona.

En relación con las ampliaciones parciales, la Corte aceptó que «todas las marcas en las que se basaron las pruebas para la identificación fueron presentadas»<sup>60</sup>. Las ampliaciones fueron necesarias «para ilustrar y explicar lo que de otra manera el jurado no podría ver por sí mismo» y para permitir que «la prueba ofrecida por el experto ... fuera comprobada»<sup>61</sup>. La omisión de algunas marcas circundantes, aparentemente borrosas y que no fueron utilizadas para realizar la comparación, era jurídicamente irrelevante ya que el acusado no pudo demostrar que la porción utilizada «era insuficiente»<sup>62</sup>. El Magistrado Presidente insistió en que la prueba dactilar «fue cuidadosamente ofrecida y debidamente comprobada». En particular, el jurado fue «cuidadosamente advertido por el experimentado juez en cuanto al riesgo de error al que es susceptible esta clase de pruebas» y «se tomaron todas las precauciones para evitar que se transmitiera cualquier impresión errónea al jurado»<sup>63</sup>.

Al igual que el caso *Jennings* en EE. UU, *R. v. Parker* generó una apelación más detallada respecto a algunas de las cuestiones relacionadas con la introducción de pruebas dactilares. *Parker* es otro caso que no se enfoca directamente en la admisibilidad de las pruebas de identificación. La apelación de *Parker* fue sobre el valor de la prueba, sus riesgos y la suficiencia de una sola huella dactilar latente para probar los hechos delictivos. *Parker* es un caso atípico si tomamos en cuenta nuestra muestra de casos, ya que a pesar de que la mayoría de los jueces consideró que las pruebas dactilares eran admisibles y convincentes, el Magistrado Presidente de Victoria estaba en desacuerdo.

*Parker* fue declarado culpable de irrumpir en un almacén y robar joyas de una caja fuerte. Se obtuvo una huella dactilar latente de una botella de cerveza de jengibre

<sup>58</sup> *Blacker*, 360.

<sup>59</sup> *Blacker*, 360 (cursiva añadida). No se hace referencia a experimentos ni a pruebas que respalden que la parte bulbosa del pulgar sea el dato más útil para la comparación dactilar.

<sup>60</sup> *Blacker*, 361.

<sup>61</sup> *Blacker*, 361. Confróntese con *Bennett v. Police* [2005] SASC 167 (discutido *supra*), donde no se exige como requisito proveer imágenes o marcas del examinador.

<sup>62</sup> *Blacker*, 361-2.

<sup>63</sup> *Blacker*, 360.

ubicada al lado de la caja fuerte. Tanto una fotografía de la huella latente encontrada como una fotografía del dedo medio de Parker fueron ampliadas y admitidas en juicio oral. El detective Potter, a cargo de la oficina de identificación de huellas dactilares, declaró sobre el parecido y «señaló al jurado nueve puntos de similitud», así como cicatrices que supuestamente aparecían en ambas imágenes<sup>64</sup>. Su declaración fue resumida del siguiente modo:

... él había concluido que el dedo del prisionero debió haber hecho la impresión dactilar en la botella. Había examinado decenas de miles de huellas dactilares y nunca había encontrado dos iguales. Las marcas en los dedos de una persona siguen siendo las mismas durante toda su vida. El inspector Child, de la policía de Nueva Gales del Sur, declaró en el mismo sentido. No hay dos personas con las mismas huellas dactilares<sup>65</sup>.

El inspector Childs (de *Blacker*) «declaró en el mismo sentido»<sup>66</sup>. El jurado lo declaró culpable, pero el abogado defensor solicitó que el Tribunal de Apelaciones considerara si el «parecido entre las huellas dactilares ... es suficiente para respaldar una condena»<sup>67</sup>. Tres jueces consideraron esta pregunta, dos decidieron que sí podía. La mayoría señaló que «no se ha sugerido que esta prueba haya sido erróneamente admitida»<sup>68</sup>. Al reflexionar sobre las pruebas dactilares, el Magistrado Hodges consideró que en términos de identificación y en comparación con la prueba de testigos oculares, las huellas dactilares:

son la prueba de identificación más sólida, más satisfactoria y más concluyente que podría producirse y, por lo tanto, ... una prueba de identificación mediante huellas dactilares puede ser sin duda suficiente para justificar la condena del acusado<sup>69</sup>.

Continuó,

En mi opinión quizás sea la prueba más segura de todas, dado que no depende de las impresiones causadas por un vistazo momentáneo, si no que la impresión queda registrada y el jurado puede ver y juzgar por sí mismo la comparación de las huellas dactilares, siendo el experto simplemente una ayuda para permitir que el jurado juzgue por sí mismo la prueba<sup>70</sup>.

Hodge estaba convencido de que presentar las imágenes al jurado y permitir el interrogatorio cruzado era el camino «apropiado». Debido a que no había visto ni escuchado el interrogatorio cruzado, no pudo señalar «si ... hubiese coincidido» con el resultado<sup>71</sup>. El Magistrado Cussen explicó: «parece que esto es lo que se ha establecido, que hay un grado muy alto de probabilidad de que la huella dactilar atribuida al prisionero fue hecha por su dedo»<sup>72</sup>. No había ningún requisito adicional de que

<sup>64</sup> *Parker v. The King* (1912) 14 CLR 681, 682.

<sup>65</sup> *R. v. Parker* [1912] VR 152, 153.

<sup>66</sup> *Parker*, 153.

<sup>67</sup> *Parker*, 153.

<sup>68</sup> *Parker*, 157.

<sup>69</sup> *Parker*, 158.

<sup>70</sup> *Parker*, 158.

<sup>71</sup> *Parker*, 159.

<sup>72</sup> *Parker*, 161.

la prueba dactilar fuera corroborada por otra clase de pruebas, por lo que se confirmó la condena.

En su voto disidente, el Magistrado Presidente advirtió el «extremo riesgo» de permitir una condena basada únicamente en la prueba dactilar:

El extremo peligro de llegar a tales conclusiones me obliga a no postergar mi opinión. Se nos pide que aceptemos como un hecho científico establecido la teoría de que la correspondencia entre dos grupos de huellas dactilares es una prueba concluyente de la identidad de la persona que hizo esas impresiones, sobre la misma base que la proposición de Euclides y otros asuntos científicamente avalados y universalmente aceptados como probados lo están. Si la teoría de la identificación mediante huella dactilar estuviese reconocida generalmente por los científicos sobre dicha base, no habría nada más que decir. Se dice que las marcas en los dedos de cualquier individuo conservan sus características especiales desde la cuna hasta la tumba, y también que las marcas en los dedos de dos personas nunca serán iguales, por lo que la correspondencia absoluta entre una huella dactilar y las marcas en la mano de una persona son una prueba inequívoca de que él es la persona que realizó tal impresión dactilar.

Mi dificultad surge del hecho de que el tema de las huellas dactilares no ha sido estudiado lo suficiente como para permitir que estas proposiciones sean consideradas como hechos científicos. Las huellas dactilares han sido estudiadas por el Sr. Bertillon en Francia desde un punto de vista antropométrico y por Sir Francis Galton y algunos otros, sin duda personas altamente inteligentes, desde el punto de vista de simples observadores. Pero el tema no ha sido investigado por los científicos en general como para que podamos decir que las proposiciones en que se basa la Corona son hechos científicos aceptados<sup>73</sup>.

También estaba la cuestión sobre la honestidad y la confianza. El Magistrado Presidente Madden se refirió a ser dependiente del «ipse dixit» del examinador<sup>74</sup>. ¿Cómo podría el abogado durante el interrogatorio cruzado o el jurado valorar si entre las 29.000 personas supuestamente examinadas por el experto no había «dos iguales»?<sup>75</sup>. «¿Cómo podría ser comprobada su prueba?». El Magistrado Presidente no estaba personalmente convencido de que «haya habido alguna similitud» entre la huella latente y el dedo de Parker<sup>76</sup>. Asimismo, calificó la decisión del Tribunal de Apelaciones inglés en *R. v. Castleton* como «muy insatisfactoria», señalando que no se había llamado a quienes habían comprado y entregado la cerveza de jengibre y que no se había excluido la posibilidad de que el prisionero hubiera tocado inocentemente la botella. El presidente del Tribunal pensó que el caso no debería haber sido decidido por un jurado.

A pesar de la decisión dividida en la Corte, todos los jueces estuvieron de acuerdo en que «la declaración hecha por los peritos de que no puede haber dos huellas dactilares idénticas no debió haber sido admitida porque ... su conocimiento o el conocimiento de cualquier otra persona sobre el tema no profesa estar basado en ninguna ley universal, sino que es meramente empírico»<sup>77</sup>. Es decir, estaba basado

<sup>73</sup> *Parker*, 154.

<sup>74</sup> Esta expresión se repite en *Kumbo Tire Co. Ltd. v. Carmichael* 526 U.S. 127 (1999).

<sup>75</sup> *Parker*, 154.

<sup>76</sup> *Parker*, 155.

<sup>77</sup> *Parker*, Madden CJ (155), Cossens J. (159) y Hodge J. (158).

en la experiencia personal. El Magistrado Cussen indicó que los examinadores de huellas dactilares podrían identificar las diferencias (con fines de exclusión), pero en lo que respecta a las similitudes, simplemente podrían señalarlas al jurado para su consideración; en ausencia de conocimiento sobre su incidencia o unicidad.

Blacker y Parker presentaron recursos de revisión ante la Corte Suprema de Australia. Ambas solicitudes fueron rechazadas sumariamente. Durante los alegatos en Blacker, el abogado planteó el tema de la ampliación de parte de la huella dactilar y la posibilidad de que «la parte omitida pudiera haber mostrado que las impresiones eran diferentes». El asunto quedó en el aire<sup>78</sup>. Al desestimar la solicitud en Parker, el Magistrado Presidente hizo una analogía entre las huellas dactilares y las firmas.

Las firmas han sido aceptadas como prueba de identidad desde que se han comenzado a utilizar. El hecho de la individualización de las corrugaciones de la piel en los dedos de la mano humana es tan generalmente reconocido en la actualidad, que requiere muy poca o ninguna prueba, aunque parece ser todavía una práctica común ofrecer peritos sobre el punto. Una huella dactilar es, por tanto, en realidad una firma infalsificable. Esto es reconocido en gran parte del mundo y en algunas partes, creo, ha sido reconocido durante muchos siglos. Sin duda, es generalmente reconocido en Inglaterra y en otros lugares de los Dominios británicos<sup>79</sup>.

Después de Blacker y Parker, las pruebas dactilares no solo eran admisibles, sino que por sí solas constituían prueba más allá de toda duda razonable. Además, la proscripción unánime de las afirmaciones sobre la unicidad de las huellas dactilares de la Corte Suprema de Victoria parece haber tenido una vida muy corta. La Corte Suprema parece haber sido satisfecha con «la individualidad de las corrugaciones de la piel en los dedos»<sup>80</sup>.

#### 2.4. Canadá: una aberración temporal (hasta *R. v. Buckingham*)

Las decisiones reportadas de Canadá aparecen más tarde que en las otras jurisdicciones analizadas. La RCMP participó en la comparación de huellas dactilares latentes desde las primeras décadas del siglo xx, como confirma la aparición de un oficial de la RCMP al otro lado de la frontera en *People v. Jennings*. De hecho, la temprana legislación canadiense se refiere al Sistema de Señalización de Bertillon y la recopilación y comparación de huellas dactilares fue autorizada a partir de 1908<sup>81</sup>. Sin embargo, las decisiones reportadas comienzan apenas en la década de 1930 y en tales decisiones se puede observar que hasta el final de la Segunda Guerra Mundial los jueces canadienses (al menos ocasionalmente) fueron más cautelosos respecto las pruebas dactilares que los tribunales de las otras jurisdicciones analizadas.

<sup>78</sup> *Blacker v. The King* (1910) 10 CLR 604, 606.

<sup>79</sup> *Parker v. The King* (1912) 14 CLR 681, 683.

<sup>80</sup> *Parker*, 683.

<sup>81</sup> *Identification of Criminals Act*, RSC, 1927, cap. 38. Discutido en *R v. De'Georgio and Servello* [1934] 3 WWR 374, [16]-[17].

Entre los primeros casos reportados encontramos *R. v. De'Georgio y Servello*, donde el juez desestimó una acusación por el allanamiento a una tienda durante la noche, que se basaba principalmente en pruebas de huellas dactilares latentes<sup>82</sup>. El caso contra los acusados fue circunstancial. Aparte de la huella dactilar latente recuperada desde el interior de la tienda, la policía decía haber observado a De'Georgio y Servello «vagando por la ciudad ... aparentemente sin rumbo», sangre en la caja registradora, un corte en el dedo de Servello y la presencia de una supuesta «llave maestra» encontrada en la casa ocupada por los acusados. No se aportaron pruebas sobre si la llave era en realidad una llave maestra, si la mancha en el cajón era en realidad sangre ni sobre la antigüedad de la herida de Servello. El juez del juicio, tras haber concluido que la prueba circunstancial no podía establecer la culpa de los acusados, no consideró las huellas dactilares latentes.

Las citas de las decisiones reportadas las encontramos en Kuhne, *Identification and Classification of Fingerprints* (1921), adoptadas por la Corona<sup>83</sup>. El extracto se refiere a la importancia de persuadir al jurado de que «el testimonio de los expertos en huellas dactilares es una prueba idónea, fiable y concluyente». Kuhne insiste en la superioridad de la comparación de huellas dactilares sobre las pruebas caligráficas. El extracto enumera tres supuestas ventajas sobre la caligrafía: (i) «las impresiones ... no pueden ser disimuladas, falsificadas o alteradas»; (ii) los expertos en huellas dactilares pueden hacer una identificación positiva casi instantáneamente, sin dudarlos; y (iii) el «testimonio de un experto en huellas dactilares no está sujeto a la contradicción de otro experto en huellas dactilares»<sup>84</sup>. El fiscal presentó la prueba ofrecida por el examinador de huellas dactilares «no [como] una mera opinión, sino como un hecho concluyente». El juez rechazó dicho análisis:

Creo que el derecho se mueve de forma lenta pero segura, y nunca he oído decir que la identificación por huellas dactilares se haya convertido en una ciencia tan bien establecida como para que la prueba presentada sea concluyente. En mi opinión, la prueba proporcionada por el sargento es la opinión de un experto y, por tanto, debe ser ponderada conforme a las reglas ordinarias que rigen las pruebas de opinión<sup>85</sup>.

Desafortunadamente para la Corona, el uso de la prueba caligráfica con fines de identificación estaba regulado por ley y permitía al experto estipular<sup>86</sup>. No había disposiciones similares para la identificación por huella dactilar. Cuando se presentaron dos huellas dactilares y se le pidió que diera una opinión, el experto simplemente se limitó a señalar «que las huellas dactilares fueron hechas por el mismo individuo. Eso es todo»<sup>87</sup>. Esto llevó a la Corte a la siguiente conclusión:

<sup>82</sup> *R. v. De'Georgio and Servello* [1934] 3 WWR 374.

<sup>83</sup> Compárese con *Bornyk I* (más adelante), donde los materiales exógenos no son admitidos ni discutidos.

<sup>84</sup> *De'Georgio*, [6]. Confróntese con lo señalado en el testimonio ofrecido por Cole y Harber en *Mitchell*.

<sup>85</sup> *De'Georgio*, [7].

<sup>86</sup> Evidence Act, s48.

<sup>87</sup> *De'Georgio*, [8].

... la prueba del Sargento Peachey es solo una prueba de opinión y no se ha dado al Tribunal prueba suficiente satisfactoria de las razones de sus conclusiones. En otras palabras, él –para ponerlo en un lenguaje común– ha hecho las veces de juez. Eso no es para lo que él está aquí. Está aquí para ofrecer prueba que ayude al juez y al jurado a llegar a una conclusión.

No estoy convencido de que ningún jurado esté a salvo de llegar a un veredicto de culpabilidad solo con base en pruebas de opinión. Por ello, no creo que ningún jurado estuviese justificado para llegar a una conclusión de culpabilidad con base en pruebas de opinión en las que no se dieron razones satisfactorias que justifiquen dicha opinión<sup>88</sup>.

La forma en que se introdujo la prueba, presentada como un hecho en lugar de una opinión, y la ausencia de razones que la justificaran, jugaron a favor de su exclusión<sup>89</sup>.

En *R. v. Wiswell*, una huella dactilar encontrada en un vidrio roto asociado con un allanamiento de morada se atribuyó al recurrente<sup>90</sup>. Al parecer, el fiscal no había proporcionado una base suficiente para la prueba dactilar. La Corte Suprema de Nueva Escocia respondió:

La identificación por huellas dactilares es, en el mejor de los casos, una prueba de opinión basada en el conocimiento y la práctica de los expertos y, con el debido respeto, no creemos que esta base haya sido probada adecuadamente<sup>91</sup>.

Parece que el examinador de huellas dactilares había sido considerado competente por el mismo magistrado en otro caso el día anterior. Como explica la nota principal, «no es suficiente el hecho de que el experto haya sido considerado competente por el magistrado en otro caso el día anterior»<sup>92</sup>.

Las preocupaciones de la Corte acerca de las pruebas dactilares en *Wiswell* ampliadas a la identificación específica, «porque las pruebas que tenemos ante nosotros no muestran ni pretenden demostrar que las huellas dactilares en el cristal son las del prisionero»<sup>93</sup>. Para la Corte:

Incluso si se demostró razonablemente que las huellas dactilares son las del prisionero, bien se puede dudar más allá de toda duda razonable de que él ha sido el presunto ladrón<sup>94</sup>.

Los cinco jueces de apelación aceptaron que las pruebas de huellas dactilares latentes eran una opinión admisible, pero dudaban de si podían, por sí mismas, satisfacer el estándar de prueba más allá de toda duda razonable<sup>95</sup>.

La posición canadiense sobre el tema se puso en sintonía con el entonces enfoque ortodoxo internacional de *R. v. Buckingham*<sup>96</sup>. El Magistrado Robertson, basándose

<sup>88</sup> *De'Georgio*, [19]-[20].

<sup>89</sup> No se tuvo en cuenta la fuerza del caso en general ni el papel de la prueba de huellas dactilares latentes en un caso circunstancial.

<sup>90</sup> *R. v. Wiswell*, [1935] 1 DLR 624, 63 CCC 94.

<sup>91</sup> *Wiswell*, 95.

<sup>92</sup> *Wiswell*, 94.

<sup>93</sup> *Wiswell*, 94.

<sup>94</sup> *Wiswell*, 94.

<sup>95</sup> En este caso hubo también pruebas inconsistentes sobre el paradero del acusado en la noche de los hechos.

<sup>96</sup> *R. v. Buckingham* [1946] 86 CCC 76.

en las decisiones de Inglaterra, Escocia y los Estados Unidos (por ejemplo, *Castleton, Bacon, Adair v McGarry* y *State v. Steffen*)<sup>97</sup>, consideró si la identificación mediante huellas dactilares podía sustentar una condena. Al explicar su fallo, además de su autoridad jurídica confió considerable confianza en el medio siglo su uso libre sin errores en Inglaterra:

Hoy la huella dactilar no es un sistema nuevo en ningún sentido. Fue sistematizado por primera vez gracias a los esfuerzos de Sir Edward Henry, quien vino de Bengala a Inglaterra en 1897 y luego se convirtió en inspector adjunto y luego en inspector jefe de la Policía Metropolitana de Londres. Véase *Wills on Circumstantial Evidence*, 7ª ed., p. 205. El experto Vince dijo que nunca había cometido un error. No estaba alardeando cuando dijo eso, sino que estaba relatando el resultado de su experiencia. Advertí en la p. 210 en *Wills* que en los 32 años desde que se introdujo el sistema en Inglaterra ha habido más de 360,000 identificaciones y en ningún caso se ha cometido un error. Por lo tanto, no es nada nuevo, es algo antiguo y se ha vuelto cada año más científico, más correcto y menos susceptible de errores<sup>98</sup>.

Dada la confianza en este sistema de identificación, tal vez sea poco destacable que Robertson termina concluyendo que una sola huella dactilar coincidente puede ser suficiente para condenar. En esto se diferenció de *Wiswell* y *De'Georgio*. Habiendo resuelto la cuestión, explicando que «la prueba de los expertos en huellas dactilares es una prueba de opinión y es admisible como tal», llamó al jurado para que escuchase la prueba<sup>99</sup>. El jurado absolvió al acusado.

Las decisiones canadienses «tempranas», como *Wiswell*, fueron lentamente revertidas a medida que los tribunales se adaptaban gradualmente a la posición complaciente de los otros tribunales de *common law*.

## 2.5. Resumen

Los casos reportados, como es obvio a veces, no representan necesariamente la primera vez que la identificación mediante huella dactilar latente se presentó ante un tribunal o que fue impugnada en estas jurisdicciones. En la mayoría, como en Inglaterra, hubo impugnaciones anteriores de la acusación y de la defensa. Ninguno de estos primeros juicios orales e impugnaciones, incluida la excepcionalmente elaborada impugnación en defensa de los hermanos Stratton o el procesamiento de Crispi, fue publicada en los reportes de casos. Esto es significativo porque las ideas y las críticas se perdieron para el derecho y la conciencia jurídica<sup>100</sup>. Las únicas decisiones a las que posteriormente hicieron referencia los tribunales de apelación, en apoyo de la admisión y especialmente de su uso, son las que se publicaron. Ninguna de las primeras decisiones reportadas expresa alguna preocupación por la prueba de huellas dactilares latentes (a excepción de la disidencia en *Parker*) y ninguna impone restric-

<sup>97</sup> *Adair v. McGarry* 1933 S.L.T. 482 (1933) y *State v. Steffen*, 210 Iowa 196 (1930).

<sup>98</sup> *Buckingham*, [10].

<sup>99</sup> *Buckingham*, [22].

<sup>100</sup> Por ejemplo, no hay ninguna referencia al libro de Fauld en Westlaw o Bailii.org en el Reino Unido. Incluso, casos populares publicados en la prensa fueron olvidados con el paso de los años.

ciones sustanciales a la presentación de la prueba (antes de finales de siglo). Décadas más tarde se citan decisiones reportadas como *Castleton*, que se usan en apoyo de la admisibilidad y la capacidad de las pruebas de huellas dactilares latentes para probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable.

Los casos reportados indican que el reconocimiento jurídico y la aceptación de pruebas de huellas dactilares latentes no se basaron en investigaciones científicas sobre su validez y su fiabilidad. Más bien, los jueces y los tribunales confiaron en la experiencia de los practicantes, sus creencias y dichos (en gran parte no probados), sus escritos publicados, su relevancia en el juicio mismo, junto con su uso y recepción (en otras jurisdicciones). En la mayoría de estas jurisdicciones no hay ninguna decisión reportada que establezca su reconocimiento formal y ofrezca una explicación para su admisión basada en investigación científica demostrativa<sup>101</sup>. A pesar de varias referencias confiables de autoridades que le daban apoyo a que las pruebas dactilares eran «fiables» e incluso de «experimentos», los primeros estándares de admisibilidad no dirigieron su atención a las capacidades reales ni a la tasa de error<sup>102</sup>. Más bien, tendían a centrarse en analogías con otros tipos de pruebas (por ejemplo, testigos presenciales, prueba caligráfica y la fotografía) y en sustitutos como la capacitación, los estudios, la experiencia, el uso prolongado, la existencia de agencias, reconocimiento por parte de otros tribunales y desempeño libre de errores.

Basados en su entrenamiento y experiencia y en *el hecho* de que las huellas dactilares son únicas y permanentes, los examinadores de huellas dactilares latentes insistieron en que podían identificar positivamente a las personas con poco o ningún riesgo de error<sup>103</sup>. Los tribunales aceptaron estas afirmaciones, admitieron las pruebas dactilares como herramientas de identificación positiva, en muchas circunstancias capaces de satisfacer el estándar de prueba más allá de toda duda razonable. Cualquier problema o limitación de la prueba dactilar iba a juicio oral, en la pequeña proporción de casos en que la prueba de huellas dactilares fue impugnada. Antes de la aparición de los perfiles de ADN, para los abogados y los jueces, la prueba de huellas dactilares latentes parece haber sido una de las pruebas más convincentes conocidas por el derecho<sup>104</sup>. El puñado de abogados defensores que se cuestionaron sobre el desempeño de los examinadores de huellas dactilares, el índice de error, las investigaciones científicas que la sustentaran u otras limitaciones, se encontraron con respuestas confiadas, basadas en las creencias de los examinadores de huellas dactilares, en lugar de pruebas derivadas de investigaciones científicas independientes<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> Sin embargo, muchas de las decisiones analizadas en esta muestra han sido tratadas posteriormente como si hiciesen precisamente aquello.

<sup>102</sup> El significado jurídico de fiabilidad ha ido cambiando en el tiempo.

<sup>103</sup> Su principal asociación profesional, la *International Association for Identification* (IAI) [en español: Asociación Internacional para la Identificación], en realidad les exigía que hicieran solo identificaciones positivas y descartaran la posibilidad de error (al menos en el método).

<sup>104</sup> Lynch, *et al.*, 2008. Tal vez las admisiones fueron más poderosas en los años anteriores a que nos familiarizásemos con la incidencia de las confesiones falsas. Véase Gudjonsson, 2002.

<sup>105</sup> SAKS y KOEHLER, 2005.

### 3. CONSOLIDACIÓN: UN SIGLO DE IMPUGNACIONES NO EPISTÉMICAS (1909-1998 Y DESPUÉS)

En este numeral se considerarán las impugnaciones a la prueba dactilar latente desde sus orígenes en el *common law* hasta el primer cuestionamiento epistemológico reportado a finales de siglo en *Estados Unidos v. Mitchell* en 1998. Después de *Castleton* en 1909, este período abarca todo el siglo xx; e incluso más tiempo en la mayoría de las jurisdicciones analizadas. Las impugnaciones y las decisiones consideradas a continuación consolidaron no solo la admisibilidad de la prueba dactilar latente, sino que también, en muchos casos explícitamente, su fiabilidad (jurídica)<sup>106</sup>. Como veremos, a través de una muestra de las muchas impugnaciones y apelaciones, los fundamentos epistemológicos de la prueba dactilar latente casi nunca fueron cuestionados. En consecuencia, casi todos los intentos por excluir o limitar el uso de las pruebas dactilares eran con fundamentos jurídicos.

La mayoría de las impugnaciones a las huellas dactilares latentes se asemejan a los tipos de problemas preestablecidos por *Castleton*, *Parker*, *Blacker* y las distintas decisiones canadienses. La mayoría de las impugnaciones se centran en cuestiones de procedimiento: como supuestas irregularidades en la recopilación y el almacenamiento de las huellas dactilares; si es que la identificación mediante huellas dactilares es capaz de satisfacer el estándar probatorio penal; si es que tener registradas previamente las huellas dactilares de un acusado resulta injusto, ya que implícitamente prejuzga su mal carácter; si es que la prueba dactilar contraviene los derechos constitucionales (o los derechos consagrados en la emergente Carta de Naciones Unidas); la calidad de los informes de huellas dactilares; el uso de fotografías (por ejemplo, mostrando huellas marcadas); si los examinadores de huellas dactilares latentes proporcionaron testimonios que traspasan su «competencia» definida jurídicamente; y el rol de los juzgadores de los hechos en relación con la opinión experta y la comparación de huellas<sup>107</sup>. Algunas de las impugnaciones fueron exitosas, pero la mayoría no. En la gran mayoría de estos casos, y los que analizaremos a partir de ahora, son simplemente la punta del iceberg, las pruebas de huellas dactilares latentes fueron admitidas y consideradas como prueba cierta de la identidad de los sujetos<sup>108</sup>. De manera invariable, las decisiones consideran que la capacidad y las opiniones de los examinadores están fuera de toda duda.

