

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ESCUELA DE DERECHO
CHILE

R E V I S T A
D E
D E R E C H O

AÑO XL — Nº 159
MAYO - AGOSTO DE 1973

Director:

JUAN ARELLANO ALARCÓN

Subdirector:

ARTURO PARADA KREFT



EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

V CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL

México, 1972

TEMA I

"Cientificidad de la prueba en relación
principalmente con los dictámenes per-
iciales y la libertad de apreciación del
juzgador".

Ponente General

VITTORIO DENTI

Profesor de la Universidad de Pavia
(Italia)

1. Significado de la expresión "cientificidad de la prueba"

¿En qué sentido es posible hablar de científicidad de la prueba? Una respuesta a esta pregunta sólo puede darse correctamente si se tiene cuidado en distinguir los varios significados del término "prueba" en el lenguaje jurídico, que no admite el empleo de palabras diversas (como, por ejemplo, "evidence" y "proof") para expresar los diversos aspectos del fenómeno probatorio. Estos significados pueden reducirse a tres: 1) en una primera acepción, "prueba" designa los medios de que cabe servirse para la demostración del *thema probandum*, o sea, los documentos, el testimonio, los indicios, etc. (éste es un significado muy próximo al de "evidence"); 2) en una segunda acepción, "prueba" designa el procedimiento probatorio, o sea, el conjunto de actividades reguladas más o menos detalladamente por la ley, a través de las cuales el juzgador y las partes aportan al proceso los medios de prueba; 3) en una tercera acepción, "prueba" designa el resultado del procedimiento probatorio, o sea, el convencimiento al que el juzgador llega mediante los medios de prueba (éste es un significado próximo al de "proof").

Ahora bien: el supuesto carácter "científico" debe verificarse en relación con cada uno de los posibles significados del término "prueba", puesto que los problemas que de ello surgen para el juzgador y las partes se plantean en forma diversa dentro de cada una de las tres distintas situaciones. Por otra parte, antes de analizar dichos problemas a la luz de la experiencia de los particulares ordenamientos procesales, es también oportuno precisar —en contra de la tendencia (que se manifiesta asimismo en algunas de las ponencias nacionales) a atribuir carácter científico solamente a los medios de prueba practicados ante los tribunales

a consecuencia de los más recientes adelantos de la ciencia— que el criterio de la “cientificidad” no puede consistir en la fecha de nacimiento de los métodos, sino que debe determinarse en relación con la función institucional del juzgador.

En todos los ordenamientos existe, en efecto, un límite al empleo de la ciencia privada del juzgador, y es el que determina, de modo general, la admisibilidad de recurrir a la prueba pericial, permitida cuando sea necesario el empleo de nociones que van más allá del patrimonio cultural del hombre medio. Esta “necesidad” (1), por naturaleza variable e históricamente relativa, en función del continuo aumento del nivel cultural común, señala el límite más allá del cual la prueba se vuelve científica, es decir, requiere para su valoración la utilización de conocimientos que rebasan los del juzgador como hombre medio. Como veremos, los problemas más graves de la prueba científica surgen precisamente de esta característica, porque el proceso está esencialmente construido (y sobre todo el proceso penal) como un rito en que la colectividad debe poder reconocerse, y en el que también lo que puede no ser comprensible para el hombre medio debe llegar a serlo, so pena de fracasar en su función social.

Establecido, pues, que el carácter “científico” de la prueba se refiere a la necesidad de integrar, en el acercamiento del hecho, el patrimonio del conocimiento del juzgador, como hombre de cultura media, resulta evidente que la “cientificidad” se vincula, sobre todo, con el tercer significado del término prueba, o sea, con la “prueba” como “resultado de