No es mi intención trivializar las impugnaciones jurídicas (o no epistémicas). Más bien, sirve para ilustrar cómo los abogados y los tribunales dieron por sentada la fia-

<sup>106</sup> Esta posición se mantendría hasta que el perfil de ADN la reemplazara en los años noventa. La institucionalización y el reconocimiento jurídico están íntimamente ligados.

<sup>107</sup> Los casos reportados representan solo un pequeño porcentaje de las investigaciones, acusaciones y condenas que se sustentan en pruebas dactilares.

<sup>108</sup> Muchos de estos cuestionamientos no epistémicos se superponen a una variedad de cambios y desarrollos socio-jurídicos, o se extienden más allá, como las críticas científicas, los proyectos inocencia y las condenas erróneas, así como cambios en las reglas probatorias y del proceso que regulan la prueba pericial, discutido en la Sección 5.

bilidad de la prueba dactilar latente, en su forma más fuerte como prueba positiva de identidad. Casi ninguna impugnación a la prueba de huellas dactilares latentes antes de 1998, y casi ninguna de las impugnaciones fuera de los EE.UU., se refirió sustancialmente respecto a la validez, la fiabilidad científica, la capacidad, la incertidumbre, la forma de expresar o la realidad del error. Algunas de estas impugnaciones jurídicas fueron efectivas y, en su momento, eran probablemente la forma más efectiva de promover el interés de sus clientes. Sin embargo, nos muestra cómo los abogados y los jueces aceptaron crédulamente las afirmaciones de los examinadores de huellas dactilares y los precedentes de los tribunales sobre que las pruebas de huellas dactilares latentes supuestamente eran pruebas infalibles de identidad basadas en la unicidad de las huellas dactilares humanas. Las decisiones reportadas y sus considerandos nos ayudan a comprender cómo las generaciones anteriores de jueces, preocupados con reglas y problemáticas socio-jurídicas diferentes a las de hoy, restringieron a los que les siguieron.

La escasez (en realidad la ausencia) de desafíos epistemológicos anteriores a *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993, y *US v. Mitchell* en 1998) es aún más curiosa porque hubo cambios drásticos en la forma en que se recolectaban, procesaban, almacenaban, buscaban y analizaban las huellas dactilares latentes a lo largo del siglo xx<sup>109</sup>. La recolección comenzó haciéndose levantando y analizando los objetos, usando cintas adhesivas y fotografías. Inicialmente, el examen se hacía a simple vista y ayudado con el uso de lupas. Las impresiones de referencia se obtenían de los sospechosos (a menudo de manera informal, como en *Blacker* y *Cerciello*) y los crecientes registros de huellas se indexaban y buscaban manualmente<sup>110</sup>. Para finales del siglo, existía una serie de nuevas técnicas en uso, algunas de ellas utilizando productos químicos e iluminación para identificar y mejorar las impresiones latentes en una amplia gama de sustratos. Mientras que las impresiones de las huellas continuaban levantándose mecánicamente, ahora la mayoría se capturan con cámaras digitales y se almacenan electrónicamente. Las impresiones son rutinariamente manipuladas y mejoradas utilizando programas informáticos especializados y algoritmos patentados permiten la búsqueda rápida en bases de datos electrónicas masivas.

Hacia finales del siglo xx, el ACE-V surgió como el principal «método» utilizado por los examinadores de huellas dactilares latentes<sup>111</sup>. La resolución del «método» no resolvió las inconsistencias en torno a los estándares y la cantidad de puntos requeridos por los departamentos de policía y las agencias para estar dispuestos a declarar la existencia de una coincidencia<sup>112</sup>. Muchas agencias abandonaron for-

<sup>109</sup> *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc* 113 S Ct 2786 (1993).

<sup>110</sup> Véase COLE, 2001.

<sup>111</sup> La primera referencia reportada sobre el 'ACE-V' en Westlaw, aparece en casos federales en *U.S. v. Havvard*, 117 F.Supp.2d 848 (S.D. Ind. 2000) y en casos estatales en *Burnett v. State*, 815 N.E.2d 201 (2004).

<sup>112</sup> Las distintas agencias, e incluso los individuos dentro de cada agencia, no utilizaban el método de la misma manera. Generalmente había bastante discrecionalidad en la forma en que se aplicaba y pocos estándares empíricos.

malmente el sistema de puntos antes de finales de siglo; y mucho antes de que los tribunales consideraran el tema. En este y los siguientes numerales observaremos cómo tales reorientaciones de inspiración científica hicieron poca diferencia en la práctica y la comprensión jurídica sobre el tema. Curiosamente, las reformas tecnológicas y sus implicaciones probatorias reciben muy poca atención en las decisiones reportadas.

Además, la organización de las agencias de huellas dactilares y la formación de los examinadores cambiaron notablemente a lo largo del siglo xx. Los pequeños grupos que existieron en las primeras décadas del siglo xx se expandieron y consolidaron en los departamentos de policía y las agencias de investigación. Simultáneamente, la formación se comenzó a formalizar a partir de los años veinte y treinta. En algunas jurisdicciones, especialmente en Inglaterra, Canadá y Australia, la capacitación tardaba años en los que los examinadores tenían que ser socializados lentamente en las agencias de huellas dactilares y su dogma<sup>113</sup>. Históricamente, la mayoría de los examinadores de huellas dactilares eran policías. Pocos tenían titulaciones superiores. En años más recientes, muchos departamentos de policía han comenzado a contratar a personas con títulos en ciencias forenses o en ciencias y a confiar más en los examinadores de huellas dactilares civiles.

Paralelamente a la expansión de las agencias de huellas dactilares y la rutinización del uso de las pruebas dactilares para la identificación de personas, se comenzó a promulgar legislación que permitía a los investigadores recopilar y almacenar las huellas dactilares de sospechosos y delincuentes condenados. Esta legislación tendió a ser más permisiva, expandiendo gradualmente los grupos cuyas huellas dactilares podrían ser legalmente recolectadas y almacenadas. Este numeral documenta cómo esta legislación más permisiva, que a través de sus ambigüedades y omisiones legislativas y supuestas infracciones de procedimientos, se convirtió en la principal forma de impugnar la admisión de pruebas de huellas dactilares latentes ante tribunales.

No es sorprendente que los abogados se centraran en cuestiones jurídicas en sus intentos de cuestionar la admisibilidad y el uso de pruebas de huellas dactilares. Sin embargo, sí es notable cuán pocas de las muchas impugnaciones cuestionaron el ACE-V, las nuevas tecnologías, las significativas pretensiones epistémicas de identificación positiva (llegando a excluir a todas las demás personas) y las afirmaciones de una tasa de error cero. Este numeral sugeriría que las impugnaciones viables no solo dependen de las reglas y los procedimientos, sino también (y fundamentalmente) de la conciencia judicial. Es decir, el éxito de las impugnaciones no solo está determinado por la forma en que los jueces interpretan el derecho, sino que, inevitablemente, también por cómo entienden la prueba y la legitimidad de las alegaciones de las defensas<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> SAKS y FAIGMAN, 2008: 149.

<sup>114</sup> Véase e.g. LO PUCKI, 1996: 1498.

### 3.1. Admisibilidad y otras impugnaciones en los Estados Unidos

En los Estados Unidos<sup>115</sup>, antes de *Daubert* (y *EE. UU. v. Mitchell*), las impugnaciones a la prueba de huellas dactilares latentes se centraban principalmente en cuestiones procedimentales (*i.e.* debido proceso), constitucionales y de otra índole, que no estaban directamente relacionadas con la validez y la fiabilidad científica. Por ejemplo, muchos casos se centraban en las circunstancias en que las huellas dactilares del acusado se recogieron<sup>116</sup>; si la toma de huellas dactilares o la presentación de las mismas violaron la cuarta, la quinta, la sexta o la catorceava enmiendas de la Constitución<sup>117</sup>; la posibilidad de recoger o utilizar las huellas dactilares de menores de edad<sup>118</sup>; si el examinador de huellas dactilares debería estar presente cuando se recolectaran las huellas dactilares de referencia<sup>119</sup>; si un examinador de huellas dactilares tiene que declarar personalmente cuando emite un certificado (en procedimientos militares)<sup>120</sup>; si la entrega de la huella dactilar debe ser voluntaria (en analogía a una confesión)<sup>121</sup>; problemas con la cadena de custodia<sup>122</sup>; la fiabilidad de los registros de huellas dactilares<sup>123</sup>; si el retraso en la presentación debería impedir la admisión de

<sup>115</sup> Para casos estadounidenses, la búsqueda en Westlaw fue «(fingerprint OR finger-print OR “finger print”)/s admist!» utilizando tanto la base de datos estatal como federal. Debido al gran número de casos encontrados con estos criterios, esta muestra se basa solo en los 100 primeros casos mostrados en cada base de datos (ordenados según su relevancia) con preferencia en casos resueltos con anterioridad a la apelación en *U.S. v. Mitchell*. Adicionalmente, se buscó en Westlaw el término «fingerprint» en el mismo párrafo que los términos: «AFIS» (y sus derivados), «database» y otras técnicas específicas (por ejemplo, «superglue»). En otras jurisdicciones en las que el número de resultados fue menor de 100 (por ejemplo 84 en Canadá), todos los casos fueron revisados. Este método parece abarcar de manera suficiente las decisiones informadas en jurisdicciones no-estadounidenses y los resultados de esta búsqueda son bastante consistentes a lo largo de todas las jurisdicciones.

<sup>116</sup> Véase e.g. *Singleton v Estelle*, 492 F.2d 671 (5th Cir. 1974); *U.S. v. Lyles*, 471 F.2d 1167 (5th Cir. 1974); *Schleicher v Wyrick*, 529 F.2d 906 (8th Cir. 1976); *Louie v. U.S.*, 426 F.2d 1398 (9th Cir. 1970). Estatal: *Paramore v. State*, So.2d 344 (1971).

<sup>117</sup> Federal: *Michaels v. U.S.*, 917 F.2d 566 (9th Cir. 1990); *U.S. v. Gibson*, 444 F.2d 275 (5th Cir. 1971); *Pearson v. U.S.*, 389 F.2d 684 (5th Cir. 1968); *U.S. v. Iacullo*, 226 F.2d 788 (7th Cir. 1955); *Paulson v. State of Fla.*, 360 F.Supp. 156 (S.D. Florida, 1973). Estatal: *Whippler v. State*, 218 Ga. 198 (1962); *People v. Jones*, 112 Cal.App. 68 (1931); *People v. One 1941 Mercury Sedan*, 74 Cal.App.2d 199 (1946); *People v. Gates*, 24 N.Y.2d 666 (1969); *Com. v. Richardson*, 476 Pa. 571 (1978); *State v. Padilla*, 92 N.M. 19 (1978); *Grimes v. U.S.*, 405 F.2d 477 (5th Cir. 1968); *U.S. v. Taylor*, 4 USCMA 232 (1954); *U.S. v. Caudillo-Infante*, 233 Fed.Appx. 619 (9th Cir. 2007); *Gregory v. U.S.*, 391 F.2d 281 (9th Cir. 1968); *U.S. v. Ortiz-Gonzalbo*, 946 F.Supp. 287 (S.D. N.Y. 1996); *Carvey v. LeFevre*, 611 F.2d 19 (2nd Cir. 1979); *U.S. v. Mouzín*, 785 F.2d 682 (9th Cir. 1986); *U.S. v. Thomann*, 609 F.2d 560 (1st Cir. 1979). State: *Paulson v. State*, 257 So.2d 303 (1972) (si es que una huella dactilar en particular era «fruto del árbol envenenado»).

<sup>118</sup> *State v. Carder*, 9 Ohio St.2d 1 (1966).

<sup>119</sup> *Clay v. State*, 440 N.E.2d 466 (1982).

<sup>120</sup> *U.S. v. Taylor*, 24 USCMA 232 (1954).

<sup>121</sup> *Com. v. Rocci*, 18 Berks 274 (1926).

<sup>122</sup> Federal: *U.S. v. Jeffords*, 491 F.2d 90 (5th Cir. 1974); *U.S. v. Morgan*, 559 F.2d 397 (5th Cir. 1977); *U.S. v. Thomann*, 609 F.2d 560 (1st Cir. 1979); *Scott v. Jones*, 915 F.2d 1188 (8th Cir. 1990). Estatal: *Howell v. State*, 627 So.2d 1134 (1993).

<sup>123</sup> *U.S. v. Grey*, 531 F.2d 933 (8th Cir. 1976).

pruebas de huellas dactilares<sup>124</sup>; si es injusta la implicación de que el acusado tenía antecedentes penales (o mal carácter), porque sus huellas dactilares estaban archivadas en un registro<sup>125</sup>; si los registros de huellas dactilares son testimonios de oídas inadmisibles<sup>126</sup>; si era admisible una identificación realizada usando huellas dactilares de un registro en lugar de huellas dactilares posteriores al arresto<sup>127</sup>; si en el caso de que se cuestionara la calidad de las huellas dactilares latentes, podrían utilizarse de todas formas para identificar a un delincuente<sup>128</sup>; si un examinador de huellas dactilares podría declarar acerca del hecho principal en juicio<sup>129</sup>; si se requirieron fotografías ampliadas de las impresiones para explicar la prueba<sup>130</sup>; si el uso de flechas en las imágenes de huellas dactilares que apuntan a supuestas similitudes constituye un error perjudicial<sup>131</sup>; si las huellas dactilares encontradas en un objeto portátil son admisibles para determinar la presencia del acusado en un lugar específico<sup>132</sup>; si el objeto desde el que se recuperó la huella dactilar tiene que ser admisible y admitido como prueba para que la prueba de la huella dactilar sea también admitida<sup>133</sup>; si era necesario probar que una huella dactilar fue puesta en un momento determinado para hacerla admisible en un caso conformado con pruebas circunstanciales<sup>134</sup>; la importancia de la posibilidad de que se tratase de un «contacto inocente»<sup>135</sup>; si las huellas dactilares latentes de una escena del crimen que no pudieron identificarse afectan la admisibilidad de las huellas dactilares identificadas<sup>136</sup>; si son admisibles las explicaciones sobre las razones por las cuales no se pudieron recuperar impresiones de huellas dactilares<sup>137</sup>; si un examinador de huellas dactilares del FBI podía declarar que las huellas dactilares solo se recuperaron en una pequeña proporción de robos a bancos<sup>138</sup>; si los informes de huellas dactilares negativos (es decir, sin hallazgos o identificaciones) pueden divulgarse según

<sup>124</sup> *U.S. v. Edmonson*, 962 F.2d 1535 (10th Cir. 1992).

<sup>125</sup> *U.S. v. Mancini*, 396 F.Supp. 75 (E.D. Pa, 1973); *U.S. v. Malizia*, 503 F.2d 578 (2nd Cir. 1974). See also *Morgano v. Pilliod*, 299 F.2d 217 (7th Cir. 1962); *Newsom v. U.S.*, 402 F.2d 835 (5th Cir. 1968); *Bates v. Chapleau*, 37 F.3d 1498 (6th Cir. 1994); *Riley v. Sigler*, 320 F.Supp. 96 (D. Nebraska, 1970); *U.S. v. Gocke*, 507 F.2d 820 (8th Cir. 1974); *U.S. v. Farley*, 292 F.2d 789 (2nd Cir. 1961).

<sup>126</sup> Federal: *U.S. v. Dancy*, 861 F.2d 77 (5th Cir. 1988); *U.S. v. Thornton*, 209 Fed.Appx. 297 (4th Cir. 2006). Estatal: *State v. Lee*, 577 So.2d 1193 (1991); *Young v. State*, 508 N.E.2d 24 (1987).

<sup>127</sup> *U.S. v. Jackson*, 451 F.2d 259 (5th Cir. 1971).

<sup>128</sup> *Alcorn v. State*, 415 S.W.2d 666 (1967).

<sup>129</sup> *U.S. v. Hagelberger*, 153 USCMA 259 (Court of Military Appeals, 1953); *U.S. v. Sherwood*, 98 F.3d 402 (9th Cir. 1996) (y admisible bajo el «criterio general» *Daubert*).

<sup>130</sup> *U.S. v. Alexander*, 868 F.2d 492 (1st Cir. 1989). Estatal: *State v. Short*, 322 N.C. 783 (1988) (en especial cuando las huellas originales están disponibles).

<sup>131</sup> *U.S. v. Gray*, 464 F.2d 632 (8th Cir. 1972).

<sup>132</sup> *State v. Nabozny*, 54 Ohio St.2d 195 (1978).

<sup>133</sup> *State v. Broom*, 114 Wis.2d 591 (1983).

<sup>134</sup> *State v. Irick*, 291 N.C. 480 (1977); *State v. Futrell*, 112 N.C.App. 651 (1993); *State v. Bost*, 33 N.C.App. 673 (1977). Véase también *U.S. v. Griffin*, 483 F.2d 957 (5th Cir. 1973); *U.S. v. Henderson*, 588 F.2d 157 (5th Cir. 1979).

<sup>135</sup> *U.S. v. Scott*, 784 F.2d 787 (7th Cir. 1986).

<sup>136</sup> *State v. Hall*, 262 So.2d 498 (1972); *State v. Wimberly*, 246 Kan. 200 (1990).

<sup>137</sup> *U.S. v. Phillips*, 575 F.2d 97 (6th Cir. 1978).

<sup>138</sup> *U.S. v. Christophe*, 833 F.2d 1296 (9th Cir. 1987).

la decisión en *Brady v. Maryland*<sup>139</sup> u otra regla de descubrimiento de pruebas<sup>140</sup>; si la prueba de huellas dactilares latentes es necesaria para fundar la acusación<sup>141</sup>; si las similitudes entre las huellas dactilares de referencia y las huellas latentes (que no fueron suficientes para fines de identificación) pueden sustentar una condena junto con otras pruebas<sup>142</sup>; si fue un error permitir al jurado comparar las huellas dactilares (incluso cuando los antecedentes penales del acusado estaban al reverso de la tarjeta de referencia)<sup>143</sup>; si la incapacidad para satisfacer el número de puntos requeridos por el FBI (12 puntos en la década de 1970) afectaba el peso o la admisibilidad de la prueba<sup>144</sup>; si un examinador podía declarar acerca de la antigüedad de una impresión dactilar<sup>145</sup>; las consecuencias de no prestar asistencia experta a la defensa<sup>146</sup>; e incluso la admisibilidad del cálculo numérico especulativo de probabilidades presentados por un examinador<sup>147</sup>. Estas impugnaciones se resolvieron a favor de los Estados.

Los problemas sobre la suficiencia de la capacitación de un examinador se consideraron cuestiones que impactaban en el peso de la prueba<sup>148</sup>. Del mismo modo, la inexperiencia de un examinador era un problema de peso<sup>149</sup>. Incluso la confesión de un examinador de que él no se consideraba a sí mismo un experto, solo afectaría el peso de su opinión, no a su admisión<sup>150</sup>. Una apelación presentada por asistencia letrada ineficaz, basada en que el abogado no impugnó la prueba de huellas dactilares latentes, se rechazó de manera perentoria: «la prueba de huellas dactilares era relevante para determinar la identidad y fue admitida adecuadamente, por lo que no parece haber ninguna base para objetar la admisión de esta prueba»<sup>151</sup>.

En Texas, un examinador podía declarar que ninguna otra persona podría haber dejado tal huella y, relativamente temprano, la carga de probar que dos huellas dactilares podrían ser iguales se convirtió en responsabilidad del acusado<sup>152</sup>. En Nueva Jer-

<sup>139</sup> *Squires v. Dugger*, 794 F.Supp. 1568 (M.D. Florida, 1992); *Ware v. U.S.*, 971 F.Supp. 1442 (M.D. Florida, 1992).

<sup>140</sup> *U.S. v. Papajohn*, 848 F.Supp. 334 (E.D. NY, 1994). Véase *Brady v. Maryland*, 373 US 83 (1963).

<sup>141</sup> *U.S. v. Roberts*, 481 F.2d 892 (5th Cir. 1973); *U.S. v. Abigando*, 439 F.2d 827 (5th Cir. 1971).

<sup>142</sup> *U.S. v. Harris*, 530 F.2d 576 (4th Cir. 1976).

<sup>143</sup> *U.S. v. Dressler*, 112 F.2d 972 (7th Cir. 1940). Estatal: *State v. Bogan*, 183 Ariz. 506 (1995).

<sup>144</sup> *People v. Gomez*, 189 Colo. 91 (1975).

<sup>145</sup> *U.S. v. Trice*, 476 F.2d 89 (9th Cir. 1973). Asimismo, sobre la incapacidad de determinar la antigüedad de la muestra *U.S. v. Roberts*, 481 F.2d 892 (5th Cir. 1973).

<sup>146</sup> *U.S. v. Walborn*, 730 F.2d 192 (5th Cir. 1984). En *State v. Lewis*, 7 N.C.App. 178 (1970), la solicitud de la defensa para que examinadores de huellas dactilares y estadísticos revisaran la prueba del Estado fue considerada desistida, ya que el recurrente no fue capaz de señalar un costo aproximado.

<sup>147</sup> *Hicks v. Scurr*, 671 F.2d 255 (8th Cir. 1982).

<sup>148</sup> *State v. Penney*, 104 Ariz. 146 (1969); *State v. Watson*, 99 Idaho 694 (1978).

<sup>149</sup> *State v. Russell*, 434 So.2d 460 (1983).

<sup>150</sup> *Sharpe v. State*, 490 S.W.2d 834 (1973).

<sup>151</sup> *Thomas v. State*, 547 A.2d 634 (1988). Véase también *Jones v. Clarke*, 783 F.3d 987 (4th Cir. 2015); *Katschor v. Grayson*, 9 F.3d 108 (6th Cir. 1993). Sin embargo, compárese con *Atkins v. Attorney General of State of Alabama*, 932 F.2d 1430 (11th Cir. 1991).

<sup>152</sup> *Grice v. State*, 151 S.W.2d 211 (1941).

sey, las pruebas dactilares se caracterizaron como «reconocidas universalmente como prácticamente determinantes sobre la identidad de un sujeto»<sup>153</sup>. El caso *Jennings* «reconoció la admisibilidad de la prueba dactilar en el caso después de concluir que existía una «base científica para el sistema de identificación de huellas dactilares»<sup>154</sup>. Este tipo de compromisos se repitieron a menudo, como en el siguiente extracto:

La admisibilidad de la prueba dactilar se basa en la suposición, aceptada universalmente, de que el patrón de huellas dactilares de cada individuo solo puede producirse por el contacto del dedo de ese individuo con otro objeto<sup>155</sup>.

Aunque se reconoce que la prueba de huellas dactilares y de las palmas de la mano son pruebas circunstanciales y de opinión en su naturaleza, es su gran fiabilidad la razón básica del reconocimiento universal de su admisibilidad para establecer la identidad de un sujeto. Es el tipo de prueba más sólida<sup>156</sup>.

Cuando un cuestionamiento de admisibilidad llegó finalmente a la Corte de Apelaciones de Maryland en *Murphy v. State*, el tribunal se sintió obligado a tener como «hecho notorio el hecho de que el uso de huellas dactilares es un medio infalible de identificación»<sup>157</sup>.

Las cuestiones planteadas en el pequeño porcentaje de impugnaciones jurídicas y apelaciones exitosas fueron, una vez más, más bien jurídicas que epistémicas. Incluían: si una huella dactilar encontrada en un arma utilizada para matar a una persona podría, sin más, satisfacer el estándar de prueba penal<sup>158</sup>; de manera similar, si una huella dactilar encontrada en una caja de cerillas utilizada para mantener una puerta abierta durante un robo, podría respaldar por sí sola la condena<sup>159</sup>; el tribunal impidió que el abogado defensor interrogara a un examinador de huellas dactilares sobre la importancia de la ausencia de huellas dactilares en las drogas que se encontraron en su posesión<sup>160</sup>; el error en declarar como prueba inadmisibles unas huellas dactilares no identificadas recuperadas de una botella de vodka que se encontraba adyacente al difunto<sup>161</sup>; y la recolección ilegal de huellas dactilares<sup>162</sup>. En las primeras décadas, algunos tribunales, como la Corte Suprema de Iowa, estaban divididos

<sup>153</sup> *Cortese v. Cortese*, 10 N.J.Super. 152 (1950). Véase también *Com. v. Woodward*, 17 Pa. D. & C. 400 (1932).

<sup>154</sup> *People v. Ferguson*, 172 Ill.App.3d 1 (1988). Véase también *State v. Clark*, 156 Wash. 543 (1930); *Stacy v. State*, 49 Okla.Crim. 154 (1930).

<sup>155</sup> *Baker v. State*, 470 N.E.2d 346 (1984); *Medias v. City of Indianapolis*, 216 Ind. 155, 167 (1939). Véase también *Bruce v. State*, 268 Ind. 180 (1978).

<sup>156</sup> *Nichols v. State*, 462 So.2d 992 (1984) (referencias eliminadas).

<sup>157</sup> *Murphy v. State*, 184 Md. 70, 85-86 (1944). Véase también *Reed v. State*, 283 Md. 374 (1978).

<sup>158</sup> Sin embargo, la prueba dactilar puede, bajo determinadas circunstancias, establecer la responsabilidad: *Blanco v. State*, 485 So.2d 1217 (1986).

<sup>159</sup> *U.S. v. Corso*, 439 F.2d 956 (4th Cir. 1971). Compárese con *U.S. v. Harris*, 530 F.2d 576 (4th Cir.1976) donde las huellas dactilares encontradas en objetos móviles pueden, no obstante, ser consideradas como prueba.

<sup>160</sup> *U.S. v. Thompson*, 37 F.3d 450 (9th Cir. 1994).

<sup>161</sup> *Corley v. State*, 335 So.2d 849 (1976).

<sup>162</sup> *Cook v. Johnson*, 459 F.2d 473 (6th Cir. 1972).

sobre si un examinador de huellas dactilares podía opinar sobre la identidad de un sujeto, cuando esta era precisamente el hecho principal de la causa<sup>163</sup>.

Sobre la aparición de nuevas tecnologías (por ejemplo, el AFIS), las referencias son casi todas simples menciones o breves descripciones<sup>164</sup>. Parece haber habido un interés extremadamente limitado sobre las bases de datos, los algoritmos, las mejoras y los nuevos procedimientos de recopilación y creación de imágenes. En *People v. Edwards*, la incapacidad de explicar por qué las huellas del acusado no fueron localizadas inicialmente a través de una búsqueda con AFIS fue apenas mencionada<sup>165</sup>. Hay casos en los que se menciona el AFIS en relación con las implicaciones de revelar que las huellas dactilares del acusado están en una base de datos que contiene principalmente antecedentes de delinquentes<sup>166</sup>. Hay casos en los que se discute si las impresiones dactilares de un menor pueden subirse en el sistema AFIS<sup>167</sup>. Entre las pocas decisiones más dedicadas al asunto, se plantean cuestiones como el hecho de que el Estado no haya procesado a través del AFIS unas huellas dactilares latentes no identificadas encontradas en una escena del crimen<sup>168</sup>. En el caso *State v. Feldman*, el abogado de la defensa solicitó información sobre el funcionamiento del sistema AFIS y el conjunto de candidatos que generaba esta búsqueda<sup>169</sup>. Esto fue resistido por el Estado; con el fiscal calificando dicha información como «irrelevante»<sup>170</sup>. El hecho de que el AFIS no conservara el grupo de candidatos no se interpretó como destrucción de prueba, sino un problema que la defensa debe plantear en juicio para ser considerado por el jurado<sup>171</sup>. Entre los casos que se refieren al AFIS (o bases de datos de huellas dactilares) encontramos procedimientos civiles, en los que se determinó que exigir como requisito para obtener asistencia pública que las personas entreguen y suban sus impresiones dactilares personales al AFIS, no es incompatible con las garantías constitucionales<sup>172</sup>, y algunos litigios contractuales y sobre derechos de propiedad asociados con el suministro de sistemas AFIS a las fuerzas policiales<sup>173</sup>.

Hay un puñado de impugnaciones a la admisibilidad de las nuevas tecnologías. Concebidas de forma restringida y generalmente de manera superficial, cuestionan

<sup>163</sup> *State v. Steffen*, 210 Iowa 196 (1930).

<sup>164</sup> Federal: *U.S. v. Pimentel*, 1995 WL 745009. Estatal: *State v. Waller*, 1997 WL 20914; *People v. Manley*, 222 Ill.App.3d 896 (1991); *State v. Lovings*, 1997 WL 798328 (número de búsquedas AFIS por examinador); *People v. Smith*, 256 Ill.App.3d 610 (1994); *People v. Saunders*, 235 Ill.App.3d 661 (1992); *State v. Ellis*, 1996 WL 496930; *State v. Gilmer*, 604 So.2d 117 (1992); *State v. Johnson*, 943 S.W.2d 285 (1997); *Farley v. State*, 225 Ga.App. 687484 S.E.2d 711 (1997); *People v. Hickey*, 178 Ill.2d 256 (1997).

<sup>165</sup> *People v. Edwards*, 241 Ill.App.3d 839 (1993).

<sup>166</sup> *State v. Elliott*, 1996 WL 733140; *Black v State*, 680 So.2d 942 (1995); *State v. Staten*, 1996 WL 339953.

<sup>167</sup> *In re Abraham F.*, 190 Ariz. 359 (1997).

<sup>168</sup> *Newsome v. James*, 968 F.Supp. 1318 (N.D. Ill. 1997).

<sup>169</sup> *State v. Feldman*, 254 N.J.Super. 754 (1992).

<sup>170</sup> *State v. Feldman*, 756.

<sup>171</sup> *State v. Feldman*, 759.

<sup>172</sup> *Buchanan v. Wing*, 664 N.Y.S.2d 865 (1997).

<sup>173</sup> *State ex rel. Fisher v. PRC Pub. Sector, Inc.*, 99 Ohio App.3d 387 (1994).

los tratamientos digitales realizados a las imágenes para mejorar la búsqueda y comparación<sup>174</sup> y el uso de la «técnica del súper-pegamento» (o cianoacrilato) para procesar y visualizar las huellas dactilares latentes<sup>175</sup>. En uno de los dos casos reportados respecto al súper-pegamento, un tribunal estatal rechazó la impugnación usando *Frye* (es decir, la aceptación general) por los siguientes motivos:

En los casos en que, como este, un procedimiento aísla la prueba física cuya existencia, apariencia, naturaleza y significado son obvios para los sentidos de un lego, la fiabilidad del proceso para producir dicho resultado es igualmente evidente y no es necesario debatirla bajo los estándares de *Kelly* [es decir *Frye*]<sup>176</sup>.

El Tribunal de Apelaciones de Virginia (en 2006) parece haber sido el único tribunal en encontrar que esta «nueva» técnica planteaba ciertas dudas sobre su admisibilidad<sup>177</sup>.

### 3.2. Admisibilidad y otras impugnaciones en el Reino Unido

En el Reino Unido (incluida Escocia en este apartado)<sup>178</sup>, la mayoría de las impugnaciones se centran nuevamente en cuestiones procedimentales, en particular si las circunstancias en las que se obtuvieron las huellas dactilares permitían que fueran usadas para demostrar la identidad de un sujeto en juicio oral,<sup>179</sup> junto con la necesidad de advertir al imputado antes de tomarle las muestras<sup>180</sup>. Otras impugnaciones y apelaciones se centran en: qué es necesario realizar para probar que un registro de huellas dactilares pertenece al acusado<sup>181</sup>; si la legislación que autoriza la recolección de huellas dactilares se extiende también a las huellas de las palmas<sup>182</sup>; si los registros de huellas dactilares son una excepción a las reglas sobre testimonios de oídas<sup>183</sup>; y las consecuencias de la no divulgación y destrucción de pruebas de huellas dactilares<sup>184</sup>.

<sup>174</sup> *State v. Hayden*, 90 Wash.App. 100 (1998).

<sup>175</sup> *People v. Eyer*, 133 Ill.2d 173 (1989).

<sup>176</sup> *People v. Webb*, 6 Cal.4th 494 (1993).

<sup>177</sup> *Hasson v. Com.*, 2006 WL 1387974.

<sup>178</sup> Para los casos de Reino Unido, la búsqueda en Westlaw incluye todos los tribunales, incluso los tribunales escoceses, en orden para disminuir las omisiones.

<sup>179</sup> *Public Prosecution Service v. McKee*, [2013] 2 Cr. App. R. 17 (falló en el uso de un dispositivo aprobado); *R v. Reay (Thomas Michael)*, 2003 WL 21236465; *Chester-Nash v. Crown Prosecution Service*, 2000 WL 571246; *R v. Murray (Aaron Elvis)*, [2018] EWCA Crim 1252; *Prendi v. Albania*, [2015] EWHC 1809 (Admin); *Djalo v. United Kingdom (Admissibility) (17770/10)*, (2018) 66 E.H.R.R. SE14 Scotland; *HM Advocate v. Shepherd (Kenneth Matthew)*, 1997 J.C. 131; *HM Advocate v. Shepherd (Kenneth Matthew)*, 1997 S.L.T. 891; *Namyslak v. HM Advocate*, 1995 S.L.T. 528; *Cairns (Peter John) v. HM Advocate*, 1999 S.L.T. 1072; *Davidson (William James) v. HM Advocate*, 1951 J.C. 33; *Geddes (Ian) v. HM Advocate*, 2015 S.C.L. 334 (no tuvo una defensa experta).

<sup>180</sup> *Callis v. Gunn*, (1964) 48 Cr. App. R. 36 (no hubo ninguna advertencia).

<sup>181</sup> *Chappell v. DPP*, (1989) 89 Cr. App. R. 82.

<sup>182</sup> *R v. Tottenham Justices Ex p. L (Mark)*, (1986) 82 Cr. App. R. 277

<sup>183</sup> *R v. Rodgers (Robert)*, [2013] NICA 71.

<sup>184</sup> *R v. Lesley (Leroy Owen)* [1996] 1 Cr. App. R. 39

En las últimas décadas, muchos de los cuestionamientos han sido influenciados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Las referencias a los sistemas y bases de datos AFIS aparecen principalmente en relación con la conservación y el uso de huellas dactilares, conforme al art. 8 de la CEDH<sup>185</sup> y (otras) apelaciones de refugiados e inmigrantes<sup>186</sup>. En una reclamación sobre la identificación de un ciudadano extranjero basada en huellas dactilares latentes, el Lord Justice Woolf, miembro de la Corte de Apelaciones, explicó el obstáculo que enfrentaban los recurrentes:

... se enfrentaron con el hecho de que la fiabilidad de la prueba dactilar está hoy tan bien establecida que la única forma en que el Ministerio del Interior podría tener la prueba que alegaban tener (si su cliente tiene la razón) era si alguien dentro del Ministerio del Interior hubiese sido responsable de un comportamiento total y completamente ilegal<sup>187</sup>.

La Corte confiaba tanto en los resultados de la identificación por huellas dactilares latentes que la única posibilidad de error que consideraba era la existencia de una falta administrativa. El fraude por parte de funcionarios de servicios públicos se consideró como algo mucho más probable que un error de los examinadores de huellas dactilares<sup>188</sup>.

En cuanto a otras tecnologías emergentes, hay algunas decisiones que rechazan impugnaciones específicas y más bien superficiales, como sobre el uso de polvo de aluminio para ayudar a detectar y registrar huellas dactilares latentes<sup>189</sup>.

### 3.3. Admisibilidad y otras impugnaciones en Australia y Canadá

Las impugnaciones australianas se asemejan a las experiencias en las otras jurisdicciones analizadas. Se centran principalmente en cuestiones procedimentales<sup>190</sup>, como el uso de huellas dactilares obtenidas cuando el acusado era menor de

<sup>185</sup> *S. v. United Kingdom* (30562/04) (2009) 48 E.H.R.R. 50; *Gaughran's Application for Judicial Review, Re*, [2015] UKSC 29; *R (on the application of GC) v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2011] UKSC 21.

<sup>186</sup> *R (on the application of YZ) v Secretary of State for the Home Department*, [2011] EWHC 205 (Admin); *R (on the application of Haedare) v. Secretary of State for the Home Department*, [2009] EWHC (Admin) 3444; *R (on the application of Shayanth) v. Secretary of State for the Home Department*, [2009] EWHC 1208 (Admin); *AA (Somalia) v Secretary of State for the Home Department*, [2006] EWCA Civ 1540; *R (on the application of TS) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] EWHC 2614 (Admin).

<sup>187</sup> *The Queen v. The Secretary of State For the Home Department*, 1992 WL 12678453. Véase también *Patterson (Alexander) v. Nixon*, 1960 J.C. 42.

<sup>188</sup> Puede ser que dicha postura esté bien fundada si los registros de huellas son completos y de los 10 dedos. Sin embargo, siempre existirá la posibilidad de errores administrativos, como un error en el etiquetado de las muestras.

<sup>189</sup> *HM Advocate v. Dennison*, 1978 S.L.T. (Notas) 79.

<sup>190</sup> *R. v. Delgado-Guerra; ex parte Attorney-General*, [2002] 2 Qd R 384; *Director of Public Prosecutions v Morrison*, [1993] 1 VR 573 (consentido); *Carr v. The Queen* (1973) 127 CLR 662; *Boski v. Biffin* [2015] NSWSC 363; *Watkins v. Victoria* [2010] VSCA 138, (2010) 27 VR 543; *Maguire v. Beaton*

edad<sup>191</sup> o la legalidad de obtener las huellas de un menor<sup>192</sup>; si se advirtió adecuadamente al imputado<sup>193</sup>; si la divulgación (o la implicación) de la comisión de delitos en el pasado, gracias a la existencia de un registro de huellas dactilares, fue injusto para el acusado<sup>194</sup>; si el jurado podría comparar directamente las huellas dactilares o utilizar las huellas dactilares para sopesar la opinión del examinador<sup>195</sup>; la calificación como testimonio de oídas de las huellas dactilares presentadas en un documento<sup>196</sup>; si las huellas dactilares bastarían como prueba para condenar en casos particulares (como en *Parker*)<sup>197</sup>; y cuáles serían las instrucciones judiciales apropiadas para el jurado cuando la prueba de huellas dactilares estaba en juego<sup>198</sup>.

Un puñado de apelaciones cuestionaron declaraciones que se referían a la actividad asociada con la sedimentación o la antigüedad de una huella dactilar latente<sup>199</sup>. En *Hillstead v. The Queen*, el examinador de huellas dactilares declaró que las huellas dactilares encontradas en sangre fueron colocadas simultáneamente con el sangriento asesinato. Este testimonio, presentado sin limitaciones ni explicación alguna, se consideró indebido, principalmente porque *ipse dixit* traspasó el alcance de los conocimientos jurídicamente reconocidos a los expertos en huellas dactilares<sup>200</sup>. En *Regina v SMR*, la apelación se desestimó a pesar de que el examinador declaró sobre la antigüedad de una huella dactilar latente encontrada en un libro de una biblioteca y que el juez del juicio no direccionó adecuadamente las limitaciones de esta prueba<sup>201</sup>. Incluso en *Mickelberg v. The Queen*, una serie de decisiones condenatorias erróneas que involucraban graves ilegalidades policiales que tardaron décadas en esclarecerse, la atención se centró en si la huella dactilar latente había sido falsificada o plantada, en lugar de preguntarse si los métodos de identificación de huellas dactilares eran válidos y científicamente fiables<sup>202</sup>.

Las referencias australianas al AFIS tienden a ser tanto recientes como superficiales<sup>203</sup>.

---

[2005] NSWSC 1241; *Bonder v. Howell* [1984] WAR 76; *Fullerton v. Commissioner of Police* [1984] 1 NSWLR 159; *Coxan v Mazey* [1981] Tas R 209; *Sernack v. McTavish* [1971] ALR 441.

<sup>191</sup> *R. v. Sarlija* [2006] ACTCA 22.

<sup>192</sup> *Police (NSW) v. JC* [2016] NSWChC 1.

<sup>193</sup> *Milner v. Anderson* (1982) 42 ACTR 23.

<sup>194</sup> *R. v. Ahola (No 6)* [2013] NSWSC 703.

<sup>195</sup> *R. v. Lawless* [1974] VR 398.

<sup>196</sup> *Re Pong Su (No 18)* [2005] VSC 58.

<sup>197</sup> *R. v. Barbera* (1972) 1 NSWLR 612 (huellas por fuera del vehículo); *R. v. Fitzgerald* [2005] SADC 118; *Chahine v. The Queen* [2006] NSWCCA 179.

<sup>198</sup> *Reg. v. O'Callaghan* [1976] VR 676, 678; *R. v. Moore* [1982] Qd R 162.

<sup>199</sup> *Barr v. The Queen* [2004] NTCCA 1; *R v SMR* [2002] NSWCCA 258.

<sup>200</sup> *Hillstead v. The Queen* [2005] WASCA 116, [50], [52]ff.

<sup>201</sup> Contrast *R. v. Peel* (1999) 2 Qd R 400, 410.

<sup>202</sup> *Mickelberg v. The Queen* [2004] WASCA 145.

<sup>203</sup> *R v Hillier* [2010] ACTSC 33; *R v Graham* [2017] ACTSC 267; *R. v. Parry* [2017] SASCFC 66 (inconsistencias entre los examinadores sobre la suficiencia, basado en diferentes huellas de referencia); *R. v. DD* [2016] ACTSC 149; *Shorrocks v Commissioner of Police (NSW)* [2014] NSWIRComm 1008; *R. v. Millard* [2006] ACTSC 56.

En Canadá, las decisiones que consideraron la admisibilidad se centran en las normas que autorizan la captura y recopilación de la toma de huellas<sup>204</sup>; la toma y permanencia de huellas dactilares de menores de edad<sup>205</sup>; si la recopilación y almacenamiento de huellas dactilares infringió los derechos consagrados en la Carta de Naciones Unidas (después de 1982)<sup>206</sup>; la forma en que se pueden utilizar los registros de huellas dactilares<sup>207</sup>; si se requiere a un examinador de huellas dactilares para que declare en juicios de extradición<sup>208</sup>; la admisibilidad de los registros de huellas dactilares en juicios orales<sup>209</sup>; las posibles consecuencias por no proporcionar huellas dactilares cuando los investigadores las solicitan<sup>210</sup>; y si las huellas dactilares pueden constituir prueba suficiente en material penal conforme a *Buckingham*<sup>211</sup>. Los tribunales canadienses admitieron declaraciones sobre registros parciales de huellas (es decir, que excluían a algunas personas pero no a todas) para ayudar con la identificación del acusado<sup>212</sup>. El hecho de que un examinador en particular no haya participado en muchos casos o no tenga experiencia examinando, junto con el hecho de que el examinador no haya sido llamado a declarar muy a menudo a tribunales, se tomaban como problemas que podrían afectar el valor de la prueba<sup>213</sup>. Los tribunales canadienses también confirmaron que las confesiones seguían siendo voluntarias aun cuando la policía engañaba a un entrevistado afirmando la existencia de pruebas de ADN y de huellas dactilares que los vinculaban con el delito<sup>214</sup>.

Ha habido impugnaciones exitosas en Canadá, pero una vez más, no están enfocadas en cuestiones epistemológicas, es decir, sobre problemas metodológicos o sobre la fiabilidad. Hubo preocupación acerca de: el perjuicio injusto causado por los registros de huellas dactilares presentados por la Corona que estaban relaciona-

<sup>204</sup> *R. v. Buckingham*, 86 C.C.C. 76 (1943); *R. v. Hayward*, 118 C.C.C. 365 (1957); *R. v. S (AS)*, 2013 BCPC 373 (un menor); *R. v. Vu*, 2007 BCPC 344; *R. v. Do*, 2002 BCSC 1889; *R. v. Vu*, 2014 BCSC 456; *R. v. Liang*, 2007 YKTC 18; *R. v. Nguyen*, 2001 BCSC 1869;

<sup>205</sup> *R. v. Jacobsen*, 1978 CarswellOnt 1849; *F (DD), Re*, 1984 CarswellOnt 1571; *R. v. N (A)* [1977] 2 W.W.R. 577; *B. v. B.*, [1982] 5 W.W.R. 644 (uso de la fuerza); *R. v. Lin*, 76 W.C.B. (2d) 386 (2008); *R. v. S (SA)*, 150 A.R. 228 (1994).

<sup>206</sup> *R. v. Le*, 2004 BCPC 122; *R v Feeney*, 1999 CarswellBC 622; *R v Corall*, 146 A.R. 202 (1993); *R. v. Connors*, [1998] 8 W.W.R. 421; *R. v. Wu*, [2002] O.J. No. 4758; *R. v. Colwell*, 4 W.C.B. (2d) 30 (1988); *R. v. Gale*, 35 W.C.B. (2d) 421 (1997); *R. v. Davis*, 2008 BCPC 266; *R v McKay*, 136 A.R. 130 (1992); *R. v. Feeney*, 2001 BCCA 113;

<sup>207</sup> *R. v. Delaney*, 1964 CarswellBC 1 (el registro se puede usar para probar la identidad al igual que en condenas anteriores).

<sup>208</sup> *United States v. Francis*, 2010 ABCA 353, «las huellas dactilares recolectadas, registradas y conservadas siguiendo el curso ordinario de las actividades policiales, tienen una presunción de confianza en que se basa su incorporación como prueba admisibles en esta audiencia de extradición».

<sup>209</sup> *R. v. Page*, [1989] B.C.W.L.D. 2456.

<sup>210</sup> *R. v. Wright*, [1990] O.J. No. 727.

<sup>211</sup> *R. v. Keller* (1970) 1 CCC (2d) 360.

<sup>212</sup> *R. v. Gayle*, 2013 ONSC 5292; *R. v. Carpenter*, 2010 BCCA 27.

<sup>213</sup> *R. v. Gabriel*, 2013 QCCS 7034.

<sup>214</sup> *R. v. Fabas*, 2008 BCSC 677; *R. v. Tan*, 2011 BCSC 334. Esto es menos discutido en los Estados Unidos.

dos con una investigación anterior<sup>215</sup>; la amplitud de los poderes legislativos en el *common law* para recopilar y retener huellas dactilares<sup>216</sup>; las violaciones a la Carta de Naciones Unidas<sup>217</sup>; y la caracterización como testimonio de oídas de los informes de huellas dactilares de extranjeros (por ejemplo, certificados del FBI) en los procedimientos de extradición<sup>218</sup>. Una de las impugnaciones reportadas quizás más problemáticas planteaba la cuestión de cómo podían los tribunales confiar en que las tarjetas de registro de huellas dactilares contenían realmente las huellas dactilares del acusado en particular<sup>219</sup>.

Los siguientes casos son indicativos de impugnaciones jurídicas exitosas. En *R. v. Pressley* se admitió la identificación, el único problema era cómo pudo colocarse una huella dactilar en una ventana adyacente al lugar donde se retiró una caja fuerte y cuánto tiempo podría haber estado allí<sup>220</sup>. Los expertos «declararon afirmando que el testimonio sobre las huellas dactilares es infalible y que las huellas dactilares encontradas en el alféizar eran las del apelante y no podían ser de ninguna otra persona»<sup>221</sup>. Sin embargo, la Corte confirmó la apelación, sin estar segura acerca de las circunstancias de la antigüedad de la huella. En *R v Carey*, el recurrente había sido visto saliendo de un callejón, donde se encontraron sus huellas dactilares en vidrios rotos retirados de la ventana de un local adyacente, lo que «no se puede decir que conduzca irremediabilmente a la conclusión de ... su culpabilidad»<sup>222</sup>. De manera similar, en *R. v. O'Keefe*, la identificación a través de los registros de la RCMP no fue impugnada, solo su pertinencia en relación a si O'Keefe poseía bienes robados<sup>223</sup>. El Tribunal de Apelaciones de Ontario concluyó que la presencia de las huellas dactilares de O'Keefe en productos robados no probaba sin más la posesión de dichos bienes. Bien pudo haber manipulado los bienes, pero eso no prueba que estuviera en posesión ilegal de ellos. Incluso después de *Buckingham*, los jueces canadienses continuaron empleando categorías jurídicas e incertidumbres probatorias para moderar el impacto de la identificación mediante huellas dactilares latentes.

Antes de los casos asociados con *R. v. Bornyk* (discutidos en la sección 6.D), solo algunas de las decisiones hicieron referencia al AFIS, las bases de datos y otras nuevas tecnologías y técnicas. Las pocas decisiones que hacen referencia a los procedimientos y las tecnologías empleados tienden a hacer simples menciones, que en ocasiones incluyen algún pequeño detalle. De los más o menos 20 casos que se refieren al AFIS

<sup>215</sup> *R. v. Milani*, 2016 ONSC 7074.

<sup>216</sup> *R. v. McLarty*, 40 C.C.C. (2d) 72 (1978); *R. v. Lewis*, [1996] B.C.J. No. 1254; *R v Deo*, 2006 BCSC 1704.

<sup>217</sup> *R. v. Luu*, 2001 BCPC 411; *R v R (G.M.)*, 136 N.S.R. (2d) 93 (1994); *R. v. Kemp*, 2016 NSSC 7 (delay); *R. v. Bui*, 2006 BCPC 47,

<sup>218</sup> *R. v. Yousif*, 41 W.C.B. (2d) 306 (1998).

<sup>219</sup> *R. v. Gauthier*, 1 C.R.N.S. 107 (1967).

<sup>220</sup> *R. v. Pressley* [1949] 1 WWR 692

<sup>221</sup> *Pressley*, [22]: «Dos expertos en huellas dactilares ... fueron intensa y largamente interrogados por el abogado del recurrente, pero sus declaraciones se mantuvieron inmutables».

<sup>222</sup> *R. v. Carey* [1945] 85 CCC6. Carey tenía en su poder un destornillador cuando fue detenido.

<sup>223</sup> *R. v. O'Keefe* [1958] OR 499.

(o a las bases de datos), ninguno planteó inquietudes sobre los procedimientos, el diseño del sistema o los nuevos riesgos que se originan al buscar entre un gran número de huellas dactilares<sup>224</sup>. Ninguno plantea problemas de validez y transparencia asociados con las bases de datos electrónicas y los algoritmos de búsqueda<sup>225</sup>.

### 3.4. Resumen

Mediante una revisión de casos, este capítulo demuestra lo poco atentos e insensibles que fueron los abogados y las instituciones jurídicas sobre las dimensiones epistemológicas de las pruebas de huellas dactilares latentes. Todos los tribunales asumieron no solo que la prueba dactilar era fiable, sino quizás la forma más fiable de prueba<sup>226</sup>. Desde la segunda década del siglo xx, casi todas las impugnaciones a la prueba de huellas dactilares latentes se dirigían a señalar algún problema de tipo jurídico. Los abogados y los tribunales estaban especialmente preocupados por el cumplimiento de la legislación que permite la recopilación y el uso de las huellas, así como por cuestiones constitucionales y legislativas en los Estados Unidos y Canadá. Si bien estas respuestas son comprensibles y, en cierto sentido, podrían haber estado entre las respuestas prácticas más efectivas disponibles, privaron de información y conocimientos importantes tanto a los tribunales como a los juzgadores de los hechos y a los profesionales de la ciencia forense. En vez de proporcionar un foro crítico para facilitar la evaluación de la prueba de huellas dactilares latentes, los tribunales alentarón e incluso divinizaron las pruebas dactilares<sup>227</sup>. Su abordaje colocó la fiabilidad de la prueba fuera de toda duda y fomentó muchas impugnaciones de naturaleza jurídico-formal que fueron repetitivas, a veces superficiales y generalmente no exitosas.

Para los observadores externos, llama la atención que pese a la posibilidad de exigir la producción de documentos, de interrogar a los examinadores de huellas dactilares y traer a otros expertos (por ejemplo, investigadores científicos y estadísticos) para refutar a aquellos, los fiscales, los abogados defensores y los jueces parecen no haber estado dispuestos a percibir algunos de los muchos problemas con la prueba de huellas dactilares latentes o tal vez hayan sido incapaces de ello: particularmente la forma en que se producía y presentaba (y seguramente también la forma en que

<sup>224</sup> Sin embargo, véase *R. v. Pakula*, 136 W.C.B. (2d) 285 (2017).

<sup>225</sup> *R. v. Connors*, 49 B.C.L.R. (3d) 376 (1998); *R v Dore*, 166 C.C.C. (3d) 225 (2002); *R. v. Teskey*, 2003 ABPC 225; *R. v. Qureshi*, 2011 ABPC 92; *R v Renner*, 2008 ABPC 109; *R v Ticknovich*, 2003 ABQB 854; *R c. Cléroux*, 2012 QCCQ 9890; *R. v. J (J)*, 2012 ONCJ 133; *R. v. Primeau*, 2009 ABPC 376; *R. v. Gallagher*, 2012 BCCA 424; *R. v. Mattu*, [1996] B.C.J. No. 2182; *R v B (DR)*, 2004 BCPC 144; *R v Bird*, 2015 SKQB 17; *R. v. Kang*, 86 W.C.B. (2d) 131 (2009); *R. v. Newman*, 2013 BCSC 592; *R. v. Dueck*, 2011 ABPC 53; *R. v. McKay*, 2010 BCPC 92; *R v S (AS)*, 2013 BCPC 373; *R. v. Dhudwarr*, 102 W.C.B. (2d) 690 (2011);

<sup>226</sup> Al menos hasta que los perfiles de ADN se estabilizaran a mediados de los 90.

<sup>227</sup> Contrástese la deconstrucción jurídica en Jasanoff, 1995.

era entendida) diariamente en las investigaciones y los procesos judiciales<sup>228</sup>. Es notable que haya tardado un siglo, junto con movimientos esencialmente no jurídicos y cambios significativos en las reglas y procedimientos, antes de que finalmente se abordaran algunos desafíos epistemológicos para su admisibilidad.

#### 4. NUEVAS REGLAS, «REVOLUCIONES» EN LA ADMISIBILIDAD Y CONDENAS ERRÓNEAS (1975 – 2009)

Desde mediados de la década de 1970 comenzaron a aparecer una serie de nuevas reglas probatorias y nuevas interpretaciones en nuestras cuatro jurisdicciones. Sin embargo, estas nuevas reglas, junto con sus interpretaciones obligatorias de los tribunales de primera instancia, no cambiaron la forma en que se admitían y presentaban en los procedimientos penales las pruebas de huellas dactilares latentes (y de muchos otros tipos de pruebas científico forenses), comenzando con la introducción de las *Federal Rules of Evidence* (1975) en los Estados Unidos y continuando con *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc* (1993) y *Kumho Tire Co.*; en Canadá, *Ltd v. Carmichael* (1998), *R. v. Mohan* (1994) y *R. v. J-LJ* (2000); en Australia (desde 1995) la *Uniform Evidence Law* (UEL); y culminando con una reforma procesal en Inglaterra y Gales<sup>229</sup>. Como veremos, esto es desafortunado y quizás sorprendente, pues muchas de las nuevas reglas de admisibilidad y criterios afines, como los incluidos en *Daubert* y *J-LJ* (en Canadá), estaban explícitamente orientados por la fiabilidad de la prueba pericial. En este apartado podemos observar en que grado fue la revolución asociada con *Daubert*, su encarnación en el procedimiento penal canadiense y, más indirectamente, en el inglés. Curiosamente, ninguno de estos intereses (renovados) en la fiabilidad (jurídica) llevó a excluir la prueba de huellas dactilares latentes o siquiera a exigir una terminología con base más empírica en los informes y las declaraciones de los expertos.

##### 4.1. Estados Unidos: Las FRE (1975), los perfiles de ADN y *Daubert* (1993)

Como hemos visto, las pruebas de huellas dactilares latentes se admitieron y utilizaron rutinariamente en los procesos penales en los Estados Unidos desde principios del siglo xx. La aparición y el uso del criterio «aceptación general» de *Frye v. EE. UU.* en procedimientos penales, de alguna manera inconsistente desde 1923, parece haber tenido poco impacto perceptible<sup>230</sup>. A medida que el Estado estableció agencias de

<sup>228</sup> La credibilidad de un examinador individual (o investigadores) marca la tendencia de la mayoría de las impugnaciones sobre fiabilidad. Véase e.g. *R. v. McKechnie* (Ian Alexander) [2002] EWCA Crim 3161 and *R. v. Zomparelli* (Anthony Alberto), 2000 WL 35801961.

<sup>229</sup> *R. v. Mohan*, [1994] 2 SCR 9; *R. v. J-LJ* [2000] 2 SCR 600; *R. v. DD* [2000] 2 SCR 275.

<sup>230</sup> *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923). Véase también GIANNELLI, 1980: 6; CHENG y YOON, 2005: 471; BERGER, 2005: S59; BERGER, 2003: 1125.

huellas dactilares, los examinadores de huellas dactilares establecieron rápidamente asociaciones profesionales que desarrollaron reglas, prácticas y estándares basados en supuestos y consensos, en lugar de llevar a cabo investigaciones científicas y evaluaciones formales. La existencia de numerosos departamentos y organizaciones, como la *International Association for Identification* (IAI, por sus siglas en inglés, fundada en 1915), y la colaboración internacional (como en *Jennings*), hicieron que fuera relativamente fácil satisfacer a tribunales crédulos de que la identificación mediante las huellas dactilares cumplía con los requisitos de admisibilidad, como la “aceptación general”. Para los tribunales, la identificación positiva mediante comparación de huellas dactilares latentes era una cuestión generalmente aceptada entre la comunidad de examinadores de huellas dactilares latentes. De hecho, el enfoque en la *aceptación* por parte de la comunidad parroquial de examinadores de huellas persiste en algunas jurisdicciones de los EE. UU., aún mucho después de la introducción de criterios de fiabilidad, y continúa brindando inmunidad a los examinadores de huellas dactilares latentes, incluso después de importantes intervenciones por parte de organizaciones científicas autorizadas<sup>231</sup>.

La introducción de las *Federal Rules of Evidence* (1975), específicamente la regla 702 que regula la prueba pericial (así como la regla 403), junto con su adopción en muchos Estados (complementando el estándar de la aceptación general y otras normas de admisibilidad), poco hizo por cambiar la práctica de los tribunales de Estados Unidos respecto la admisibilidad, antes de la aparición de las demandas colectivas en los años ochenta. De hecho, no fue sino hasta la apelación que en materia civil se presentó en *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993) y en *Kumho Tire Co. v. Carmichael* (1998) y la imposición de nuevos criterios de fiabilidad (adoptados rápidamente en la mayoría de los Estados) preocupados por el sometimiento a test, la revisión por pares y la publicación, las tasas y estándares de error, así como por la aceptación general (los cuatro criterios que se conocen como criterios *Daubert*), que los abogados defensores comenzaron lentamente a cuestionar los procedimientos científico-forenses utilizados en los procedimientos penales, que hasta entonces habían sido inmunes a impugnaciones serias durante más de un siglo<sup>232</sup>. Recién hacia finales del siglo xx, como consecuencia de *Daubert*, la introducción de los perfiles de ADN, la crítica académica a las ciencias forenses y la exposición de las condenas erróneas a través de los Proyectos Inocencia, los abogados defensores comenzaron a intentar las primeras impugnaciones sofisticadas a la prueba de huellas dactilares latentes. Los casos de *US v. Mitchell* y *US v. Llera-Plaza* se encuentran entre los más antiguos y destacados de ello.

La primera impugnación sería *post-Daubert* a la admisibilidad de la prueba de huellas dactilares latentes fue en la acusación contra *Byron Mitchell*<sup>233</sup>. El Tribunal

<sup>231</sup> *United States v. Love*, 2011 WL 2173644, 7 (S.D. Cal. 2011); *United States v. Otero*, 849 F. Supp.2d 425, 431ff (D.N.J. 2012).

<sup>232</sup> *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc* 113 S Ct 2786 (1993); *Kumho Tire Co. v. Carmichael* 526 US 137 (1999).

<sup>233</sup> *U.S. v. Mitchell*, 365 F.3d 215, 236 (3rd Cir. 2004). Véase también *United States v. Mitchell*, 145 F.3d 572 (3rd Cir. 1998), *United States v. Mitchell*, 199 F.Supp.2d 262 (E.D. Pa, 2002). La trans-

de Distrito llevó a cabo «una extensa audiencia *Daubert*» que duró cinco días, escuchando declaraciones de once expertos y generando un voluminoso registro sobre la admisibilidad de las pruebas de huellas dactilares presentadas por el Estado (y de los expertos presentados por Mitchell)<sup>234</sup>. Analicemos la respuesta que en sede de apelación se dio a dicha impugnación de admisibilidad, enfocada en si la identificación de huellas dactilares latentes satisfacía los criterios de *Daubert*.

El Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito dividió en dos partes el primer criterio *Daubert* (el requisito de que las afirmaciones deben ser testeables o haber sido sometidas a test). Primero, las premisas subyacentes de perdurabilidad y unicidad son testeables y han sido sometidas a test. El tribunal aceptó que cada una de estas afirmaciones eran susceptibles de ser sometidas a test. La perdurabilidad de las huellas dactilares fue relativamente fácil de testear, aunque en la «audiencia no se proporcionó mucha prueba sobre el efectivo sometimiento a test de la hipótesis»<sup>235</sup>. La unicidad era más difícil de demostrar. El Tribunal se basó en varias formas diferentes de «test», como la incapacidad de encontrar huellas idénticas y parciales en bases de datos muy grandes, estudios en gemelos idénticos y el hecho de que múltiples agencias de huellas dactilares «no habían encontrado a dos personas diferentes con la misma huella dactilar»<sup>236</sup>. La segunda parte del sometimiento a test estaba relacionada con la posibilidad de demostrar la identificación positiva «a partir de huellas dactilares que contengan suficiente cantidad y calidad de detalles»<sup>237</sup>. El Tribunal aceptó que esto podría ser fácil de demostrar en condiciones ideales. El gobierno había realizado una serie de elaborados intentos (incluida una serie de experimentos) para sustentar su posición. Para el Tribunal, estos experimentos fueron metodológicamente débiles, pues no se correspondían con la «identificación positiva ... a partir de *huellas dactilares reales*»<sup>238</sup>. Al final, se señaló que es la capacidad del examinador para describir los detalles y la suficiencia lo que «rescata []» la identificación de huellas dactilares en los casos. Esto estaba relacionado con el método y con el hecho de que «ninguna agencia estatal ... había encontrado una huella dactilar latente que «coincidiera con dos dedos diferentes de la misma persona o incluso con personas diferentes»<sup>239</sup>. El Tribunal señaló que estaba «reacio» a considerar que el resultado [de este análisis] favorecía al gobierno», pero finalmente se dejó convencer por «una larga historia de test implícitos» en los procedimientos penales a lo largo del siglo xx. «Por otra parte, la susceptibilidad a test» podría abordarse mediante las garantías procesales; más claramente con «la posibilidad de un interrogatorio cruzado significativo»<sup>240</sup>.

---

cripción del caso *Mitchell* entregó una base para los argumentos de *Llera Plaza*.

<sup>234</sup> Las audiencias *Daubert* son a propósito de la admisibilidad de la prueba pericial.

<sup>235</sup> *Mitchell*, 236.

<sup>236</sup> *Mitchell*, 236.

<sup>237</sup> *Mitchell*, 236.

<sup>238</sup> *Mitchell*, 237-238, 227-228. (cursivas en el original). Una parte involucraba comparar unas fracciones de las huellas de referencia (cerca de un 20 a 25%, también llamadas pseudolatentes) de una gran base de datos, con todas las huellas de la base de datos.

<sup>239</sup> *Mitchell*, 237.

<sup>240</sup> *Mitchell*, 238.

Respecto la revisión por pares y publicación, el Estado argumentó que la «verificación ... constituye una efectiva revisión por pares». Reconociendo que la revisión por pares no fue independiente (o ciega) y que parecía haber una «regla de unanimidad», el Tribunal consideró que «el paso de la verificación del ACE-V puede no ser una revisión por pares en su mejor forma, pero, en definitiva, el factor de «revisión por pares» de hecho favorece su admisión». En cuanto a las obras escritas, el Tribunal señaló que: «la faceta de la publicación de la revisión por pares no es un factor importante y ni refuerza ni desvirtúa nuestra conclusión de que el factor de revisión por pares favorece la admisión»<sup>241</sup>.

El aparentemente bajo rango de error fue presentado como un factor a favor de la admisión. Enfocándose en los falsos positivos (es decir, en las identificaciones erróneas), el Tribunal decidió que «[a]sumiendo ... que una tasa ha sido sólidamente establecida, seguramente será una tasa de error baja»<sup>242</sup>. Esto situó la confianza en los alegatos del Estado respecto a que: las agencias no habían tenido noticias de coincidencias erróneas en la práctica; los empleados estatales que hacían las pruebas tenían una tasa de error bastante baja en su tarea; y, ninguna de las agencias del Estado (o pruebas con computadora) había cometido errores al encontrar coincidencias cuando se les enviaron las impresiones dactilares de Mitchell con el fin de revisar las pruebas del caso<sup>243</sup>.

La tasa de error ha sido lo suficientemente identificada como para considerar que este factor favorece fuertemente la admisión de la prueba. La tasa de error no ha sido cuantificada precisamente, pero los diversos métodos para estimar la tasa de error sugieren que es muy baja<sup>244</sup>.

En cuanto a los estándares, en ausencia de un sistema de puntos, el enfoque flexible para hacer una identificación significa «que el método del FBI carece de un parámetro significativo de objetividad basado en estándares»<sup>245</sup>. A pesar de los estándares del procedimiento (como el ACE-V) y los estándares terminológicos (como las convenciones de nomenclatura para los puntos de Galton), el Tribunal señaló que:

... estos son insustanciales en comparación con los estándares elaborados y exhaustivamente refinados que se encuentran en muchas disciplinas científicas y técnicas. En tal sentido, encontramos que este factor no favorece la admisión de la prueba<sup>246</sup>.

Finalmente, el Tribunal consideró que la identificación de huellas dactilares «goza de la aceptación general dentro de la comunidad de identificación forense», encontrando respaldo en una decisión reciente del Cuarto Circuito «que se basó en gran medida en la aceptación general para respaldar su admisión»<sup>247</sup>. El Tribunal rechazó, por irrelevante, el argumento de la defensa de que la comparación de las huellas dactilares no era aceptada por la comunidad científica.

<sup>241</sup> *Mitchell*, 239.

<sup>242</sup> *Mitchell*, 239.

<sup>243</sup> *Mitchell*, 231.

<sup>244</sup> *Mitchell*, 241.

<sup>245</sup> *Mitchell*, 241.

<sup>246</sup> *Mitchell*, 241.

<sup>247</sup> *Mitchell*, 241. Citando a *United States v. Crisp*, 324 F.3d 261 (4th Cir.2003).

En resumen, el Tribunal concluyó que «las pruebas de huellas dactilares presentadas por el Estado aprobaron el examen». El Estado había convencido a los jueces de que había «buenos argumentos» para la opinión de los expertos<sup>248</sup>. La caracterización de la prueba de huellas dactilares como «ciencia» o con alguna otra etiqueta (como «conocimiento técnico») no fue importante, porque después de *Kumho*, la «[f]iabilidad siguió siendo el principio guía»<sup>249</sup>. Las limitaciones con la identificación mediante huellas dactilares eran entonces problemas que podían resolverse mediante «el sistema adversarial». La siguiente proposición de *Daubert* fue invocada con su aprobación:

Un intenso interrogatorio cruzado, la presentación de pruebas en contra y las instrucciones judiciales cuidadosas al jurado sobre la carga de la prueba, son los medios tradicionales y apropiados para atacar la prueba débil pero admisible<sup>250</sup>.

El Tribunal de Apelaciones explicó que no estaba introduciendo una «regla categórica de que las pruebas de huellas dactilares latentes eran admisibles» en el Tercer Circuito, pero que esperaba que su detallada resolución brindara una «guía sólida» al respecto. Ello no exigía «extensas audiencias *Daubert* en todos los casos»<sup>251</sup>.

Hubo además otras cuestiones tratadas en la apelación. El juez del juicio había decidido que los expertos convocados por la defensa no podían testificar sobre si las pruebas de huellas dactilares latentes eran o no una ciencia<sup>252</sup>. Su testimonio fue restringido a las prácticas y su fiabilidad. La decisión fue considerada por la defensa como una decisión de exclusión de prueba, pero el Tribunal de Apelaciones consideró que se trataba de una reacción exagerada de la defensa. Además, el juez del juicio había considerado como hechos notorios la perdurabilidad y la unicidad de las huellas dactilares. El Tribunal de Apelaciones no los consideró como «hechos» cuya «fiabilidad no pudiera ser cuestionada razonablemente», como se indica en los registros, sino que son áreas «sujetas a una disputa razonable»<sup>253</sup>. En consecuencia, el juez del juicio no debería haberlos declarado como hechos notorios o instruido al jurado para que aceptase estas afirmaciones como hechos. Estas instrucciones del juez al jurado, en un juicio oral donde la fiabilidad de la prueba de huellas dactilares latentes estaba en cuestión, se consideraron como un «*harmless error*» (error inocuo)<sup>254</sup>. Finalmente, después de la condena de Mitchell, y presumiblemente en respuesta a esta y otras impugnaciones de admisibilidad, el FBI emitió una convocatoria (o solicitud) para que se realizaran «estudios de validación del sistema de huellas dactilares». Mitchell afirmó que esto violaba las obligaciones del estado establecidas en *Brady v.*

<sup>248</sup> *Mitchell*, 244.

<sup>249</sup> *Mitchell*, 244.

<sup>250</sup> *Mitchell*, 245. Citando a *Daubert*, 596.

<sup>251</sup> *Mitchell*, 246.

<sup>252</sup> *Mitchell*, 250-251.

<sup>253</sup> *Mitchell*, 252.

<sup>254</sup> *Mitchell*, 251-253.

*Maryland*, al omitir información material y favorable a la defensa con la cual podría haber impugnado a los testigos expertos del Estado<sup>255</sup>. La Corte discrepó.

Otra impugnación sobresaliente la encontramos en *US v. Llera Plaza*<sup>256</sup>. Hay dos decisiones en *Llera-plaza*. El juez Pollak inicialmente se pronunció a favor de la exclusión, impidiendo que el gobierno de los Estados Unidos introdujera pruebas de huellas dactilares latentes. Tras un recurso de reconsideración y tres días adicionales de audiencias, Pollak se retractó y declaró que la prueba de huellas dactilares latentes era admisible. Antes de su revocación, *Llera Plaza I* era la más destacada de las decisiones modernas. La primera decisión concluyó que la prueba de huellas dactilares latentes solo cumplía parcialmente uno de los criterios *Daubert*. Incluso ese criterio, el de «aceptación general», no se cumplía completamente porque la «comunidad de expertos en huellas dactilares» no eran «considerados como ‘comunidad científica’». <sup>257</sup> Al reconsiderarlo y tratar la comparación mediante huellas dactilares latentes como conocimiento técnico (después de *Kumho*) y no como una ciencia, Pollak quedó conforme con que la prueba era lo suficientemente fiable para ser presentada ante un jurado <sup>258</sup>. Incluso después de revertir su decisión, Pollak lamentó que ni la «verificación» (del ACE-V), ni «un siglo de juicios hayan constituido una forma de test ‘adversariales’ que satisficieran los criterios *Daubert*». <sup>259</sup> Esto se consideró desafortunado porque un test genuino «claramente ayudaría a medir la fiabilidad del ACE-V» <sup>260</sup>.

Después de la nueva audiencia, en la que el gobierno puso énfasis en las pruebas de aptitud de los examinadores de huellas dactilares y en que el criterio *Daubert* era «flexible», Pollak se convenció de que las pruebas de huellas dactilares latentes eran admisibles como una disciplina «técnica» <sup>261</sup>. Se remitió para ello a las pruebas de aptitud rutinarias del FBI y otros examinadores de huellas dactilares (con un «índice de error de poco menos del 1%»), demostrando «un nivel *acceptable* de competencia», junto con el hecho de que no se conocían «identificaciones erróneas atribuibles a examinadores del FBI» <sup>262</sup>. Admitiendo que esa «ausencia de conocimiento» no prueba la ausencia de errores, «nada en los registros sugiere que lo contrario es cierto» <sup>263</sup>. En la segunda resolución, Pollak se refirió distendidamente sobre la extensa historia de admisión jurídica y confianza en esta prueba: «Los tribunales ingleses y estadoun-

<sup>255</sup> *Brady v. Maryland*, 373 US 83 (1963).

<sup>256</sup> *U.S. v. Llera Plaza*, 188 F.Supp.2d 549 (E.D.Pa 2002).

<sup>257</sup> *Llera Plaza*, 563.

<sup>258</sup> Esta decisión se basa incómodamente en la aproximación a dicha nomenclatura utilizada en *Mitchell*. Véase también *United States v. Haavard* 117 F Supp 2d 848 (SD Ind 2000). Y en general, Thomas Gieryn, *Cultural boundaries of science* (Chicago, Chicago University Press, 1999).

<sup>259</sup> *Llera Plaza*, 564, 571.

<sup>260</sup> *Llera Plaza*, 571-572. Este enfoque es bastante diferente al enfoque de *Mitchell*, publicado en 2004.

<sup>261</sup> *Llera Plaza*, 562.

<sup>262</sup> *Llera Plaza*, 556, 565-6, 573 (cursivas como en el original). Curiosamente, el proveedor comercial de las evaluaciones de aptitud del FBI fue después criticado por hacer estas pruebas demasiado fáciles. Informe del PCAST, 57, n133.

<sup>263</sup> *Llera Plaza*, 566.

idenses han aceptado la prueba de dactilar durante casi un siglo»<sup>264</sup>. Se remitió a los casos ingleses *Castleton y R. v. Buckley* (1999), así como a las primeras decisiones estadounidenses, como *Jennings*<sup>265</sup>. Lo mismo hizo respecto a la historia temprana de los estudios sobre huellas dactilares latentes, con referencias a las contribuciones de Francis Galton (1822-1911), Edward Henry (1850-1931), Sir William Herschel (1833-1917) y, especialmente, de Henry Faulds (1843-1940)<sup>266</sup>. Pollak también puso énfasis, y aparentemente su confianza, en que los examinadores británicos de huellas dactilares utilizan un procedimiento «esencialmente idéntico» al empleado por el FBI (es decir, ACE-V), junto con el hecho de que las interpretaciones del FBI también eran admisibles en juicios ingleses<sup>267</sup>. Explicó:

... las conclusiones que, sujetas a una cuidadosa supervisión judicial, son consideradas suficientemente fiables en Inglaterra, deberían ser también consideradas lo suficientemente fiables en los tribunales federales de los Estados Unidos<sup>268</sup>.

Este último punto es curioso dado que la jurisprudencia inglesa de admisibilidad no impone un estándar de fiabilidad formal (o criterios *Daubert*) para la admisión la prueba pericial en procedimientos penales. De hecho, los criterios de admisibilidad para la prueba pericial en los procedimientos penales en Inglaterra fueron descritos como «laissez faire» por la *Law Commission* de Inglaterra y Gales<sup>269</sup>.

Estos juicios orales y apelaciones posteriores a *Daubert* representan los primeros desafíos metodológicamente sofisticados a la prueba dactilar durante su larga historia jurídica. Son inusuales porque la defensa contrató no solo a individuos con experiencia en la comparación de huellas dactilares latentes, sino también a individuos con una variedad de perspectivas científicas, técnicas, sociológicas e históricas que se movilizaron para cuestionar el estatus científico y la fiabilidad de la comparación mediante huellas dactilares latentes *en general*<sup>270</sup>.

<sup>264</sup> *Llera Plaza*, 572.

<sup>265</sup> *R. v. Buckley* (1999) 163 JP 561, discutido más adelante.

<sup>266</sup> *Llera Plaza*, 561ff.

<sup>267</sup> *Llera Plaza*, 575-576.

<sup>268</sup> *Llera Plaza*, 576.

<sup>269</sup> Law Commission of England and Wales, *Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales*, 34 Law Com. Report No. 325 (HMSO, 2011) 3, 4, 5, 16.

<sup>270</sup> La única otra jurisdicción donde han aparecido estos meta-peritos es en el caso *Bornyk* en Canadá (discutido más adelante); donde uno de los peritos de la defensa de *Mitchell* declaró junto con un científico de la RCMP. Fuera de los EE.UU., el uso de los expertos por la defensa es poco común y traer a examinadores no-dactilares para declarar en juicio oral es excepcional. Curiosamente, los tribunales en los EE.UU. han tenido opiniones divididas sobre si aceptar o no las declaraciones de estos examinadores no-dactilares en los casos. Véase la discusión en Lynch y Cole, 2005: 269; Cole, 2009: 121.

4.2. Inglaterra y Gales: La Comisión Real de Runciman, *R v Buckley* (1999), el Servicio de Ciencias Forenses, las *Criminal Procedure Rules*, las *Crimininal Practice Directions* y los informes forenses simplificados

El sistema de justicia penal de Inglaterra y Gales, y especialmente sus instituciones de ciencias forenses, fue fuertemente sacudido por una serie de errores judiciales cometidos en casos por ataques del IRA en los años 70 y 80. Los famosos Seis de Birmingham, los cuatro de Guildford y los siete de Maguire fueron todos condenados, en parte, sobre la base de pruebas científicas forenses erradas<sup>271</sup>. Entre los problemas se destacaron las pruebas forenses utilizadas para probar el manejo de explosivos. A raíz de estos errores de gran repercusión mediática, May y Runciman llevaron a cabo investigaciones públicas. Entre las recomendaciones de la Comisión Real de Justicia Penal de Runciman se encuentra la necesidad de contar con estándares, garantías de calidad y acreditación, y exigir estudios en ciencias a los científicos forenses. La Comisión recomendó la creación de un Consejo Asesor en Ciencias Forenses, lo que se materializó más de una década después cuando se privatizó la provisión de servicios en ciencias forenses, bajo la forma de un Ente Regulador de Ciencias Forenses (*Forensic Science Regulator*, FSR, por sus siglas en inglés)<sup>272</sup>. Además, la Comisión Real instó a la creación de Comisiones de Revisión de Casos Penales en Inglaterra, Gales y Escocia, para proporcionar un medio adicional de investigación y poder volver a revisar determinadas condenas.

Poco después de estas investigaciones públicas, se reestructuró el Servicio de Ciencias Forenses (*Forensic Science Service*, FSS, por sus siglas en inglés), el principal proveedor de prueba científica forense hasta entonces. Se convirtió en un organismo público, y en varias otras encarnaciones institucionales, que cobraba tarifas por sus servicios. Los altos costos de funcionamiento del FSS se utilizaron como fundamento para justificar su cierre en 2012. El cierre dio lugar a la privatización y a una mayor dependencia en los mecanismos del mercado para la prestación de servicios forenses, acompañado con cierto nivel de consolidación de los servicios de ciencia forense dentro de los departamentos de policía<sup>273</sup>. Justo antes de que se cerrara el FSS, y tal vez previendo el auge de un amplio mercado competitivo para los servicios de ciencia forense, el gobierno creó un Ente Regulador de Ciencia Forense (*Forensic Science Regulator*, FSR, por sus siglas en inglés) en 2008, para brindar asesoramiento y orientación sobre pruebas con fundamento en las ciencias forenses. Este reciente Ente ha proporcionado una cantidad sustancial de informes que son consistentes con los tipos de problemas y preocupaciones planteadas por los informes discutidos en el apartado 6<sup>274</sup>.

---

<sup>271</sup> WALKER y STARMER, 1999; NOBLES y SCHIFF, 2000. Casos recientes más problemáticos incluyen *R. v. George (Barry)* [2007] EWCA Crim 2722 y *R. v. Hoey* [2007] NICC 49.

<sup>272</sup> Véase LAWLESS, 2016.

<sup>273</sup> ROBERTS, 2017: 502.

<sup>274</sup> Hoy en día las guías del FSR son meramente consultivas.

Poco se dijo sobre la prueba dactilar, o cualquier otro tipo de ciencia forense, en la Comisión Real de Runciman. La apelación en *R. v. Buckley*, resuelta apenas unos años después de la Comisión Real, nos entrega un panorama útil sobre la postura dominante en Inglaterra acerca de la prueba de huellas dactilares latentes. Curiosamente, analizando el panorama histórico proporcionado por el tribunal, no hay una conciencia de los problemas y ninguna referencia a la crisis en las ciencias forenses que llevaron a la investigación pública de Runciman.

La huella dactilar de Buckley fue encontrada en bienes robados durante un robo calificado<sup>275</sup>. Sin ninguna explicación, la defensa abandonó el recurso de apelación. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones decidió proporcionar un panorama general del estado de las pruebas de huellas dactilares latentes, basándose en información entregada por el abogado recurrente sobre la historia del uso de pruebas dactilares en los tribunales ingleses. Como veremos, la mayor parte de esa historia se refiere a la introducción, aceptación y abandono del sistema de puntos específicos. El Tribunal se esfuerza por presentar la comparación mediante huellas dactilares como un procedimiento incuestionablemente fiable, pero la variedad de respuestas (inexplicablemente inconsistentes) de la comunidad de huellas dactilares, y sus responsables, amenaza con socavar este trato favorable.

El Tribunal comienza su análisis apuntando la inconsistencia en el enfoque histórico (y de hecho reciente) de las pruebas de huellas dactilares, en particular respecto del sistema de puntos. En casos recientes se ha excluido una identificación basada en 10 puntos de similitud y se han admitido identificaciones basadas en 12 puntos. Esta «inconsistencia» parece haber motivado que el tribunal analizara el tema incluso después de que se declarara abandonada la apelación. El Tribunal señaló que la identificación por huellas dactilares latentes se basa en que «desde hace tiempo se sabe que los patrones de huellas dactilares varían de persona a persona y que dichos patrones son únicos e invariables a lo largo de la vida»<sup>276</sup>. Su estudio comienza con *Castleton*, cuando no «había criterios o estándares establecidos». Posteriormente y de manera gradual «se aceptó que una vez que se pudieran identificar 12 características o puntos similares, se podía probar la identidad de alguien más allá de toda duda»<sup>277</sup>. En 1924, la nueva *Scotland Yard* introdujo un estándar de 16 puntos basada en la investigación de Alphonse Bertillon (1853-1914). Este nuevo estándar, que recientemente se ha demostrado que se basó en huellas fabricadas y por tanto sus premisas son falsas, no fue utilizado por todas las fuerzas policiales en el Reino Unido.

En 1953, el Ministerio Público, representantes del Ministerio del Interior y varias fuerzas policiales adoptaron un Estándar Nacional de Huellas Dactilares que exigía 16 puntos de similitud para realizar una identificación. Simultáneamente, se estab-

---

<sup>275</sup> *R. v. Buckley* (1999) 163 JP 561. Hubo otras pruebas en el caso, aunque Buckley ofreció una explicación para su huella dactilar consistente en haberla dejado después del robo.

<sup>276</sup> *Buckley*, 5.

<sup>277</sup> *Buckley*, 5. El fundamento sobre el cual esto fue aceptado o si hubo algún fundamento empírico, fue evitado.

leció una Conferencia Nacional de Expertos en Huellas Dactilares para monitorear dicho estándar. Este estándar se modificó posteriormente para que cuando una escena produjera una huella latente con 16 puntos de coincidencia, «cualquier otra marca en la misma escena podría ser usada si se identificaban al menos diez puntos de coincidencia»<sup>278</sup>. Según el Tribunal, con el tiempo hubo consciencia de que:

bastante menos que 16 puntos de coincidencia pueden permitir la identificación más allá de cualquier duda. Algunos expertos sugirieron que ocho puntos proporcionarían completa seguridad. Otros sostuvieron que no debería haber ningún estándar numérico. Se nos ha señalado, y así lo reconocemos, que otros países admiten la identificación mediante 12, 10 u 8 características o puntos de similitud y en algunos países el sistema numérico se ha abandonado<sup>279</sup>.

Según el Tribunal, en una conferencia en 1983 parece haberse acordado un estándar de 12 puntos (nuevamente)<sup>280</sup>. Quienes asistieron a la conferencia admitieron que «en raras ocasiones una identificación quedará por debajo del estándar de 12 puntos, pero si la prueba dactilar es de tanta importancia en el caso se debería ante el Tribunal»<sup>281</sup>. En tales «extraordinariamente raros casos» la prueba debe ser presentada «solo por un experto de alto nivel y con alta experiencia»<sup>282</sup>. El nuevo estándar parece haber sido respaldado por Magistrado Presidente en *R. v. Charles* (1998) y por el Otton y otros en *R. v. Giles* (1988)<sup>283</sup>.

En 1988, interesadamente, el Ministerio del Interior y la Asociación de Jefes de Policía encargaron a dos científicos que revisaran los estándares vigentes<sup>284</sup>. El informe concluyó que «no había una base científica, lógica o estadística para conservar un estándar numérico»<sup>285</sup>. Esto llevó a la policía a abandonar formalmente los estándares numéricos, a tratar de establecer «procedimientos y protocolos claros» y a desarrollar sistemas nacionales de capacitación, gestión y auditoría. La Corte en *Buckley* describió este proceso como «un excelente trabajo de la policía y los expertos en huellas dactilares».

En cuanto a la admisibilidad, la prueba de huellas dactilares «es admisible ... si tiende a demostrar la culpabilidad del acusado». Además, puede «servir incluso si hay solo pocas características de coincidencia, pero en tal caso tendrán menor valor probatorio»<sup>286</sup>. Sobre la base de su análisis histórico y el «estado actual de conocimiento y experiencia en relación con las huellas dactilares», la Corte ofreció la siguiente guía:

<sup>278</sup> *Buckley*, 5-6.

<sup>279</sup> *Buckley*, 6.

<sup>280</sup> Estos estándares no se basan en ninguna prueba o estudio empírico, sino en el consenso.

<sup>281</sup> *Buckley*, 6.

<sup>282</sup> *Buckley*, 6.

<sup>283</sup> Casos no publicados, citados en *Buckley*.

<sup>284</sup> Véase EVETT y WILLIAMS, 1996: 49.

<sup>285</sup> *Buckley*, 7.

<sup>286</sup> *Buckley*, 8. Esta declaración parece permitir la admisión de interpretaciones que reporten similitudes que no equivalen a una identificación positiva. Históricamente, las asociaciones profesionales, como el IAI, habían prohibido tales testimonios. Para la mayoría de los examinadores de huellas dactilares no era nada: identificación, exclusión o insuficiencia (y, por lo tanto, no se puede excluir).

Si hay menos de ocho características similares es altamente improbable que un juez ejerza su discrecionalidad para admitir dicha prueba y, salvo en circunstancias totalmente excepcionales, la acusación no debe tratar de introducir dicha prueba. Si hay ocho o más características similares, un juez puede o no ejercer su discrecionalidad a favor de admitir la prueba. La forma en que se ejerce la discrecionalidad judicial dependerá de las circunstancias del caso, incluyendo en particular:

- (i) la experiencia y pericia del experto;
- (ii) el número de características similares;
- (iii) si existen características disímiles;
- (iv) el tamaño de la huella en la que se basa la comparación, ya que el mismo número de características similares puede ser más convincente en un fragmento de la huella que en una impresión dactilar completa; y
- (v) la calidad y claridad de la impresión dactilar dejada en el objeto, lo que puede implicar, por ejemplo, considerar posibles heridas en la persona que dejó la huella, así como factores como manchas o contaminación.

En todos los casos en los que se admitan pruebas de huellas dactilares, será generalmente necesario, al igual que con todas las pruebas periciales, que el juez advierta al jurado que se trata solo de una prueba de opinión y que la opinión del perito no es concluyente; por tanto, corresponde al jurado determinar si el acusado es culpable o no a la luz de todas las pruebas.

Una cuestión notable en *Buckley* es la aparente incapacidad (o falta de voluntad) del Tribunal de Apelaciones para reflexionar sobre la falta de apoyo científico independiente, la arbitrariedad de los diversos sistemas de puntos y la recepción poco crítica de la prueba dactilar durante todo el siglo xx. A la luz de la Conferencia de 1983, el estándar de 1953 es caracterizado por ser «indefendible lógicamente»<sup>287</sup>. El Tribunal reconoció que «lógico o no, ese sistema funcionó durante muchos años» sin tener en cuenta lo que esto podría significar para la acusación y las condenas o la eficacia de los procesos penales. Al final, todo se muestra como un avance y el trabajo de la policía y las comunidades de huellas dactilares es caracterizado como «excelente».

Más recientemente, en 2011, la *Law Commission* de Inglaterra y Gales publicó un informe sobre la prueba pericial en los procedimientos penales. El informe final criticó el estándar de admisibilidad prevaleciente como «*laissez faire*» y recomendó la introducción de un umbral de fiabilidad y una serie de criterios influenciados por *Daubert*. La Comisión también expresó sus dudas sobre la capacidad de las garantías procesales para permitir identificar y expresar los problemas de la prueba científica forense. A pesar de estas preocupaciones, las recomendaciones de la Comisión incorporadas en proyectos de ley, no fueron respaldadas por el gobierno; en gran medida debido a los altos costos involucrados y considerando que eran tiempos de recesión mundial<sup>288</sup>.

La manifestación más reciente de cierto nivel de ansiedad judicial sobre las ciencias forenses, tal vez motivada por la desaparición del respetado FSS junto con el crítico informe de la Comisión Legislativa, es la modificación de las Reglas de Procedimiento Penal [*Criminal Procedure Rules* (CrimPR)] y las Instrucciones para la

<sup>287</sup> Sin embargo, no se explica por qué debería preferirse la posición de 1983.

<sup>288</sup> Se consideró el costo de volver a entrenar a los jueces y abogados.

Práctica Penal [*Criminal Practice Directions* (CrimPD)]. En respuesta a la incapacidad del gobierno de incorporar la necesidad de la fiabilidad en una norma particular, los jueces de tribunales superiores han incorporado la necesidad de la fiabilidad en las normas que regulan el procedimiento penal, la conducta de los peritos y el contenido de sus informes<sup>289</sup>. Las versiones reformadas de las CrimPR y CrimPD están obviamente influenciadas por los proyectos de ley promovidos en el informe de la Comisión Legislativa. Ponen un énfasis explícito en la fiabilidad, refiriéndose expresamente al testeo y la validación<sup>290</sup>. Aún no se ha resuelto si estas normas de procedimiento son realmente parte de las normas sobre admisibilidad. Junto con las guías preparadas por la FSR, aún no han conducido a la exclusión o cualificación de muchas pruebas científicas forenses<sup>291</sup>.

Irónicamente, en la misma época en que la Comisión Legislativa recomendaba la necesidad de que los abogados y los jueces volcaran su atención hacia criterios de admisibilidad basados en la fiabilidad, la FSR estaba introduciendo guías científicas para la práctica y la presentación de informes de pruebas científico-forenses (después de la desaparición del FSS), los jueces empezaron a formular requisitos potencialmente onerosos en virtud de las CrimPR y CrimPD, el Ministerio de Justicia introdujo los informes forenses simplificados (*streamlined forensic reporting*, SFR, por sus siglas en inglés) como parte de su iniciativa *Swift and Sure Justice*<sup>292</sup>. El SFR es un conjunto de procedimientos que se aplica a un grupo determinado de ciencias forenses (incluida la prueba de huellas dactilares latentes), que le permite al Estado entregar una conclusión simple y libre de calificativos (por ejemplo, «la huella dactilar identifica a John Smith»). El SFR exime a estos «informes» de las obligaciones de los informes normales, es decir, la necesidad de explicar lo que se hizo, demostrar su fiabilidad, identificar sus limitaciones, incertidumbres, sus tasas de error, etc., requeridas para cumplir con las reformadas CrimPR y CrimPD. En cambio, se presume que los resultados son precisos y los acusados deben identificar «problemas reales» con el resultado entregado, como requisito para que el Estado esté obligado a responder abordando los problemas específicos planteados por el acusado. El SFR fue introducido para mejorar la eficiencia y, especialmente, para reducir el número de impugnaciones supuestamente poco meritorias a la prueba científico forense<sup>293</sup>.

<sup>289</sup> Estos se basaron en decisiones anteriores, como en «*Ikarian Reefer*» (1993) 20 FSR 563, 565-566; *R. v. Harris, Rock, Cherry & Faulder* [2005] EWCA Crim 1980, [271]ff; *R. v. Bowman* [2006] EWCA Crim 417, [174]ff.

<sup>290</sup> Véase, e.g., CrimPR 19.4(e), (h), (j), CrimPD 19A.5(a), (c) y 19A.6.

<sup>291</sup> Véase WARD, 2013 y STOCKDALE y JACKSON, 2016: 344.

<sup>292</sup> Ministry of Justice, *Swift and Sure Justice: The Government's Plans for Reform of the Criminal Justice System* (2012). Véase también National Streamlined Forensic Reporting Guidance, Section 2 - SFR Guidelines for Providers of Forensic Science and a Practical Step Guide (2015) disponible en <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/streamlined-forensic-reporting-guidance-and-toolkit/>; O. SALLAVACI, 2016: 235; EDMOND, PIASECKI y CARR, 2019.

<sup>293</sup> Esta impresión, de que los dólares de los contribuyentes se estaban gastando en impugnaciones falaces, podría contrastarse con la prueba presentada en este ensayo.

Bajo el SFR, la prueba de huellas dactilares no solo se trata como fiable, sino como presuntamente correcta<sup>294</sup>.

#### 4.3. Canadá: *R. v. Mohan*, *R. v. Abbey* (y *White Burgess*) y condenas erróneas (por ejemplo, *Re Truscott* y las investigaciones de Kaufman y Goudge)

A partir del cambio de milenio, los tribunales superiores de Canadá comenzaron a adoptar el interés de sus vecinos estadounidenses por la fiabilidad, complementando con los criterios *Daubert* las reglas de admisibilidad del *common law* canadiense y el caso destacado *R. v. Mohan*.

La Corte Suprema de Canadá, reafirmando el *common law* justo después de que *Daubert* fuera dictado en *Mohan*, explicó que la admisibilidad de la prueba pericial estaba supeditada a: *a*) su relevancia; *b*) la necesidad de asistir al juzgador de los hechos; *c*) la ausencia de cualquier norma de exclusión; y *d*) un experto debidamente calificado. En una decisión que no hace referencia a *Daubert*, el único rol de la fiabilidad era fomentar la exclusión «cuando existe el peligro de que [la prueba pericial] se utilice incorrectamente, distorsione el proceso de determinación de los hechos o confunda al jurado»<sup>295</sup>. La Corte, especialmente preocupada por los nuevos tipos de prueba, insistió en que la «prueba pericial que presente una teoría o técnica científica novedosa» debe ser «sometida a un escrutinio especial para determinar si cumple con un umbral básico de fiabilidad»<sup>296</sup>.

Una preocupación más persistente por la fiabilidad surgió gracias a una serie de decisiones y revisiones penales por condenas erróneas a lo largo de aproximadamente una década<sup>297</sup>. En *J-LJ*, *DD* y *Trochym*, la Corte se refirió de manera aprobatoria a *Daubert* o expresamente avaló la necesidad de la fiabilidad de todas las pruebas periciales como condición previa para su admisión. La Corte Suprema respaldó los criterios de *Daubert* y la importancia de no dejar todos los problemas de la prueba pericial hasta la etapa de valoración de la prueba<sup>298</sup>. En *J-LJ*, el magistrado Binnie llamó la atención sobre la necesidad de que los expertos proporcionen «los criterios científicos necesarios para probar la exactitud de sus conclusiones». De potencial importancia para las pruebas de huellas dactilares y otros antiguos procedimientos científico forenses, la Corte insistió en que «la admisibilidad de la prueba pericial no es una cuestión que se pueda establecer mediante precedentes»<sup>299</sup>. En *Trochym*, la mayoría de los magistrados describieron los criterios *Daubert* como «el establecimiento de un marco para evaluar la fiabilidad de las nuevas ciencias y, en consecuencia, su admisibilidad ante el tribunal». Al mismo tiempo, la Corte ofreció una mirada más histórica

<sup>294</sup> Comparar con la decisión en *Smith*.

<sup>295</sup> *R. v. Mohan*, [1994] 2 SCR 9, 10. Véase también Roberts, 1998: 175.

<sup>296</sup> *Mohan*.

<sup>297</sup> *R. v. Trochym* [2007] 1 SCR 239; *R v DD* [2000] 2 SCR 275; *R. v. J-LJ* [2000] 2 SCR 600.

<sup>298</sup> *R. v. Trochym* [2007] 1 SCR 239, [27].

<sup>299</sup> *J-LJ*, [75].

de la prueba científica, que expandió el enfoque principal de *Mohan* más allá de las «nuevas ciencias». El magistrado Deschamps explicó que la admisibilidad no estaba «congelada en el tiempo»<sup>300</sup>.

Más recientemente, la jurisprudencia canadiense se ha explicado con autoridad sobre la admisibilidad en *White Burgess v. Abbott and Halliburton Co. Ltd.*, una apelación que se refiere sustancialmente al sesgo de los peritos en los procedimientos civiles<sup>301</sup>. El magistrado Cromwell, redactor de la decisión de la Corte Suprema, señala que «en los últimos 20 años más o menos» la Corte «ha endurecido progresivamente sus reglas de admisibilidad y mejorado la función de filtro que tiene el juez»<sup>302</sup>. Este «endurecimiento» tiene la intención de filtrar las pruebas que no «justificaban el riesgo de confusión, el tiempo y los gastos que podían resultar de su admisión»<sup>303</sup>. Hubo una especial preocupación por la deferencia del jurado a los expertos y que su atribución de mucho valor probatorio a ese tipo de pruebas. *White Burgess* reiteró los cuatro criterios de *Mohan*, haciendo también hincapié en un segundo «componente»: «el importante papel de los jueces de control al valorar si la prueba pericial, que de otra manera sería admisible, debe ser excluida porque su efecto perjudicial sobrepasa su valor probatorio». Esto se definió como una discrecionalidad residual basada, según *R. v. Abbey*, «en un análisis de costo-beneficio»<sup>304</sup>. El magistrado Cromwell explicó:

En el segundo paso de control discrecional, el juez pondera los riesgos y beneficios potenciales de admitir la prueba para decidir si los beneficios potenciales justifican los riesgos. El ejercicio de ponderación se ha explicado de varias maneras. En *Mohan*, Sopinka habló del «factor de fiabilidad versus el de sus consecuencias», mientras que en *J.-L.J.*, Binnie habló de que «la relevancia, la fiabilidad y la necesidad» se «ponderan con los contrapesos del consumo de tiempo, los prejuicios y la confusión». Doherty lo resumió bien en *Abbey*, afirmando que el «juez del juicio debe decidir si la prueba pericial, que cumple con los requisitos previos de admisibilidad es lo suficientemente beneficiosa para el juicio oral como para justificar su admisión, a pesar del daño potencial que puede derivarse de la admisión de la prueba pericial»<sup>305</sup>.

La Corte llamó la atención sobre el «deber del perito en tribunales» y explicó que este deber, y la expectativa de que el perito sea independiente e imparcial, son cuestiones de admisibilidad<sup>306</sup>. Sin embargo, respecto al tema de la imparcialidad de los peritos, la Corte explicó que las expectativas estarán generalmente satisfechas en la medida en que los peritos reconozcan un «deber primario ante el tribunal» y sean «capaces y estén dispuestos a cumplirlo»<sup>307</sup>.

Una serie de investigaciones públicas, que comienzan con el informe de Kaufman sobre Guy Paul Morin, continuando con la investigación de Goudge sobre patologías forenses pediátricas, la revisión de la condena de Truscott realizada por el Tribunal

<sup>300</sup> *Trochym*, [31].

<sup>301</sup> *White Burgess v. Abbott and Halliburton Co Ltd* [2015] 2 SCR 182.

<sup>302</sup> *White Burgess*, 189, 194.

<sup>303</sup> *White Burgess*, 194.

<sup>304</sup> *White Burgess*, 196; *R. v. Abbey* 2009 ONCA 624.

<sup>305</sup> *White Burgess*, 197. (referencias omitidas)

<sup>306</sup> *White Burgess*, 201.

<sup>307</sup> *White Burgess*, 206. Desde aquí el tema de los prejuicios es para la contraparte.

de Apelaciones de Ontario y que culminan con un informe sobre el uso indebido de pruebas toxicológicas en el Hospital Motherisk, atrajeron la atención pública hacia problemas relacionados con la ciencia forense y la medicina forense, mientras los jueces canadienses desarrollaron investigaciones bien financiadas que expusieron problemas endémicos al respecto<sup>308</sup>. Aunque llamaron poderosamente la atención mientras duraron las investigaciones, los distintos informes no han sido muy influyentes, ni siquiera notorios, en el control de admisibilidad en los años posteriores a su publicación. Las lecciones aprendidas no se han extendido a la práctica jurídica ni se han extendido más allá del ámbito frecuentemente limitado de la investigación particular y sus campos de trabajo (por ejemplo, la patología forense o la toxicología)<sup>309</sup>.

A pesar del sólido liderazgo de los tribunales superiores de justicia, los tribunales de apelaciones (y, por extensión, los jueces de control) han experimentado dificultades para excluir pruebas de opinión especulativas o para aplicar rigurosamente los criterios de fiabilidad a la prueba pericial ofrecida por el Estado; particularmente en casos en que los criterios no se consideraron adecuados<sup>310</sup>. Los jueces de control y de apelación canadienses se han esforzado por cumplir con los estándares de fiabilidad establecidos por su propia Corte Suprema<sup>311</sup>. No hubo impugnaciones serias a la prueba de huellas dactilares latentes presentada por la RCMP, hasta que un juez comenzó a hacer preguntas en *Bornyk*, como se analizará más adelante.

#### 4.4. Australia: *Chamberlain* (y *Splatt*), la UEL y más de lo mismo

Ha habido muy pocas impugnaciones sobre la fiabilidad de las pruebas de huellas dactilares latentes en Australia desde *Parker*<sup>312</sup>. A pesar de la prohibición en *Parker*, los examinadores de huellas dactilares han continuado declarado rutinariamente en términos categóricos y han basado su prueba en el hecho de la unicidad de las huellas. La introducción de nuevas reglas probatorias, como la *Uniform Evidence Law* (UEL) de 1995, que incluye un estándar de admisibilidad para la prueba pericial basada en el modelo de la regla 702 de las FRE estadounidenses (1975), no ha tenido un impacto significativo en la prueba dactilar latente u otras pruebas científico-forenses.

<sup>308</sup> J. Beaman, *Report of the Motherisk Commission, Harmful Impacts: The Reliance on Hair Testing in Child Protection* (Toronto, Province of Ontario, 2018); S. Goudge, *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario* (Toronto, Queen's Printer, 2008); P. LeSage, *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell* (Winnipeg, Province of Manitoba, 2007); F. Kaufman, *Report of the Kaufman Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (Toronto, Province of Ontario, 1998). Véase también *Re Truscott* [2007] ONCA 575.

<sup>309</sup> Véase CUNLIFFE y EDMOND, 2018.

<sup>310</sup> Véase e.g. *R. v. Abbey* 2009 ONCA 624; y para las discusiones, EDMOND y ROACH, 2011: 343. Y, más recientemente *R. v. Abbey*, 2017 ONCA 640.

<sup>311</sup> Véase e.g. *R. v. Aitken* [2012] BCCA 134, donde la Corte de Apelaciones admitió los análisis forenses realizados en la marcha realizados por un autoproclamado forense podiatra (de Harley Street, Londres), basado en que la podología tiene más de un milenio de antigüedad y admisibilidad. Véase CUNLIFFE y EDMOND, 2014: 327.

<sup>312</sup> Véase e.g. *R v Lawless* [1974] VR 398 and *R v O'Callaghan* [1976] VR 676.

Podemos observar un cierto grado de continuidad en las decisiones modernas. De hecho, en la apelación en *Bennett v. Police*, una decisión de la jurisdicción de *common law* de Australia del Sur, podría incluso sugerir un cierto grado de liberalización.

El recurrente fue identificado por un examinador de huellas dactilares, quien describió una huella dactilar encontrada en un computador de la casa allanada como «idéntica a la huella dactilar tomada del Sr. Bennett» y proveniente «de la misma persona»<sup>313</sup>. En la apelación, no hubo discusión sobre si el examinador estaba «calificado para expresar la opinión que dio»<sup>314</sup>. La decisión comienza con la Corte insistiendo en que «no hubo ninguna sugerencia de que el proceso de comparación que siguió el perito no sea reconocido o apropiado»<sup>315</sup>. Más bien, el abogado de Bennett se quejó de que el examinador no había proporcionado imágenes ni había mostrado las características que observó. Además, no había tomado notas de su comparación<sup>316</sup>. Esto significaba que la defensa no estaba en condiciones de determinar los hechos en los que se basaba su opinión ni en evaluar dicha opinión<sup>317</sup>.

En la apelación, el Presidente de la Corte Suprema de Australia del Sur señaló que la admisibilidad no se veía afectada por la (in)capacidad «para describir en detalle lo que observó el perito, o para producir una imagen o representación de lo que observó el perito»<sup>318</sup>. Estos fueron considerados como problemas que afectarían al valor de la prueba, no su admisibilidad<sup>319</sup>. La Corte indicó que la defensa «tuvo todas las oportunidades para someter a interrogatorio cruzado» al perito<sup>320</sup>. Además, el hecho de que la defensa no haya solicitado las imágenes oportunamente ni realizado un interrogatorio, fue un factor que la Corte consideró que debería tenerse en cuenta al valorar el mérito de la apelación<sup>321</sup>. Al final, la Corte se mostró satisfecha con la admisibilidad y la seguridad de la condena\*, debido a la «indiscutida prueba de que cada huella dactilar mostraba características que, en su conjunto, permitían concluir

<sup>313</sup> *Bennett v. Police* [2005] SASC 167, [2], [6].

<sup>314</sup> *Bennett*, [5].

<sup>315</sup> *Bennett*, [5].

<sup>316</sup> *Bennett*, [11]. Durante el receso de almuerzo en el juicio oral, el examinador echó otra mirada a las huellas y los reportes, encontrando «más de 20 características que eran comunes e idénticas».

<sup>317</sup> La referencia fue hecha al caso UEL de *Makita Pty. Ltd. v. Sprowles* (2001) 52 NSWLR 705, [59]–[63]. Véase también *Davie v. Magistrates of Edinburgh* [1953] SC 34.

<sup>318</sup> *Bennett*, [44].

<sup>319</sup> *Bennett*, [44], [47]. Inicialmente, las imágenes se mostraban al jurado para que realizara la comparación con ayuda de los examinadores de huellas dactilares, pero más recientemente en Australia, los casos sugieren que son los examinadores quienes deben realizar directamente las comparaciones: *R. v. Lawless* [1974] VR 398, 425; *S. V. Nala* (1965) 4 SA 360, 362. Compare *R. v. O'Callaghan* [1976] VR 676, 679.

<sup>320</sup> *Bennett*, [16].

<sup>321</sup> *Bennett*, [47]. Véase también *Dasreef Pty. Ltd. v. Hawchar* [2011] HCA 21, [32].

\* Nota de traducción: «Safety of conviction» o «safe conviction» es el criterio de apelación de las condenas, esto es, el apelante debe argumentar que se trata de una «unsafe conviction» dado que hubo ciertas irregularidades procesales que afectaron el *fair trial*.

que son *idénticas* a las del acusado»<sup>322</sup>. No fue considerado «inequitativo, en un caso como este, dejar la carga al abogado para que interroge [al examinador] sobre las características en las que basó su opinión»<sup>323</sup>. La decisión fue confirmada en una nueva apelación ante el pleno de la Corte.

La mayoría de las otras impugnaciones (también algo superficiales) a la prueba de huellas dactilares latentes se centraron en problemas secundarios, en lugar de los tipos de cuestiones recomendados por los científicos, que se analizaron en la sección 3.C. El interés jurídico estaba enfocado en omisiones y opacidades, al hecho de no documentar o proporcionar suficientes detalles en los informes (como en *Bennett*), o examinadores aventurándose a dar opiniones más allá de la identidad del sujeto, como la importancia o la antigüedad de las impresiones dactilares. La falta de impugnaciones sustanciales en Australia podría considerarse sorprendente dadas las varias condenas erróneas expuestas por las Comisiones Reales en la década de 1980 y, más recientemente, revisiones exitosas como *Wood v. R.*, *R. v. Gilham* y *R. v. Keogh*<sup>324</sup>. El internacionalmente conocido caso de la muerte de Azaria Chamberlain (el «bebé dingo») resultó en una condena errónea para sus padres. Tras agotar las instancias de apelación previstas, una Comisión Real en 1986-1987 expuso problemas en todos los niveles de la investigación policial y de las ciencias forenses utilizadas. Sin embargo, las críticas de la Comisión a las prácticas policiales y científico-forenses no se extendieron muy lejos y las reformas hicieron relativamente poca diferencia práctica en muchas áreas del ejercicio forense<sup>325</sup>. La prueba de huellas dactilares quedó intacta. En la época de la Comisión Real, los diversos estados y territorios australianos, al igual que otros países avanzados, comenzaban a modernizarse mediante la introducción de sistemas informáticos para la recolección, el almacenamiento y la búsqueda de huellas dactilares.

A partir de 1995, junto con el Commonwealth (tribunales federales) y Nueva Gales del Sur (el estado más grande), varias jurisdicciones australianas introdujeron nuevas reglas probatorias. Influidas por las FRE estadounidenses, estas reglas fueron adoptadas lentamente por la mayoría (aunque no todos) de los estados y los territorios australianos. Una de las razones por la cual la prueba científico-forense no ha recibido impugnaciones más enérgicas es el rechazo formal, en muchas de las jurisdicciones más pobladas (por ejemplo, Nueva Gales del Sur y Victoria), de

<sup>322</sup> *Bennett*, [53]. (cursivas añadidas). Las huellas dactilares nunca son idénticas. El problema es si las diferencias en las impresiones dactilares (causadas por variaciones en la presión, el sustrato, la condición de los dedos, la antigüedad y la conservación, etc.) son lo suficientemente similares para caracterizarlas como una coincidencia.

<sup>323</sup> *Bennett*, [55].

<sup>324</sup> Justice Morling, *Royal Commission of inquiry into the Chamberlain Convictions* (1987); C. Shannon, *Royal Commission of Inquiry in Respect to the Case of Edward Charles Splatt* (Government Printer, Adelaide, 1984); *Wood v. The Queen* (2012) 84 NSWLR 581; *Gilham v. The Queen* (2012) 224 A Crim R 22; *R. v. Keogh [No 2]* (2014) 121 SASR 307. Véase, en general Moles y Sangha, 2015.

<sup>325</sup> Uno de los pocos legados sobrevivientes es el Instituto Nacional de Ciencia Forense, ahora financiado y controlado de manera abrumadora por las agencias policiales.

la fiabilidad como requisito de admisibilidad<sup>326</sup>. A diferencia de la Corte Suprema de los EE. UU. en *Daubert* y *Kumho*, los tribunales australianos no han querido interpretar que la necesidad de incorporar la «fiabilidad» se encuentra en el requisito de que la opinión de los expertos debe estar «total o sustancialmente basada» en el «conocimiento especializado» (UEL art. 79)<sup>327</sup>. En *Tang*, la Corte de Apelaciones penales de Nueva Gales del Sur insistió en que el foco de atención debe estar en las palabras «conocimiento especializado» y no en la introducción de un concepto extraño como la «fiabilidad»<sup>328</sup>. Otra razón es la prohibición a los jueces de control de considerar la fiabilidad de la prueba o la credibilidad del testigo al considerar la exclusión de la prueba bajo la ponderación discrecional entre el valor probatorio y el prejuicio injusto, que se lleva a cabo conforme al art. 137<sup>329</sup>. A diferencia de todas las otras jurisdicciones analizadas aquí, Australia no exige que la parte que presenta una prueba científica o técnica demuestre su fiabilidad como condición de admisibilidad. Los tribunales australianos parecen depositar una confianza extrema en las garantías procesales.

#### 4.5. A manera de reseña

Los resultados (y lecciones) más bien decepcionantes, aunque quizás saludables, de todas estas jurisdicciones es que los nuevos criterios de admisibilidad —al menos en relación con los procedimientos forenses de larga data, como las huellas dactilares latentes— parecen no haber hecho una diferencia significativa en su admisión o en la forma en que se presentan. La introducción de criterios de admisibilidad basados en la fiabilidad, junto con los llamados a los jueces de control para que filtren de manera más enérgica las pruebas e incluso los cambios en las comparaciones de huellas dactilares latentes gracias a la introducción de nuevas tecnologías, no produjeron muchas impugnaciones ni cambios en su admisibilidad o forma de presentación.

### 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALDER, K., 2007: *The Lie Detector. The History of an American Obsession*, New York: Free Press.
- BEECHER-MONAS, E., 2007: *Evaluating Scientific Evidence: An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*, New York: Cambridge University Press.
- BERGER, M., 2003: «Expert Testimony in Criminal Proceedings: Questions *Daubert* Does Not Answer», en *Seton Hall Law Review*, 33.
- 2005: «What Has a Decade of *Daubert* Wrought? », en *American Journal of Public Health*, 95.
- BUNN, G., 2012: *The Truth Machine: A Social History of the Lie Detector*, Baltimore: Johns Hopkins.

<sup>326</sup> *R v Tang* (2006) 65 NSWLR 681, [137]; *Tuite v The Queen* [2015] VSCA 148, [58]-[59].

<sup>327</sup> EDMOND, 2014: 136.

<sup>328</sup> *Tang*, [137]. De manera notable, la Corte [p. 138], se basó en la definición de “conocimiento” usada por la Corte Suprema de EE.UU. en *Daubert* y *Kumho*.

<sup>329</sup> *IMM v The Queen* [2016] HCA 14, que de manera inadvertida revocó *Tuite v The Queen* [2015] VSCA 148.

- CHENG, E. y YOON, A., 2005: «Does *Frye* or *Daubert* matter? A study of scientific admissibility standards», en *Virginia Law Review*, 91.
- COLE, S.A., 2001: *Suspect Identities: A History of Fingerprinting and Criminal Identification*: Harvard University Press.
- 2009: «A Cautionary Tale about Cautionary Tales about Intervention», en *Organization*, 16.
- CUNLIFFE, E. y EDMOND, G., 2014: «Gatekeeping in Canada: Mis-steps in Assessing the Reliability of Expert Testimony», en *Canadian Bar Review*, 92.
- 2018: «What have we learned? Lessons from Wrongful Convictions in Canada», en Ben Berger, et al (eds), *To Ensure that Justice is Done: Essays in Memory of Marc Rosenberg*, Toronto: Carswell.
- DROR, I. et al, 2006: «Contextual Information Renders Experts Vulnerable to Making Erroneous Identifications», en *Forensic Science International*, 156.
- EDMOND, G., 2014: «The admissibility of forensic science and medicine evidence under the Uniform Evidence Law», en *Criminal Law Journal*, 38.
- et al, 2013: «Admissibility Compared: The reception of incriminating expert opinion (ie forensic science) evidence in four adversarial jurisdictions», en *University of Denver Criminal Law Review*, 3.
- EDMOND, G. y ROACH, K., 2011: «A Contextual Approach to the Admissibility of the State's Forensic Science and Medical Evidence», en *University of Toronto Law Journal*, 61.
- EDMOND, G., PIASECKI, E. y CARR, S., 2019: «Science Friction: Streamlined Forensic Reporting», en *Oxford Journal of Legal Studies* (forthcoming).
- EVETT, I. y WILLIAMS, R., 1996: «Review of the Sixteen Points Fingerprint Standard in England and Wales», en *Journal of Forensic Identification*, 46.
- FAIGMAN, D.L., MONAHAN, J. y SLOBOGIN, C., 2014: «Group to Individual (G2i) Inference in Scientific Expert Testimony», en *University of Chicago Law Review*, 81.
- GIANNELLI, P.C., 1980: «The Admissibility of Novel Scientific Evidence: *Frye v United States*, a Half Century Later' (1980), en *Columbia Law Review*, 80.
- 2004: «*Ake v. Oklahoma*: The Right to Expert Assistance in a Post-*Daubert*, Post-DNA World», en *Cornell Law Review*, 89.
- GUDJONSSON, G., 2002: *The Psychology of Interrogations and Confessions: A Handbook*, Chichester: Wiley.
- JASANOFF, S., 1995: *Science at the Bar: Law, Science and Technology*, Harvard University Press.
- LAWLESS, C., 2016: *Forensic Science: A Sociological Introduction*.
- LO PUCKI, L., 1996: «Legal culture, legal strategy, and the law in lawyers' heads», en *Northwestern University Law Review*, 90.
- LYNCH, M. et al, 2008: *Truth Machine: The contentious history of DNA finger-printing*, University of Chicago Press.
- LYNCH, M. y COLE, S., 2005: «Science and Technology Studies on Trial: Dilemmas of Expertise», en *Social Studies of Science*, 35.
- MARTIRE, K. y EDMOND, G., 2017: «Rethinking expert opinion evidence», en *Melbourne University Law Review*, 41.
- MOLES, R. y SANGHA, B., 2015: *Miscarriages of Justice: Criminal Appeals and the Rule of Law in Australia*: LexisNexis.
- NOBLES, R. y SCHIFF, D., 2000: *Understanding Miscarriages of Justice: Law, the Media, and the Inevitability of Crisis*, Oxford: Oxford University Press.
- RISINGER, M., 2000: «Navigating Expert Reliability: Are Criminal Standards of Certainty Being Left on the Dock», en *Albion Law Review*, 64.
- ROBERTS, P., 1998: «Expert Evidence in Criminal Proceedings: More Lessons from North America», en H Reece (ed.) *Law and Science*, Oxford: Oxford University Press.
- 2017: «Making forensic science fit for justice», en *Australian Journal of Forensic Science*, 49.
- SAKS, M. y FAIGMAN, D., 2008: «Failed Forensics: How Forensic Science Lost Its Way and How It Might Yet Find It», en *Annual Review of Law & Social Science*, 4.
- SAKS, M. y KOEHLER, J.J., 2005: «The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification Science», en *Science*, 309.

- SAKS, M. y SPELLMAN, B., 2016: *The Psychological Foundations of Evidence Law*, New York: New York University Press.
- SALLAVACI, O., 2016: «Streamlined reporting of forensic evidence in England and Wales: *Is it the way forward?* », en *Evidence & Proof*, 20.
- SENGOOPTA, C., 2003: *Imprint of the Raj: How fingerprinting was born in colonial India*, London: Macmillan.
- STOCKDALE, M. y JACKSON, A., 2016: «Expert evidence in criminal proceedings: Current challenges and opportunities», en *Journal of Criminal Law*, 80.
- TANGEN, J., THOMPSON, M. y MCCARTHY, D., 2011: «Identifying Fingerprint Expertise», en *Psychological Science*, 22
- THOMPSON, W., et al, 2017: *Forensic Science Assessments: A quality and gap analysis – Latent fingerprint examination*, Washington DC: AAAS.
- ULERY, B., et al, 2011: «Accuracy and reliability of forensic latent fingerprint decisions», en *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108.
- WALKER, C. y STARMER, K., 1999: *Miscarriages of justice: A review of justice in error* Oxford.
- WARD, T., 2013: «Expert Evidence and the Law Commission: Implementation without Legislation?», en *Criminal Law Review*, 561.



IURIS PRUDENTIA



## **SOBRE EL DEBER DE MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES PROBATORIAS Y EL JUICIO POR JURADOS. LA SENTENCIA V.R.P., V.P.C. Y OTROS VS. NICARAGUA DE LA CORTEIDH**

Jordi Ferrer Beltrán\*

Profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Girona  
y director de la Cátedra de Cultura Jurídica  
y del Máster en razonamiento probatorio de la misma universidad.  
jordi.ferrerb@udg.edu

**RESUMEN:** El artículo analiza, a partir de la sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la CorteIDH, tres cuestiones principales: 1) el deber de motivación de las resoluciones judiciales en materia de hechos y su alcance; 2) las concepciones persuasiva o subjetivista y racional sobre la prueba; y 3) la interrelación entre 1) y 2) y su implementación en el caso de los juicios penales por jurados. Se critica la tesis de la CorteIDH de que un sistema de juicio por jurado, con decisión inmotivada y por íntima convicción, no es contrario a las garantías previstas en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

**PALABRAS CLAVE:** Proceso penal. Juicio por jurados. Motivación de las sentencias. Estándares de prueba. Íntima convicción.

---

\* Para la redacción de este trabajo he contado con el apoyo del proyecto de investigación «Seguridad jurídica y razonamiento judicial» (DER2017-82661-P), concedido por el Ministerio de economía y competitividad español. Agradezco su atenta lectura y sus útiles comentarios a Edgar Aguilera, Michele Taruffo y Carmen Vázquez.

## ON THE JUSTIFICATION DUTY OF THE FINDINGS OF FACT AND THE JURY TRIALS. THE RULING *V.R.P, V.P.C. Y OTROS VS. NICARAGUA*

**ABSTRACT:** Based on the ruling by the Inter-American Court of Human Rights in *V.R.P, V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, this paper analyses three main issues: 1) the judges' duty to justify their fact finding and its scope; 2) the persuasive (or subjective) and the rational approaches to evidence and proof; and 3) the interrelation between 1) and 2) and their implementation in criminal jury trials. It criticises the Inter-American Court's thesis that trial by jury systems, with no justified fact finding and by *intime conviction*, are not contrary to the guarantees provided by Article 8 of the American Convention of Human Rights.

**KEYWORDS:** Criminal Trial. Jury Trial. Justification of the fact-findings. Standards of Proof. Intime Conviction.

**SUMARIO:** 1. El caso a examen en la sentencia V.R.P, V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la CorteIDH.— 2. La regulación legal nicaragüense sobre las decisiones probatorias de los jurados en casos penales.—3. Las alegaciones de la Comisión y la representación de las víctimas sobre la decisión inmotivada del jurado.—4. La Corte sobre la falta de motivación y decisión del jurado por íntima convicción.— 5. Algunos comentarios al razonamiento de la Corte sobre el juicio por jurados, la íntima convicción y la ausencia de motivación. 5. 1. La concepción de la prueba. 5. 2. La concepción de la motivación. 5.3. El contenido de la motivación. 5.4. Razonamiento probatorio y jurado.— 6. Bibliografía.

### 1. EL CASO A EXAMEN EN LA SENTENCIA V.R.P, V.P.C. Y OTROS VS. NICARAGUA DE LA CORTEIDH

La sentencia de la CorteIDH (en adelante, simplemente, la Corte) de 8 de marzo de 2018, tiene su origen en la violación de una niña de ocho años (V.R.P) supuestamente cometida por su padre. El acusado fue juzgado en Nicaragua por los hechos mediante un procedimiento por jurado, repleto de irregularidades, y absuelto de todas las imputaciones. A partir de ahí, la madre de la niña (V.P.C.) formuló en 2002 una petición ante la ComisiónIDH (en adelante, simplemente, la Comisión), alegando la responsabilidad internacional de Nicaragua por las irregularidades del proceso y por la impunidad que dejó sin protección los derechos de su hija, dañando a toda la familia. En 2009 la Comisión aprobó el informe de admisibilidad de la petición formulada por la madre y en 2016 el informe de fondo, en el que se concluyó que se violaron los derechos establecidos en los arts. 5, 8, 11, 19, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 7.b) de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), así como se formularon una serie de recomendaciones a Nicaragua, que no fueron objeto de respuesta alguna por el estado. En agosto de 2016 la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte, solicitando la condena de Nicaragua por las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención de Belém do Pará, así como diversos actos de reparación hacia la

víctima directa y sus familiares (madre y hermanos). La representación de las víctimas se mostró de acuerdo con las alegaciones de la Comisión y añadió en las suyas la violación de algunos otros derechos reconocidos en la Convención de Belém do Pará y en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El proceso seguido contra H.R.A., padre de la niña, a quien ésta y su madre identificaron como el autor de la violación, estuvo plagado de irregularidades y de un tratamiento indudablemente revictimizador de la menor, tanto en su fase de instrucción como de juicio oral. Así, por ejemplo, 1) la jueza de distrito penal de Jinotega, a cargo del caso, ordenó que se constituyera una junta médica con un pediatra, un ginecólogo y un cirujano para examinar a la niña, a los que se añadieron en el momento del examen médico una psiquiatra, la propia jueza y la secretaria del despacho judicial. Es decir, se pretendió realizar una revisión médica (vaginal y anal) a la niña en presencia de 6 personas, con un trato brusco y hasta vejatorio hacia aquella por parte del médico forense, lo que ocasionó que otros galenos abandonaran la sala y que la niña se negara completamente a permitir el examen médico. Posteriormente, se tuvo que repetir la diligencia médica, realizándola bajo anestesia en el Instituto de Medicina Legal de la Corte Suprema de Justicia en Managua y con ella se pudo comprobar que la niña tenía diversas lesiones vaginales y anales, así como enfermedades de transmisión sexual. 2) Se ordenó una inspección ocular judicial y reconstrucción de los hechos, en la que se pidió a la niña (de nueve años en ese momento) que relatara de nuevo todo lo ocurrido con su padre, que se encontraba en las inmediaciones, «se le pidió que recorriera y reconociera los mismos lugares a los que había sido llevada por su progenitor para recrear nuevamente lo ocurrido, así como que vistiera las mismas prendas que llevaba puestas cuando sucedieron los hechos, e incluso se le solicitó que se pusiera en “la misma posición en que se encontraba en el momento en que despertó”», tomándose fotografías del lugar y de la niña en las posiciones que la jueza le fue indicando (pár. 88 de la sentencia). 3) El padre fue sometido a dos exámenes médicos para determinar si era portador de las enfermedades venéreas transmitidas a la hija. El primero fue realizado por el mismo médico forense que realizó el examen inicial a la niña (y cuyo hermano declaró como testigo de la defensa en el juicio) y el segundo por un médico forense del Instituto de Medicina Legal. Este último determinó que en el momento del reconocimiento no se observaba ninguna patología compatible con enfermedades venéreas, y recomendó que se realizara un «estudio de laboratorio para determinar virus de papiloma venéreo en muestras de semen y frotis de la piel de órganos genitales, para descartar posible patología de ser un portador sano de virus de papiloma venéreo» (pár. 91), pero el estudio de laboratorio nunca fue ordenado ni se realizó. 3) Antes del inicio de la audiencia de juicio oral se tuvieron que designar los miembros del jurado hasta en tres ocasiones, por diversas suspensiones. 4) El abogado del acusado solicitó que pudieran participar en la defensa otros dos abogados, lo que fue autorizado; sin embargo, no se autorizó lo mismo para la representación de la víctima. 5) Uno de los abogados del acusado entregó, al finalizar la vista pública, una bolsa gris y dos hojas de papel rosado a la presidenta del jurado, que el imputado solicitó que se leyeran en sesión privada del jurado. Las dos hojas no fueron incorpo-

radas al expediente ni puesto su contenido en conocimiento de la acusación ni de la representación legal de la víctima y se desconoce el contenido de la bolsa gris.

A partir de ahí, el devenir procesal se divide en dos procesos, un recurso de nulidad presentado por la representación de la víctima contra la sentencia absolutoria y un proceso por cohecho contra los miembros del jurado. Después de un gran retraso en la tramitación, derivado entre otras cosas de que diversos jueces se excusaron sucesivamente de asumir el caso, los miembros del jurado fueron absueltos y la absolución del padre de la niña V.R.P. confirmada por la Sala Penal del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Norte de Matagalpa. Se señala también como nueva irregularidad que la fiscal no se personó en el proceso en segunda instancia. Fueron diversas las quejas ante la Fiscalía General de la República de la madre de V.R.P. durante todo el proceso por la negligencia y dejadez de funciones de la fiscal auxiliar departamental al cargo del caso.

Como puede observarse, el caso está tan plagado de irregularidades que no resulta sorprendente que la Corte concluyera su sentencia con la condena al Estado de Nicaragua y ordenara diversas medidas reparadoras a favor de V.R.P., su madre y sus hermanos.

Sin embargo, el interés que suscita mi análisis en este trabajo es la alegación por parte de las representantes de las víctimas y de la Comisión de que se habría violado el derecho al debido proceso reconocido en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>1</sup>. Esa violación se concretaría en el hecho de que el veredicto del jurado fue inmotivado y, de acuerdo con la legislación nicaragüense del momento, regido por el criterio de la íntima convicción. Por ello, antes de proceder con el análisis, vale la pena hacer un somero repaso de la regulación legal nicaragüense sobre las decisiones sobre los hechos probados que deben adoptar los jurados.

## 2. LA REGULACIÓN LEGAL NICARAGÜENSE SOBRE LAS DECISIONES PROBATORIAS DE LOS JURADOS EN CASOS PENALES

La Constitución nicaragüense de 1987, en su artículo 166, prevé la «participación popular» en la administración de justicia a través de los juicios por jurados, en los siguientes términos:

---

<sup>1</sup> Dicho numeral establece literalmente que: «Toda persona tiene derecho a ser oída, *con las debidas garantías* y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter» (la cursiva es mía). Comentaré más adelante la particularidad de que, en este caso, las garantías violadas no son las del acusado sino las de la víctima.

La administración de justicia se organizará y funcionará con participación popular, que será determinada por las leyes. Los miembros de los Tribunales de Justicia, sean abogados o no, tienen iguales facultades en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Esa participación popular, en el caso del proceso penal, se desarrolló legislativamente en el Código de Instrucción Criminal (ley procesal vigente en el momento de los hechos) y, posteriormente, en el vigente Código Procesal Penal. Así, el artículo 22 del Código de Instrucción Criminal establecía que:

los delitos comunes que merezcan penas más que correccional deberán ser sometidos al conocimiento del Tribunal de Jurados, quien emitirá *su veredicto de íntima convicción*, pronunciándose sobre la responsabilidad del procesado declarándolo inocente o culpable. Con este veredicto el Juez de Distrito dictará su sentencia absolviendo, o imponiendo la pena (cursiva añadida). Esta regulación se mantiene en el vigente Código Procesal Penal.

Y los arts. 290, 305 y 307 del mismo Código de Instrucción criminal ofrecían mayores detalles, estableciendo que:

Artículo 290: «Una vez reunidos los jurados, el juez recibirá la promesa de todos ellos en la forma siguiente: “¿Prometéis delante de Dios y delante de los hombres, examinar con escrupulosa atención el proceso que se os va a someter, no traicionar ni los intereses del acusado ni los de la sociedad que le acusa: no dejaros llevar por el odio, por la antipatía, por la malevolencia, por el temor ni por el afecto: *resolver siguiendo vuestra conciencia e íntima convicción* con la imparcialidad y firmeza que conviene a un hombre probo y libre?”, Cada uno de los jurados, llamados individualmente por el juez, responderá “Lo prometo”» (cursiva añadida).

Artículo 305: «Al quedar solos los jurados, el presidente les hará la siguiente advertencia que debe estar escrita con gruesos caracteres y fijada en la pieza en que se reúna el jurado: *La ley no pide a los jurados cuenta de los medios por los cuales han llegado a formar su convencimiento*, ni les prescribe reglas de las cuales deban deducir especialmente la certeza de los hechos. Ella les prescribe solamente interrogarse a sí mismos, y buscar en la sinceridad de su conciencia qué impresión han hecho en su razón las pruebas producidas en contra y en defensa del acusado. La ley no les dice tendréis por verdad tal hecho afirmado por tal número de testigos, ella no les hace sino esta sola pregunta, que resume todos sus deberes: “¿Tenéis una íntima convicción?”(cursiva añadida)

Artículo 307.3: «Cuatro votos en un mismo sentido, constituyen veredicto. En su caso, el jurado disidente, si lo tuviere a bien, podrá razonar su voto en un escrito separado que se agregará a la causa».

Pues bien, como puede observarse, las características del proceso penal por jurados previsto en la legislación procesal penal nicaragüense, como por otro lado es muy común en otros países, prevé que la decisión sobre los hechos probados sea adoptada mediante el criterio de la íntima convicción o decisión en conciencia, sin motivación. De hecho, la única previsión legal de motivación está prevista no para el veredicto sino para que el miembro del jurado disidente (si lo hay) pueda justificar su discrepancia con la decisión mayoritaria.

### 3. LAS ALEGACIONES DE LA COMISIÓN Y LA REPRESENTACIÓN DE LAS VÍCTIMAS SOBRE LA DECISIÓN INMOTIVADA DEL JURADO

Tanto la representación de las víctimas como la Comisión en su informe de fondo sobre el caso consideraron violado el derecho al debido proceso por la falta de motivación del veredicto de primera instancia. Así, la Comisión «recordó que el deber de motivación es un corolario de las garantías del debido proceso, no solo desde la legitimidad misma de la decisión y la defensa de la persona acusada, sino también desde la expectativa de acceso a la justicia que tienen las víctimas de violaciones a sus derechos. Asimismo, indicó que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, además demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores» (párr. 210).

Las representantes de las víctimas, por su parte, abundando en el criterio de la Comisión, manifestaron que el carácter inmotivado del veredicto absolutorio había impedido conocer las razones en que se basó, la manera en que se valoraron las pruebas (en escasos 15 minutos de deliberación), si se tomaron en consideración los alegatos de la representación de las víctimas o si fueron determinantes el contenido desconocido de la bolsa gris y las hojas rosadas que se entregaron al jurado por la defensa para su lectura privada, o la presión política, por la pertenencia del acusado al Frente Sandinista (párr. 213).

De esta manera, tanto la Comisión como las representantes de las víctimas hacen una clara apelación a las denominadas funciones endoprocesales y extraprocesales de la motivación<sup>2</sup>. Por un lado, en efecto, el deber de motivar las resoluciones judiciales cumple una función dentro del propio procedimiento, haciendo posible para las partes conocer el razonamiento que ha llevado a la decisión y, con ello, fundar un posible recurso. Pero a esta clásica función endoprocesal se añaden también otras, que COLOMER HERNÁNDEZ (2003: 128 ss.) clasifica en función de sus destinatarios: las partes, el juzgador que decide el caso y los órganos jurisdiccionales superiores que pudieran tener que revisar la decisión en sede de recurso. La más importante de las funciones endoprocesales, en mi opinión, es la que cumple la motivación como límite a lo decidible<sup>3</sup>. Así, entendida la motivación como justificación de la decisión (sobre lo que volveré más adelante), el deber de motivar se traduce en el deber de tomar decisiones justificadas (siendo así una garantía de la correcta administración de

---

<sup>2</sup> No es objeto de este trabajo la presentación detallada de las funciones de la motivación, que han sido profusamente desarrolladas por la doctrina y también por la jurisprudencia. Una buena presentación de las dos funciones, con abundantes y relevantes referencias bibliográficas, puede verse en CASTILLO ALVA, 2013: 161 ss.

<sup>3</sup> En este sentido, véase IACOVELLO, 1997: 8, y GASCÓN ABELLÁN, 1999: 202. TARUFFO (1975: 386) habla incluso de la motivación como «condición de “jurisdiccionalidad” de los mandatos del juez, en el sentido de que los mismos constituyen expresión de la jurisdicción cuando se encuentran motivados».

justicia, en términos de la Comisión). La función extraprocesal de la motivación, en cambio, la vincula con el control social de las decisiones judiciales y, en esta medida, con su legitimidad y con un modelo de poder judicial propio de un estado democrático de derecho basado en la publicidad<sup>4</sup>. Todas esas funciones de la motivación la sitúan entre lo que FERRAJOLI (1998: 639) denomina «garantías de segundo orden», con el valor de una garantía de cierre de un sistema garantista. Y todas ellas fueron mencionadas de forma directa o indirecta por la Comisión y las representantes de las víctimas en sus alegaciones, como fundamento de la pretendida violación del derecho al debido proceso por la falta de motivación.

#### 4. LA CORTE SOBRE LA FALTA DE MOTIVACIÓN Y DECISIÓN DEL JURADO POR ÍNTIMA CONVICCIÓN

La respuesta de la Corte a las mencionadas alegaciones de violación del debido proceso en el caso juzgado siguió un recorrido intrincado, a veces por vericuetos jurídicos y otras por caminos de la «*realpolitik*». Veamos sus argumentos:

«La Corte ha definido el debido proceso legal como un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos» (párr. 217).

«En el presente caso, quien se reputa presunta víctima de la violación de estas garantías no es el inculpado del delito, destinatario originario de toda arquitectura ilustrada que procuraba poner coto al avance del poder punitivo del Estado, sino la agraviada del delito y su madre. En esta medida, la Corte recuerda que las “debidas garantías” del artículo 8.1. de la Convención amparan el derecho a un debido proceso del imputado y, en casos como el presente, también salvaguardan los derechos de acceso a la justicia de la víctima de un delito o de sus familiares y a conocer la verdad de los familiares» (párr. 218 y nota 281).

«En principio, nada excluye que las garantías judiciales recogidas en la Convención Americana sean aplicables al sistema de juicio por jurados, pues sus redactores no tenían en mente un sistema procesal penal específico» (párr. 219)

En este punto, recuerda la Corte que 21 de los 35 Estados que conforman la OEA prevén el juicio por jurados (párr. 223), lo que acabará constituyéndose, en mi opinión, en el motivo principal por el que las alegaciones de inconventionalidad no fueron atendidas: hubiese tenido implicaciones de grandísimo calado en el diseño procesal penal de muchos países, sin que en el caso concreto la Corte tuviera necesidad de afrontar ese desafío para dar protección a las víctimas.

Así que prima la libertad de los Estados para decidir sobre la arquitectura de su proceso penal y, en concreto, sobre la previsión del juicio por jurados, sin que ello implique

<sup>4</sup> Véanse, por todos, ANDRÉS IBÁÑEZ, 1992: 181, IGARTUA SALAVERRÍA, 2003: 24-7 y ALISTE SANTOS, 2018: 156 ss.

que los sistemas de enjuiciamiento por jurados queden al arbitrio del diseño estatal o que la legislación interna tenga preeminencia sobre los requerimientos convencionales, sino que el diseño de los ordenamientos procesales debe responder a los postulados de garantía que exige la Convención Americana. Es en esta medida que la Corte deberá ejercer su control de convencionalidad para examinar si los procedimientos, tal como fueron diseñados e implementados por el Estado, se ajustan a los parámetros dictados por el artículo 8 (párr. 225).

Pero hasta aquí permanece sin respuesta la pregunta acerca de si un sistema de enjuiciamiento penal por jurados, como el nicaragüense, que deciden sobre los hechos por íntima convicción y sin motivación es o no compatible con el debido proceso. Es en este punto donde la Corte parece dar una respuesta clara, recordando su propia doctrina al respecto:

«La Corte ha señalado que “el deber de motivación es una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso” [sentencia Apitz Barbera y otros vs Venezuela –párr. 78- y sentencia Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú –párr. 168]. «La Corte ha precisado que la motivación “*es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión*” [sentencia Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador –párr. 107-] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas» (párr. 254, cursiva añadida).

«Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que “la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa” » [caso Zegarra Marín vs. Perú, párrs 147 y 155]” (párr. 255).

Pero después de asumir casi palabra por palabra los argumentos de la Comisión y de la representación de las víctimas, que llevarían a la inconvencionalidad del juicio por jurados nicaragüense (y de muchos otros países), la Corte da un giro de 180 grados y de forma totalmente sorpresiva afirma que:

*la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación.* En efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa. Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales (párr. 259, cursiva añadida)<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> En este punto la Corte menciona la doctrina coincidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular el caso Saric vs. Dinamarca, núm. 31913/96. Decisión de admisibilidad de 2 de febrero de 1999, pp. 14-5. Ciertamente, el TEDH ha enfrentado el mismo problema planteado en la sentencia analizada de la Corte y su solución ha sido prácticamente calcada, considerando que un veredicto inmotivado por parte de un jurado no constituye, en sí mismo, una violación del derecho del acusado a un juicio justo (sentencia Bellerin Lagares vs. España, de 4 de noviembre de 2003, y sentencia Taxquet vs. Bélgica, de 16 de noviembre de 2010). Véase, al respecto, OVEJERO PUENTE, 2019: 208-210.

Esto es, después de decir que «la motivación “*es la exteriorización de la justificación razonada* que permite llegar a una conclusión”» (párr. 254) la Corte nos dice que «*la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación*» (párr. 259), sin temer ni por un momento caer en contradicción.

Todo ello se vincula con la voluntad de no declarar como contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos la regulación nicaragüense del jurado (y, por extensión, de todos los países que tengan regulaciones análogas),

toda vez que histórica y tradicionalmente el veredicto del jurado en un sentido clásico no exigía una motivación o exteriorización de la fundamentación, ya que la apreciación de la prueba se basaba en la íntima convicción de los juzgadores (párr. 158).

Es por ello que la Corte reprocha a la Comisión que no realizara un análisis de las particularidades del jurado respecto del deber de motivar las decisiones.

Más aún, «*todo veredicto siempre tiene motivación*, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa. Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales» (párr. 259, cursiva añadida).

De este modo, se salvaguardaría la función endoprocesal de la motivación, siempre que se pueda reconstruir (imaginar) el razonamiento que pueda haber llevado a la decisión. Y la función extraprocesal de la motivación, que otorga legitimidad a la decisión mediante «el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de justicia, y los expone a su escrutinio», quedaría también salvaguardada en el caso del jurado puesto que dicha «vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía» (párr. 257)<sup>6</sup>.

Finalmente, afirma también la Corte que

[l]a íntima convicción no es un criterio arbitrario. La libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, sólo que no lo expresa (párr. 262)<sup>7</sup>

<sup>6</sup> No dedicaré mi atención a este punto, pero entiendo muy atinada la crítica de SAGÜÉS (2018: 1-2) de que, por un lado, con la participación de algunos ciudadanos elegidos al azar no puede en ningún caso considerarse que estos representan al pueblo en una suerte de justicia democrática, y, por el otro, aun si así fuera, de ello no se inferiría que ese tipo de enjuiciamiento pueda quedar fuera del escrutinio social y la publicidad. En el mismo sentido se había expresado también ANDRÉS IBÁÑEZ, 2004: 176.

<sup>7</sup> No es claro, entonces, si en atención a esto último un sistema de enjuiciamiento penal por jueces profesionales basado en la íntima convicción y sin motivación se consideraría también acorde con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con la condición de que se pudiera reconstruir (imaginar) el razonamiento que llevó al juez a decidir a partir de las pruebas presentadas. Y si no se acepta esto, la Corte debería argumentar cuáles son las diferencias que sí lo hacen acorde en el caso del jurado.

## 5. ALGUNOS COMENTARIOS AL RAZONAMIENTO DE LA CORTE SOBRE EL JUICIO POR JURADOS, LA ÍNTIMA CONVICCIÓN Y LA AUSENCIA DE MOTIVACIÓN

En lo que sigue, presentaré cuatro comentarios sobre la relación entre prueba y motivación, así como sobre la vinculación entre estas dos y el jurado como instrumento de enjuiciamiento sobre los hechos.

Antes de dar paso a esos comentarios, sin embargo, vale hacer mención a una particularidad del caso en análisis: creo que puede decirse sin mayor necesidad de acreditación que el discurso de las garantías procesales (tanto a nivel doctrinal como en la legislación y los tratados internacionales), especialmente para el proceso penal, se ha construido pensando en el imputado como sujeto de las mismas. Basta ver aquí lo que se establece en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>8</sup>. Sin embargo, este mismo caso demuestra la insuficiencia de esa perspectiva y la necesidad de repensar las garantías procesales de un modo más equilibrado entre las partes del proceso. Ello no supone que deban disminuirse las garantías para el imputado, sino que se advierta que los suyos no son los únicos intereses que merecen protección<sup>9</sup>. En todo caso, este es un argumento demasiado complejo para ser abordado también en este trabajo.

### 5. 1. La concepción de la prueba

Como se ha visto hasta aquí, la Corte valida la íntima convicción como criterio para la toma de decisiones sobre la prueba. Es claro que ello no supone que lo considere el único compatible con los derechos y garantías reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero sí entiende que, aun no siendo un criterio de decisión sobre la prueba exigible a partir de la Convención, sí es compatible con la misma.

<sup>8</sup> Es muy claro al respecto el art. 8, cuyo párrafo primero establece que «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

<sup>9</sup> En este punto la sentencia es un tanto enigmática, por cuanto reconoce que ha sido el inculpado «el destinatario originario de toda la arquitectura ilustrada que procuraba poner coto al avance del poder punitivo del Estado» (párr. 218), a pesar de lo cual recuerda que las garantías del artículo 8.1. de la Convención salvaguardan también «en casos como el presente (...)», los derechos de acceso a la justicia de la víctima de un delito o de sus familiares y a conocer la verdad de los familiares» (párr. 218. La cursiva es mía). Pero, ¿a qué se hace referencia con la acotación «en casos como el presente»? ¿No debieran ser más bien garantías que se reconozcan para todos los sujetos procesales en cualquier procedimiento?

Para analizar este punto, debemos partir de las dos grandes concepciones sobre la prueba que pueden registrarse tanto desde el punto de vista histórico como teórico: la concepción persuasiva (o subjetivista) y la concepción racional.

El punto de partida de ambas concepciones es la respuesta a la pregunta acerca del significado de «está probado que 'p'»: ¿qué decimos, o qué dice un juez, cuando formula en su decisión que un hecho está probado? Pues bien, la concepción persuasiva de la prueba responde que un enunciado de este tipo («Está probado que 'p'»), formulado como contenido de la decisión probatoria de un juez o de un jurado, significa que el decisor se convenció (*i.e.*, adquirió la creencia sobre la ocurrencia del hecho 'p'). Es importante observar que, en la medida de que la convicción es un elemento subjetivo del decisor, si de ella depende conceptualmente que un hecho está probado en el proceso, entonces la decisión sobre la prueba (siempre que corresponda con las creencias sinceras del decisor) es infalible. Por otro lado, será perfectamente posible que dos jueces consideren que un hecho está probado y no probado, respectivamente, ante las mismas pruebas y no habrá posibilidad de afirmar que uno de ellos se equivoca. Volveré en un momento sobre este punto.

El segundo elemento que caracteriza la concepción persuasiva de la prueba es la asunción de una concepción fuerte del principio de intermediación. Dicho principio exigiría que el juzgador esté presente en la práctica de la prueba como un modo de que forme su convicción a partir de la impresión perceptiva que la prueba le cause. Pero el mismo principio tendría también una versión excluyente de la posibilidad de que cualquier otro sujeto que no haya tenido intermediación con la práctica de la prueba pueda valorarla o revisar por vía de recurso<sup>10</sup>.

La tercera característica de esta concepción es la ausencia de recursos en materia probatoria, entendidos en sentido estricto como la revisión por un tribunal superior de la corrección de la valoración de la prueba y la decisión sobre los hechos<sup>11</sup>. Es claro que si, conceptualmente, no hay posibilidad de error en la decisión probatoria de primera instancia, entonces no tiene sentido que el sistema prevea la posibilidad de formular recursos para la revisión de una decisión que es, por definición, correcta.

Finalmente, la concepción persuasiva de la prueba está vinculada con la ausencia de motivación sobre la decisión acerca de los hechos probados. Es claro que la ausencia de recursos y la infalibilidad de esa decisión debilitan o anulan la función endoprosesal de la motivación. Pero, más allá de ello, quedan razones de índole conceptual que hacen inviable la exigencia de motivación. Como expondré con algo

---

<sup>10</sup> La Sala Penal del Tribunal Supremo español viene asumiendo últimamente la concepción persuasiva o subjetivista de la prueba. Es claro, por ejemplo en la Sentencia 532/2019, de 4 de noviembre (ponente: Vicente Magro Servet), en la que formula también una serie de 20 criterios más que discutibles para la valoración de la prueba indiciara. En relación con el principio de intermediación, la asunción de nuevo de una versión subjetivista es también clara, incluso en sentencias de la misma ponencia. Basta ver, por ejemplo, la STS 282/2018 y las indicaciones que allí se dan sobre la valoración de la prueba testifical y de la intermediación, que no se condicen en lo más mínimo con el conocimiento ya asentado en psicología del testimonio.

<sup>11</sup> No sería propiamente un «recurso», en este sentido, la repetición del juicio en segunda instancia.

más de detalle en el epígrafe 5.2., la motivación puede entenderse como justificación de las razones de la decisión o como explicación de los motivos de esta. Explicar y justificar, son obviamente, cosas muy distintas. Sucede, sin embargo, que el acto de creer que 'p' ocurrió es un acto involuntario. No podemos decidir voluntariamente nuestras creencias<sup>12</sup>. Y dado que solo se puede predicar justificación (o su injustificación) de los actos voluntarios, entonces tener la creencia de que p no puede ser objeto de justificación<sup>13</sup>. Queda la posibilidad de entender la motivación como explicación de los motivos que han llevado a tener la creencia. Más allá, sin embargo, de que una explicación de ese tipo no tiene el menor interés para las funciones de la motivación que he presentado, sucede que el funcionamiento de nuestro cerebro en el proceso de adquisición de creencias es, a día de hoy, opaco a nosotros mismos: solo muy superficialmente podemos explicar qué nos ha llevado a tener una creencia y, a veces, no somos capaces de hacerlo en absoluto. En ese proceso intervienen nuestro *background*, nuestras experiencias vitales, nuestros prejuicios y sesgos, nuestra ideología, etc., en un modo que no somos capaces de reconstruir. Por ello, si «está probado que 'p'» significa que el juzgador se convenció (adquirió la creencia) de que 'p', entonces no tiene sentido exigir motivación ni como explicación ni como justificación.

La concepción racional de la prueba, en cambio, se puede caracterizar por cuatro elementos que son, cada uno de ellos, antitéticos a los que acabamos de presentar. A la pregunta conceptual acerca de qué significa «Está probado que 'p'», la concepción racional de la prueba responde que «las pruebas presentadas aportan corroboración suficiente a la hipótesis de que 'p'». La noción de corroboración de hipótesis no es simple, pero sea como sea que se entienda, hace referencia al grado en que las pruebas confirman la hipótesis y no a elemento subjetivo alguno que ocurra en la mente del decisor. La corroboración es, pues, intersubjetivamente controlable.

El segundo elemento de la concepción racionalista de la prueba es la asunción de una versión débil del principio de intermediación. Así, se sostiene que la exigencia de que el juzgador esté presente en la práctica de la prueba se justifica en la reducción de errores (puesto que cuantos más intermediarios haya mayor será la probabilidad de que la información se deforme a cada paso) y en posibilitar la participación del propio juzgador en la práctica de la prueba en contradicción. Pero la intermediación no otorga ninguna prioridad a la decisión del juzgador de primera instancia ni impide el control de su razonamiento por tribunales superiores<sup>14</sup>.

La tercera característica de esta concepción es la previsión de recursos sobre la decisión probatoria, entendidos como control del razonamiento sobre los hechos, ahora ya no impedido por la versión fuerte del principio de intermediación. Además,

<sup>12</sup> Puede verse este argumento con mayor detalle en FERRER BELTRÁN, 2002: 85 ss.

<sup>13</sup> Adviértase que la justificación del acto de tener una creencia y la justificación del contenido proposicional de una creencia son cosas muy distintas. Lo primero es un sinsentido, mientras que lo segundo es perfectamente posible. Ahora bien, la justificación del contenido proposicional de una creencia ya no es dependiente de que un sujeto u otro tenga la creencia y, en ese sentido, ya no tiene carácter subjetivo.

<sup>14</sup> Véanse, por todos, al respecto, ANDRÉS IBÁÑEZ, 2003: 153 ss. y ANDRÉS IBÁÑEZ, 2015: 272 ss.

esos recursos se hacen posibles por la exigencia de una rigurosa motivación (cuarta característica) en materia de hechos, entendida como justificación a la luz de las pruebas presentadas y practicadas de que la hipótesis alcanza o no el grado de corroboración suficiente establecido por el estándar de prueba aplicable al caso.

Las dos concepciones sobre la prueba, persuasiva o subjetivista y racional, tienen una perfecta coherencia interna, pero no pueden ser mezcladas sin que la coherencia se pierda. No tiene sentido, por ejemplo, partir de la prueba como íntima convicción y exigir motivación o prever la posibilidad o incluso el derecho de recurrir las decisiones probatorias. Sucede, sin embargo, que nuestros legisladores y tribunales no siempre son conscientes de esa incompatibilidad y parece que la Corte ha caído también en la trampa de la confusión conceptual: ¿qué sentido tiene la doctrina del derecho al doble conforme, por ejemplo, si se parte de una concepción de la prueba que no admite la posibilidad conceptual de decisiones erróneas?, ¿qué espacio queda para la exigencia de motivación si se asume el punto de partida de una concepción persuasiva de la prueba? En realidad, puede verse como todo el embrollo en que la Corte se mete para dar cuenta de una mínima exigencia de motivación para los jurados proviene, precisamente, de estas confusiones.

En lo que sí tiene razón la Corte es en su afirmación de que, si el criterio de decisión sobre los hechos es la íntima convicción, «[l]a libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico» (párr. 262). Pero no porque ese criterio no sea arbitrario, como sostiene la Corte, sino porque lo es en todo caso, con independencia de quien sea el juzgador. Lo muestra con claridad una sentencia del Tribunal Constitucional español, emitida en atención de un recurso de amparo presentado contra una sentencia condenatoria de un tribunal de apelación por una supuesta violación del derecho a la presunción de inocencia<sup>15</sup>. Dice el Tribunal (STC 124/1983, FJ. 1º):

Por otra parte, conviene también señalar aquí que el razonamiento del Juez de Instrucción de Noya contenido con el considerando primero de su Sentencia es impecable desde el punto de vista constitucional, esto es, bajo el enfoque del art. 24.2 de la C.E., pues si a él, bajo el sistema de libre apreciación de la prueba del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las pruebas practicadas no le convencieron de la culpabilidad de los encartados, actuó perfectamente al absolverlos, porque bajo el imperativo del art. 24.2 de la C.E. es evidente que nadie puede ser condenado sólo porque «existan indicios que apunten hacia la posible participación» del o de los acusados en los hechos delictivos. Sucede, sin embargo, que si con los mismos elementos probatorios otro Tribunal, el de apelación, «apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio» (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) llega a un resultado contrario, y en este caso, al convencimiento razonable y razonado de la culpabilidad de los antes absueltos, no por ello puede afirmarse violación alguna contra la presunción de inocencia, siempre que las pruebas practicadas en el juicio sean las que le proporcionen fundamento para su convicción. Así las

---

<sup>15</sup> En el caso que dio origen al amparo, el imputado por un pequeño tráfico de drogas había sido absuelto en primera instancia por insuficiencia de la prueba y, posteriormente, con las mismas pruebas, condenado en segunda instancia. Su defensa recurrió entonces en amparo ante el Tribunal Constitucional alegando que las pruebas de cargo eran insuficientes para derrotar la presunción de inocencia, de modo que la condena de segunda instancia violaba ese derecho.

cosas, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia, sino de una discrepancia en la valoración de la prueba hecha por dos órganos judiciales igualmente libres para valorar en conciencia, con el resultado de que entre ambas valoraciones ha de imponerse la del Tribunal de apelación.

Es decir, con las mismas pruebas, tan impecable es condenar como absolver. No hay nada que decir, porque siendo el criterio de decisión sobre los hechos la valoración en conciencia (o la íntima convicción, que es lo mismo), ambos juzgadores actuaron perfectamente al seguir su conciencia o convicción y, haciéndolo, no hay posibilidad conceptual de error en la valoración de la prueba. Lo que no tiene sentido es que si no hay posibilidad de error, el sistema habilite el recurso contra la decisión. Ahora bien, si con los mismos elementos de juicio tan impecable es hacer una cosa como su contraria, decidir por cualquiera de ellas es un caso paradigmático de arbitrariedad.

La búsqueda de la verdad es un elemento imprescindible para un proceso garantista de los derechos<sup>16</sup>. Es por ello que el descubrimiento de la verdad es, y no puede dejar de ser, un objetivo estructural de la actividad probatoria en todo proceso<sup>17</sup>. Siendo así, es imperativo preguntarse cuál de las concepciones sobre la prueba, persuasiva o racional, es la adecuada para satisfacer ese objetivo. La respuesta es evidente: las creencias o convicciones del juzgador (punto de partida de la concepción persuasiva) no son un indicador de la verdad de lo creído. La suficiencia de la corroboración, en cambio (punto de partida de la concepción racional de la prueba) no es garantía de la verdad de lo corroborado, pero sí de que cuenta con una probabilidad suficiente de serlo. Corresponde al legislador diseñar el proceso penal, pero un sistema procesal penal basado en la íntima convicción es incompatible con el derecho al debido proceso y con la interdicción de la arbitrariedad.

Es pacífico a día de hoy considerar que el derecho a la prueba es parte integrante de las garantías del debido proceso. En realidad, se trata de un derecho poliédrico que integra otros derechos más específicos<sup>18</sup>, en concreto: *a)* el derecho a presentar y a que sean admitidas todas las pruebas relevantes de que se disponga; *b)* el derecho a que las pruebas presentadas y admitidas sean debidamente practicadas; *c)* el derecho a que las pruebas presentadas, admitidas y practicadas sean racionalmente valoradas; y finalmente, *d)* el derecho a una decisión motivada sobre los hechos. Dejaré este último punto para el epígrafe 5.3 de este trabajo, pero conviene, en cambio, señalar ahora que resultaría totalmente inútil reconocer el derecho a presentar y practicar las pruebas relevantes de que se disponga para sostener las alegaciones de las partes si luego esas pruebas pudieran valorarse arbitrariamente (o considerar tan impecable

---

<sup>16</sup> No es este el lugar para desarrollar los argumentos que lo justifican, pero puede encontrarse una presentación detallada de los mismos en FERRER BELTRÁN, 2002: 55 ss. Véase también, al respecto, FERRAJOLI, 1998: 619 ss. y 639 ss.

<sup>17</sup> Lo que no quiere decir que sea el único objetivo del proceso ni que, en caso de conflicto con otros objetivos, no pueda también ceder.

<sup>18</sup> Para una exposición razonada y detallada, me remito a FERRER BELTRÁN, 2003: 28 ss.

concluir a partir de ellas una cosa y su contraria, con tal de que se afirme que el juzgador se convenció).

## 5. 2. La concepción de la motivación

Hay en el mercado de las ideas dos grandes concepciones de la motivación de las decisiones judiciales, que podemos también denominar «psicologista» y «racionalista»<sup>19</sup>. La primera de ellas identifica a la motivación con la expresión lingüística de los motivos que han llevado a una decisión. La segunda, en cambio, entiende la motivación como justificación: una decisión motivada sería, entonces, una decisión que cuenta con razones que la justifican. Las dos concepciones cuentan con el apoyo lingüístico de la ambigüedad del término «motivar», que denota tanto la expresión de los motivos como de las razones de una decisión<sup>20</sup>. Pero ambas cosas no deben ser confundidas<sup>21</sup>.

El realismo jurídico, especialmente el norteamericano, puso especial atención a los mecanismos causales que motivan las decisiones judiciales, señalando que, entre ellos, las normas generales no ocupan el único lugar ni tan siquiera un lugar privilegiado. Las causas que motivan la decisión de un juez incluyen su ideología, contexto social, estado de ánimo, prejuicios, cultura jurídica, etc., del mismo modo que ocurre con las decisiones ordinarias que tomamos cada uno de nosotros. Los realistas, por ello, destacaron la necesidad de estudiar estos factores sociológicos como método adecuado para poder predecir las decisiones judiciales, *i.e.*, a su entender, conocer el derecho vigente.

Un enunciado que afirma que *c* es una de las causas de la decisión o conducta humana es, desde luego, un enunciado descriptivo y, en consecuencia, verdadero o falso. Por ello, la motivación concebida como expresión de los motivos (las causas) de una decisión es un discurso lingüístico descriptivo. Como tal, no es capaz de justificar la decisión, puesto que la justificación pertenece al ámbito de lo normativo y no hay salto posible que permita fundar una conclusión normativa en un conjunto de premisas descriptivas. Con ellas podremos entender, como máximo, qué llevó al juez a decidir como decidió, pero no aportará nada a la justificación de su decisión. No es extraño pues que, en general, los realistas no hayan puesto el acento en la necesidad de que el juez motive sus decisiones, sino en que la sociología del derecho estudie los

---

<sup>19</sup> Véase COLOMER HERNÁNDEZ, 2003: 31 ss. Las concepciones psicologista y racionalista de la motivación están fuertemente emparentadas, pero no deben ser confundidas, con las concepciones de la prueba que he denominado en el epígrafe anterior persuasiva o subjetivista y racionalista. Están emparentadas porque quien sostiene la concepción subjetivista de la prueba, es común que sostenga una concepción psicologista de la motivación, por ejemplo. Pero no deben confundirse con ellas porque la motivación no se agota en los aspectos probatorios de la decisión judicial.

<sup>20</sup> Véase, entre otros muchos, IGARTUA, 2003: 61 ss. y ALISTE, 2018: 435 ss.

<sup>21</sup> La distinción entre motivos y razones es considerada por Nino, precisamente, una distinción fundamental de la filosofía analítica. Véase NINO, 1993: p. 37.

factores causales que llevan a esas decisiones<sup>22</sup>. Entendida de este modo, resultaría, por ejemplo, que la Constitución española impondría a los jueces y tribunales expresar en sus sentencias las motivaciones causales que les llevan a tomar sus decisiones jurisdiccionales. Dado que entre estas motivaciones habrá factores de lo más diversos (que van desde sus traumas infantiles a la presión mediática, desde su ideología a la cultura jurídica adquirida), no se entiende bien qué relevancia social y jurídica tendría para que su expresa formulación fuera exigida constitucionalmente.

En todo caso, ningún iusrealista fue escéptico solo respecto de los hechos en el proceso judicial. Es más, lo fueron especialmente respecto de la capacidad motivadora de las normas generales. Sin embargo, en el último siglo ha sido muy habitual entre los juristas prácticos y entre los estudiosos del derecho procesal una curiosa combinación de formalismo respecto de las normas y escepticismo respecto de las posibilidades de alcanzar conocimiento de los hechos mediante la prueba en el proceso judicial. Y, llegados al tema de la motivación, se combinan fuertes exigencias de motivación (entendida como justificación) por lo que respecta a las premisas normativas del razonamiento, la *quaestio iuris*, y débiles o inexistentes exigencias de motivación (entendida ahora como expresión del *iter* mental, de los factores causales de la decisión) por lo que concierne a las premisas fácticas, la *quaestio facti*<sup>23</sup>. Sirva como muestra lo que afirma DE LA OLIVA (2002: 514):

---

<sup>22</sup> Una excepción a la poca atención prestada a la motivación de las decisiones por parte del movimiento iusrealista es la obra de Frank (1930: 123 ss. y 159 ss.). Al respecto, creo especialmente oportunas las consideraciones de Taruffo: «una sugerencia de este tipo resulta incongruente tanto en el orden de ideas que profesa el autor que la propone, como en línea de máxima y también fuera de est[e]. Desde el primer punto de vista, es absurdo exigir que la motivación refleje los procesos psíquicos del juez, después de haber subrayado con extrema decisión precisamente los múltiples elementos de irracionalidad, de ambigüedad y también de falta de control de tales procesos (...). Desde el segundo punto de vista, la sugerencia es también absurda, porque la manera en que [e]sta puede concretizarse es imposible: el juez no puede (y aunque pudiera sería probablemente inoportuno) recorrer en un sentido inverso las etapas de un proceso psíquico que, como tal, le es en gran medida desconocido en sus componentes decisivos; por otra parte, una hipotética motivación de este tipo sería inútil, dado que no tiene sentido hablar de control de validez y de rectitud del proceso psíquico a través del cual el juez llegó a la decisión» (Taruffo, 2006: 97, nota 55.). El absurdo de las exigencias de Frank señalado por Taruffo depende, en realidad, del objetivo con el que se impongan las exigencias de motivación. Desde luego, si el objetivo declarado es permitir el control por las partes y por tribunales superiores de la correcta aplicación del derecho, este no tiene ningún sentido si se declara que las decisiones judiciales son solo el resultado causal de múltiples factores sociales y personales. De ser así, el tribunal superior solo podría decir sensatamente «mi convicción es otra y yo mando más», pero para esto no es necesario analizar motivación alguna del tribunal inferior.

<sup>23</sup> Desarrollando la obligación constitucional de motivar las sentencias, formulada en el artículo 120.3 de la Constitución española, el Tribunal Constitucional español ha sostenido la necesidad de que «el órgano judicial explicita el *iter* mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito» (véase STC 229/1988). En mi entender, la formulación no puede ser más clara ni más equivocada como forma de entender la garantía constitucional de la motivación. Un año después, el mismo Tribunal Constitucional consideró (STC 217/1989) intrínseco a la inmediación y la libre valoración de la prueba «el examinar gestos de los intervinientes en la misma, tales como la turbación o la sorpresa, a través de los cuales pueda el Juez o Tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración (...), con respecto a los cuales el juzgador de instancia es dueño de

no es exigible, ni legal ni racionalmente, que toda sentencia dé cuenta detallada del porqué de cada *declaración de certeza positiva* de un hecho (eso es la declaración de «hecho probado») (y, en su caso, muy raro pero posible, de las *declaraciones de certeza negativa*: certeza de la inexistencia de un hecho): no es tampoco legal ni racionalmente exigible que se explique pormenorizadamente por qué unos hechos han sido considerados *dudosos* («no probados») pese al esfuerzo probatorio que haya podido desplegarse. No es razonable imponer a los órganos jurisdiccionales unos esfuerzos expresivos máximos, en cada sentencia, que desconozcan la carga de trabajo (...) que sobre ellos pesa y que resulten contrarios a impartir justicia a todos de manera satisfactoria. Y tampoco parece razonable pedir que se exprese lo que pertenece a los internos procesos psicológicos de convicción, muchas veces parcialmente objetivables, sí, pero también parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefable.

Si dejamos a un lado el problema de la carga de trabajo de los jueces (cuya solución bien pudiera ser otra que no fuera la de eliminar las exigencias de motivación), lo que queda del argumento de DE LA OLIVA es la parcial inaccesibilidad de los motivos de las decisiones, incluso para el propio juez que adopta la decisión. Si motivar es expresar lingüísticamente los motivos, los factores que han causado la decisión, habrá que dar cuenta del *iter* mental que ha llevado al juez al convencimiento respecto de los hechos (y de las normas, añadiría yo). Pero los factores causales de nuestras creencias nos resultan (parcialmente) inaccesibles<sup>24</sup>. Solo somos capaces de describir algunas de las más inmediatas circunstancias que nos llevan a adquirir una creencia, pero, desde luego, esta descripción, aún hecha concienzudamente, no sería más que limitada y muy parcial respecto de las causas de la decisión<sup>25</sup>. En resumen, como he argumentado en el epígrafe anterior, si se vincula la prueba con las creencias subjetivas del decisor, la exigencia de motivación resulta inútil (por lo que hace a sus funciones) y de imposible cumplimiento.

Frente a la concepción analizada hasta aquí, la concepción racionalista de la motivación entiende a ésta última como justificación de la decisión judicial. Así, para esta concepción, decir que una sentencia está motivada significa que está debidamente justificada<sup>26</sup>. Ahora bien, de nuevo aquí se abren dos posibilidades: en primer lugar,

---

su valoración». Tampoco aquí puede decirse que la concepción de la valoración de la prueba que asume el Tribunal Constitucional español sea muy garantista: se trata, de forma coherente con la concepción de la motivación, de una concepción psicologista o persuasiva difícilmente conciliable, como ya he argumentado, con garantías constitucionales como la interdicción de la arbitrariedad, la presunción de inocencia en el ámbito penal, etc. Al respecto, véase también GASCÓN ABELLÁN: 211-2.

<sup>24</sup> Y en caso de órganos colegiados, como los jurados, resulta, además, especialmente complicado: ¿habrá que describir los factores causales que han llevado a la decisión de cada uno de los magistrados o los miembros del jurado? Evidentemente, los motivos de las convicciones de cada uno de ellos pueden ser distintos, de manera que resultaría necesario expresarlos todos ellos.

<sup>25</sup> Sobre estas dificultades, puede verse, por todos, TARUFFO, 2006: 110 ss.

<sup>26</sup> Entre muchos otros, es muy claro en este sentido BERGHOLTZ, quien afirma que: «En esta perspectiva (...), cómo se generaron realmente las razones dadas y si estas son las razones reales del juez, adquiere una importancia relativamente menor. Así, si las razones dadas están bien fundadas y son válidas no importa si son o no las razones “reales” del juez». (BERGHOLTZ, 1990: 85). Resulta también evidente la ambigüedad del término «razones» en la cita de BERGHOLTZ: unas veces sinónimo de «motivos» («las razones reales del juez») otras como elementos con fuerza justificatoria. Véase también FERRAJOLI, 1998: 38 ss.; ATIENZA, 2003: 6-7; y NIETO, 2000: 157, donde afirma que «el juez ni debe ni puede “explicar”

una decisión puede considerarse justificada si hay razones suficientes que la funden; o, en segundo lugar, puede considerarse justificada no solo si hay tales razones, sino, además, si esas razones han sido formuladas lingüísticamente (*i.e.*, expresadas en la sentencia) de modo analítico<sup>27</sup>. En otras palabras, se trata de distinguir entre *tener* razones para *x* y *dar* razones para *x*<sup>28</sup>. Es claramente esta última la forma en la que entiende la obligación de motivar la Corte cuando afirma que la motivación «es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar la decisión» (párr. 254). De este modo, la motivación de la sentencia sería la expresión lingüística de las razones que justifican la decisión adoptada<sup>29</sup>. En cambio, la Corte parece asumir la concepción de la motivación como existencia de razones justificativas (aunque no hayan sido expresadas), cuando afirma que para que el veredicto del jurado cumpla con la obligación de estar motivado «el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales» (párr. 259). Y, para rizar el rizo de la confusión, solo bajo la concepción psicologista de la motivación (referente a los motivos, no a las razones), puede afirmarse que «todo veredicto siempre tiene motivación», como también hace la propia Corte (párr. 259), dado que es evidente que no todo veredicto está justificado, pero sí causado por algún motivo.

Más allá de las evidentes inconsistencias respecto de la concepción de la motivación asumida por la Corte en la sentencia analizada, conviene preguntarse si es posible respecto de un veredicto en el que no se expresen las razones que lo justifiquen, «reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados». Veamos un ejemplo no jurídico: imaginemos que Pedro debe tomar una decisión basada en la regla «si hay elementos suficientes para estimar que llueve o que lloverá en los próximos minutos, cierre la ventada». Conocemos que en el momento en que Pedro toma la decisión disponía de información meteorológica fiable y que Pedro decidió cerrar la ventada. Aun cuando Pedro no haya expresado las razones que justificarían su decisión, podemos reconstruir el razonamiento justificativo (que no tiene por qué coincidir con el motivacional), porque conocemos los hechos (la información meteorológica de la que disponía), la regla aplicable («si hay elementos suficientes para estimar que llueve o que lloverá en los próximos minutos, cierre la ventada») y la decisión (cerrar la ventana). Podemos hacerlo porque todos los elementos del razonamiento,

---

los motivos psicológicos de su decisión (de los que con frecuencia ni él mismo es consciente), la ley no se lo exige ni tendría utilidad alguna para las partes. Lo que importa —y lo que es legalmente exigible— es la motivación en el contexto de justificación, es decir, el razonamiento que justifica que la decisión es admisible dentro de los conocimientos y reglas del Derecho».

<sup>27</sup> Sobre la distinción entre el modo analítico y el holista de motivar o justificar una decisión, véase TARUFFO, 1992: 307 ss.

<sup>28</sup> Al respecto, véase SCHAUER, 2009: 175 ss.

<sup>29</sup> Afirma TARUFFO (2010: 37), en este sentido, que «la motivación es (...) un discurso justificativo constituido por argumentos racionales».

premisas y conclusión, son constatables y controlables intersubjetivamente. ¿Es esta la situación en que nos encontramos ante un veredicto inmotivado? La respuesta es que depende. ¿Conocemos la regla procesal que gobierna la decisión del jurado acerca de los hechos? En el caso del jurado nicaragüense, sí. Su Código de Instrucción Criminal (al igual que el vigente Código Procesal Penal) establece que procederá declarar probados los hechos de los que se acuse al imputado si el jurado alcanza la íntima convicción de que estos se produjeron. Pues bien, dado que el criterio para la toma de decisión es netamente subjetivo (la convicción de cada decisor), resulta claramente imposible reconstruir por parte de otro sujeto que no sea el propio decisor las supuestas razones que justificarían su decisión.

Plantearé el punto desde otra perspectiva. Dado que en todo estado de derecho el proceso penal debe estar regido por la presunción de inocencia (reconocido como derecho en el art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), necesitamos saber en qué condiciones podrá estimarse derrotada la presunción o, en otros términos, cuándo la hipótesis acusatoria estará suficientemente corroborada para considerarla probada. Esta es precisamente la función de un estándar de prueba: determinar el umbral de exigencia probatoria para que una hipótesis se considere probada. Pero el umbral no es necesariamente único: una misma hipótesis, con las mismas pruebas y el mismo grado de corroboración puede estimarse probada si el estándar de prueba es  $X$  y no probada si es  $X + 1$ . Esto explica, por ejemplo, que las mismas pruebas puedan ser suficientes para considerar probado un hecho en un proceso civil e insuficientes para un proceso penal. Para que una decisión sobre la prueba de la hipótesis  $H$  esté justificada debemos mostrar que las pruebas disponibles otorgan a  $H$  un cierto grado de corroboración y que ese grado de corroboración es suficiente de acuerdo con el estándar de prueba aplicable. Ahora bien, si no conocemos el estándar de prueba aplicable o éste resulta indeterminado, no hay forma de justificar que la corroboración es suficiente. Sin estándar de prueba no hay motivación posible (entendida como justificación)<sup>30</sup>.

Es por esto que LAUDAN ha mostrado con acierto que cualquier fórmula o criterio de decisión que apele a elementos psicológicos o mentales del decisor (como la «íntima convicción», la «certeza subjetiva», la «valoración en conciencia», etc.) no permite el control intersubjetivo de la justificación de la decisión y, por tanto, no son aptos para facilitar la revisión de la corrección de la misma ni para dar garantías, por ejemplo, del cumplimiento de la presunción de inocencia en el proceso penal<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Y tampoco hay posibilidad de determinar si se ha respetado o se ha violado la presunción de inocencia, porque se desconoce cuál es el umbral de suficiencia probatoria para derrotarla.

<sup>31</sup> Véase LAUDAN, 2005: 99 ss. Lo mismo sucede, por cierto, si se dan interpretaciones subjetivistas a otro tipo de fórmulas (por demás indeterminadas) como el «más allá de toda duda razonable» (*i.e.*, si no tenemos más criterio de razonabilidad de la duda que la convicción del decisor). Al respecto, véase un clarificador análisis en LAUDAN, 2003; también en *Id.*, 2006: 59-102. Sobre la interpretación en Inglaterra, véase ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 361 ss. Una presentación de los requisitos que deberían cumplirse para la formulación adecuada de un estándar de prueba puede verse en FERRER BELTRÁN, 2018: 403 ss.

En definitiva, contra lo que afirma la Corte, una decisión inmotivada basada en un criterio subjetivo como la íntima convicción no hace posible en ningún caso la reconstrucción del razonamiento justificativo.

### 5.3. El contenido de la motivación

Dejé pendiente en el epígrafe 5.1 el problema de la incompatibilidad entre una regulación que exima del deber de motivación al decisor (sea jurado o juez profesional) y las exigencias del derecho a la prueba. Hemos visto ya que uno de los elementos que conforman el derecho a la prueba es el derecho a una resolución probatoria motivada, pues solo a través de ella puede controlarse su validez. Hay que decir ahora que aquí «motivada» hace referencia a que en la resolución se expresen las razones en que se funda o, en otros términos, la valoración de la prueba realizada y el estándar de prueba aplicado.

Demasiadas veces se confunde la motivación con la descripción de las pruebas admitidas y lo ocurrido en la audiencia durante la práctica de la prueba. Ello, claro está, no cumple con las exigencias de una concepción racional de la motivación como justificación de la decisión. El contenido de la motivación, en cambio, puede ser descompuesto en cuatro partes, que operan como tres premisas y una conclusión: 1) el análisis de cada una de las pruebas y la justificación de la fiabilidad otorgada a cada una de ellas (valoración individual de la prueba); 2) la valoración de conjunto de las pruebas a los efectos de determinar y justificar el grado de corroboración que estas otorguen a cada una de las hipótesis fácticas en conflicto en el proceso; 3) la identificación del estándar de prueba aplicable a ese tipo de proceso y a la concreta decisión procesal que se esté adoptando (una medida cautelar, la apertura de juicio, la sentencia, etc.); y 4) la conclusión acerca de si, a la luz de las pruebas disponibles y el estándar de prueba aplicable, alguna de las hipótesis fácticas debe ser declarada como probada. Por supuesto, no solo hay que justificar la declaración de una hipótesis como probada sino también la conclusión de que una hipótesis no alcanza el grado de corroboración suficiente para declararla probada en atención al estándar de prueba que sea aplicable al caso.

Cada una de las partes 1 a 3, identificadas en el párrafo anterior, estará a su vez compuesta de una cadena inferencial, con conclusiones parciales que operan a su vez como premisas del siguiente paso argumental<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Sobre el razonamiento probatorio como cadena de inferencias, véase HERNÁNDEZ MARÍN, 2018: 69 ss. Por otra parte, la necesidad de apelar a una regla, el estándar de prueba, para poder extraer conclusiones acerca de si una hipótesis está probada o no es una razón, adicional a otras, para poner en cuestión la distinción neta entre *quaestio facti* y *quaestio juris*.

#### 5.4. Razonamiento probatorio y jurado

Inicié el epígrafe 4 de este trabajo, calificando la argumentación de la Corte contra la alegada violación del debido proceso por falta de motivación en las decisiones del jurado nicaragüense como un ejercicio de *realpolitik*. Solo así se entiende que la sentencia dedique espacio a consideraciones irrelevantes para el juicio de compatibilidad entre la legislación procesal nicaragüense y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como el número de estados firmantes de la Convención en los que existe el juicio por jurados. Parece estar implícito que si se sostenía la inconventionalidad de las decisiones inmotivadas por íntima convicción se seguiría la inconventionalidad del jurado, lo que habría tenido un impacto enorme, dado el número de estados que tienen la figura y la tendencia más bien a su ampliación. De ahí también las consideraciones de la Corte de que «corresponde a la esencia del jurado» tomar decisiones en las que no se exprese la motivación (párr. 259). Ahora bien, ¿es esto así? ¿no hay posibilidad de exigir de los jurados una decisión motivada, esto es, una justificación analítica de su veredicto? En principio, no hay nada que haga imposible el cumplimiento de una exigencia de ese tipo, pero veámoslo con más calma.

Algunos países, como España, han dispuesto en su regulación sobre el jurado que este deberá motivar su veredicto. Así, el art. 61.1 de la Ley 5/1995, Orgánica del Tribunal del Jurado, dispone que en el acta en la que deberá redactarse el veredicto, tendrá que incluirse:

Un cuarto apartado, iniciado de la siguiente forma: ‘Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes: ...’. Este apartado contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.

Vale la pena señalar que es precisamente la previsión de esa «sucinta explicación» lo que ha hecho que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considere compatible esta regulación con las exigencias del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>33</sup>. Sin embargo, conviene recordar también que la decisión sobre los hechos en España, ya sea tomada por un juez profesional o un jurado, se adopta a partir de la valoración en conciencia de la prueba (art. 741.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y que, como acertadamente ha señalado críticamente ALISTE SANTOS (2018: 435 ss.), el art. 61.1 de la Ley del Tribunal del Jurado exige una explicación y no una justificación del veredicto. Estamos, pues, de nuevo, ante una concepción persuasiva de la prueba y una concepción psicologista de la motivación, que no supone un genuino avance hacia el respeto del debido proceso y del derecho a una decisión motivada (justificada) sobre los hechos<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Así es en la STEDH Bellerin Lagares vs. España, de 16 de noviembre de 2010 y, de forma análoga, se resuelve también en el caso Judge vs. Reino Unido, en STEDH de 8 de febrero de 2011.

<sup>34</sup> En el mismo sentido, IGARTUA SALAVERRÍA, 2000: 56. ANDRÉS IBÁÑEZ (2004: 282), por su parte, considera que «es patente que se ha llegado a establecer dos distintos estándares de exigencia, uno de ellos, el relativo al jurado, de muy bajo perfil, que, en muchos casos, se ha dado por cumplido con la

La pregunta, pues, permanece todavía sin respuesta: ¿se puede exigir a los jurados legos que justifiquen adecuadamente sus decisiones sobre los hechos? La respuesta dependerá del tipo de formación que estimemos necesaria para realizar un correcto razonamiento probatorio, que conduzca a la adopción de decisiones justificadas. En mi opinión, esa formación debe incluir, como mínimo, conocimientos de epistemología y lógica elemental, así como una buena comprensión de los problemas relativos a la prueba pericial (y un conocimiento básico sobre los distintos tipos de pruebas periciales más habituales en el proceso) y de los avances en psicología del testimonio. No me cabe la menor duda que muchos jueces profesionales carecen de esa formación (y lamentablemente, algunas sentencias incluso de Altos Tribunales nacionales e internacionales son buena muestra de ello). Pero dado el carácter de *repeat players* de los jueces profesionales es posible diseñar capacitaciones que les den esos conocimientos. En cambio, no parece posible dar esa formación a personas que solo intervendrán una vez en la tarea de juzgar los hechos<sup>35</sup>. Confiar en el juicio por jurados, a fin de cuentas, supone asumir una concepción persuasiva, subjetivista, sobre la prueba (como parece hacer la Corte en la sentencia comentada) o que desarrollar el tipo de razonamiento probatorio necesario para tomar decisiones justificadas sobre los hechos en un proceso y expresar analíticamente esa justificación no requiere formación previa alguna, lo que la experiencia nos ha demostrado falso (tanto en el caso de los jueces profesionales como en el de los jurados).

La Corte no necesitó ninguna de estas consideraciones para considerar violado también el derecho al debido proceso en el caso individual (párrs. 269-271). En cambio, estableció criterios generales sobre la exigencia de motivación que muestran una gran confusión respecto de las distintas concepciones de la motivación y que rebajan sustancialmente los requerimientos formulados en su jurisprudencia previa. Por lo que hace a la prueba, por su parte, validó sin matices la compatibilidad entre una regulación que incorpora la más rancia versión de la concepción persuasiva o subjetivista de la prueba con las garantías procesales reconocidas como derechos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todo ello con la finalidad de salvar la institución del jurado de las serias dudas sobre su convencionalidad<sup>36</sup>, perdiendo así una gran oportunidad para reafirmar la doctrina de la Corte sobre el debido proceso y las exigencias de motivación en relación con el jurado. Al decir de

---

mera indicación de las fuentes de prueba, y, en muchos otros, con alguna telegráfica referencia a los elementos de esta. Y todo, como único modo de evitar la reiteración de nulidades».

<sup>35</sup> En el mismo sentido, ANDRÉS IBÁÑEZ: 2004: 281 ss. y ALISTE SANTOS, 2018: 436 ss., donde se encuentran también interesantes indicaciones jurisprudenciales españolas en el mismo sentido. La Corte indica la posibilidad de introducir mecanismos que mitiguen la falta de capacitación de los jurados, como que un juez técnico lo instruya, que se formulen preguntas precisas al jurado o que se le ofrezca información experta que disminuya su propensión a decisiones basadas en sesgos o prejuicios (párrs. 264-5). ANDRÉS IBÁÑEZ (2004: 279-80) muestra, sobre la base de la experiencia española, su claro escepticismo frente a todas ellas: una adecuada formación en razonamiento probatorio no es algo que se pueda ofrecer en una tarde a personas no relacionadas con la materia.

<sup>36</sup> Las mismas dudas que llevan a ANDRÉS IBÁÑEZ (2004: 283) a calificar eufemísticamente al jurado como una institución de «una constitucionalidad débil».

Sagües (2018: 1): «la sensible divulgación del sistema de jurados, con perspectiva de aumento en nuestros días, conspira contra su fiscalización. Dicho de otro modo: cuanto más se adopte en Latinoamérica el jurado con veredicto inmotivado, más difícil será declararlo inconvencional».

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ALISTE SANTOS, T.J., 2018: *La motivación de las resoluciones judiciales*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 1992: «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *Doxa*, nº 12. Citado por la edición incluida en ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2007.
- 2003: «Sobre el valor de la inmediatez (una aproximación crítica)», en *Jueces para la Democracia*, nº 46; citado a través de la edición contenida en ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2007.
- 2004: «Jurado: el debate debe continuar», en AA.VV.: *Juicio por jurado. Cuestiones teóricas y práctica*, Madrid: Dykinson; citado por la publicación en ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2007.
- 2015: *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M., 2003: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México D.F.: UNAM.
- BERGHOLTZ, G., 1990: «Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas», en *Doxa*, núm. 8.
- CASTILLO ALVA, J.L., 2013: *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, Lima: Grijley.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., 2003: *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE LA OLIVA, A., 2002: «La sentencia», en DE LA OLIVA, A., ARAGONESES, S., HINOJOSA, R., MUERZA, J. y TOMÉ, J.A.: *Derecho procesal penal*, 5ª ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- FERRAJOLI, L., 1998: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari: Laterza.
- FERRER BELTRÁN, J., 2002: *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- 2003: «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones», en *Jueces para la Democracia*, núm. 47.
- 2018: «Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea», en PAPAYANNIS, D.M. y PEREIRA FREDES, E. (eds.): *Filosofía del derecho privado*, Madrid: Marcial Pons.
- FRANK, J. 1930: *Law and the Modern Mind*, citado por la edición de New York: Anchor Books, 1963.
- GASCÓN ABELLÁN, M., 1999: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., 2018: «Una concepción recursiva del razonamiento probatorio», en *Análisis e diritto*, 2018, núm. 2.
- IACOVELLO, F.M., 1997: *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano: Giuffrè.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., 2000: «Sobre el jurado y la motivación de su veredicto, una vez más», en *Jueces para la Democracia*, 38.
- 2003: *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LAUDAN, L., 2003: «Is Reasonable Doubt Reasonable?», en *Legal Theory*, 9.
- «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar», en *Doxa*, 28.
- 2006: *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge: Cambridge University Press; citado por la traducción castellana de VÁZQUEZ, C. y AGUILERA, E.: *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- NIETO, A., 2000: *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ariel.
- NINO, C.S., 1993: «Derecho, moral, política», en *Doxa*, 14.

- OVEJERO PUENTE, A.M., 2019: *El derecho al juicio justo en el convenio europeo de derechos humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROBERTS, P., y ZUCKERMAN A., 2004: *Criminal Evidence*, Oxford: Oxford University Press.
- SAGÜÉS, N.P., 2018: «La convencionalidad del veredicto inmotivado en el juicio por jurados», en *El Derecho*, Buenos Aires, lunes 22 de octubre de 2018, N° 14.515, año LVI.
- SCHAUER, F., 2009: *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- TARUFFO, M., 1975: *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam. Citado por la traducción española de CÓRDOVA, L.: *La motivación de la sentencia civil*, Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- 1992: *La prova dei fatti giuridici*, Milano: Giuffrè; citado por la trad. española de FERRER BELTRÁN, J.: *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta, 2002.
- 2010: «Consideraciones sobre prueba y motivación», en TARUFFO, M., ANDRÉZ IBÁÑEZ, P. Y CANDAU PÉREZ, A: *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

## CÓMO PUBLICAR EN LA REVISTA

### 1. REMISIÓN DE ARTÍCULOS A EFECTOS DE SER EVALUADOS

Todo artículo debe ser enviado a *revistaquaestiofacti@gmail.com* en formato .doc o .docx.

Revisión: una vez recibidos, todos los textos se someterán a doble revisión ciega por pares.

Idiomas: se aceptan textos escritos en español, inglés, italiano y portugués.

Extensión: se sugiere que los textos no superen las 15.000 palabras. Las *refutaciones* en la sección *Conjeturas y refutaciones* no podrán superar las 5.000 palabras.

### 2. REGLAS DE EDICIÓN

#### 2.1. Presentación del trabajo

Nombre y apellido del autor, afiliación académica y correo electrónico de contacto.

Título del artículo. Si posee subtítulo debe ir en una línea independiente respecto del título.

Título y subtítulo en inglés.

*Abstract* de no más de 150 palabras en el idioma en que está redactado el trabajo.

*Abstract* en inglés, si no fuera este el idioma en que el artículo está escrito.

5 palabras clave en el idioma de redacción del texto.

5 palabras clave en inglés, si ese no fuera el idioma de redacción.

Versión para revisión ciega. Todos los textos deben acompañarse de una versión destinada a ser sometida a revisión sin dato alguno del autor, eliminados los agradecimientos y cualquier otra referencia que pueda indicar su identidad.

## 2.2. Presentación del contenido

Fuente y tamaño. Los textos deben ser enviados en letra Times New Roman, cuerpo 12, interlineado 1,5. Sangría al inicio de cada párrafo.

Notas. Las notas deben estar editadas en cuerpo 10 e interlineado sencillo, sin sangría. Numeración correlativa iniciando desde 1 en cada artículo.

Subtítulos. El orden de los encabezamientos será el siguiente: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.2, 2, etc.

### *Citas*

Las citas bibliográficas seguirán el modelo anglosajón. Los apellidos en VERSALITAS, el año de edición del original (cuando el autor tenga varias obras publicadas en un mismo año se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c...). Como ejemplo:

(YOUNG, 1971a: 25-26)

Si hay varios autores citados del mismo apellido, añadir inicial del nombre, después apellido:

COLOMER, J., 1995: ...

Si se trata de una cita de un artículo de revista del que no consta el año, la manera de citar sería, por ejemplo:

COLOMER, J., «The Spanish ...»: 40-52

Las citas en texto principal o cuerpo de notas irán en redonda (*i. e.* no cursiva) y entre comillas «angulares».

Si la cita en el cuerpo posee una extensión de más de tres renglones no irá entre comillas y deberá aparecer separada del texto principal, en cuerpo 10 y centrada.

Comillas. Las comillas dentro de comillas pasarán a ser comillas “voladitas”.

Bibliografía. La bibliografía irá al final, en orden alfabético, respetando el siguiente formato:

Libros: APELLIDO EN VERSALITAS, inicial del nombre, año: *título del libro en cursivas*. Lugar: Editorial.

Artículos de revista: APELLIDO EN VERSALITAS, inicial del nombre, año: «título del artículo entre comillas angulares», en *nombre de la revista en cursiva*, número (si tiene número de tomo o volumen, entre paréntesis): páginas.

Capítulos de libros: APELLIDO EN VERSALITAS, inicial del nombre, año: «título del capítulo entre comillas angulares», en *título del libro en cursiva*. Lugar: Editorial, páginas.

Por ejemplo:

PUTNAM, R., 1995: *Making democracy work. Civic traditions in modern Italy*. Princeton: Princeton University Press.

COLOMER, J., 1998: «The Spanish “State of Autonomies”: Non-Institutional federalisms», en *West European Politics*, 21 (4): 40-52.

Seguir criterios en cuanto a: derecho (siempre en caja baja); Estado; ordenamiento jurídico; juez; tribunal; fiscal; Tribunal Supremo (organismos en general, en alta); capítulo.

### 3. COMPROMISO ÉTICO Y DERECHOS DE AUTOR

#### 3.1. Compromiso ético

*Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio* adhiere a las directrices fijadas por el EASE (European Association of Science Editors) a efectos de la gestión, edición, revisión y publicación de resultados científicos en revistas de diferentes áreas de conocimiento. De conformidad con esas directrices:

Los autores se comprometen a remitir trabajos inéditos, que no hayan sido publicados anteriormente y que no se encuentren sometidos a evaluación por parte de otras revistas, al menos hasta tanto no se complete el proceso de evaluación por parte de esa revista. El envío de trabajos para su evaluación requiere omitir en la copia ciega cualquier dato que pueda ser identificado por los revisores respecto de su autoría y de igual modo implica aceptar las normas de publicación, revisión y evaluación de la revista que se detallan a continuación, así como en cada número de la misma.

Los revisores de los trabajos asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva sobre la calidad científica del texto dentro el ámbito de sus conocimientos y habilidades. Por ello, solo revisarán un trabajo en caso de ser competentes en la temática a revisar y si no existen conflictos de interés. *Quaestio facti* informará a autores y autoras en tiempo y forma adecuados acerca de la aceptación o rechazo de sus trabajos, asegurando una edición respetuosa respecto del estilo y de las ideas de cada autor, dando un tiempo adecuado a efectos de la corrección de la edición final.

Los Directores, miembros del Consejo de Redacción, miembros del Consejo Editorial y los miembros del Consejo Asesor se comprometen a respetar la imparcialidad y mantener la confidencialidad de los trabajos enviados, sus autores y revisores, de

forma que el anonimato preserve la integridad de todo el proceso de evaluación. A tal fin garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas en la materia para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo. Asimismo, en la medida de lo posible, evitarán todo tipo de conflictos de intereses y cumplirán estrictamente con los tiempos de evaluación, edición y publicación que exige la periodicidad de la revista.

### 3.2. Derechos de autor

La remisión de artículos a efectos de ser publicados por *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento probatorio* implica la aceptación de los siguientes términos:

- El autor o autora se compromete a respetar las pautas éticas antedichas.
- Se concede a *Quaestio facti* el derecho de primera publicación y otorgamiento de licencia para publicar el texto remitido en todos los formatos y medios impresos y electrónicos de la revista.
- A efectos de toda reimpresión, abreviación o traducción de un artículo de cualquiera de sus secciones, *Quaestio facti* se compromete a solicitar autorización sin demora a cada autor y autora del trabajo en cuestión, a efectos de que él o ella decidan si autorizan dicha publicación. Al mismo tiempo, los autores que decidan republicar su trabajo en otros sitios se comprometen a dejar constancia en la nueva publicación de la previa aparición de la contribución en *Quaestio facti*.

Qf



Marcial  
Pons



Càtedra  
de Cultura  
Jurídica



Universitat  
de Girona



Diputació de Girona

[www.quaestiofacti.com](http://www.quaestiofacti.com)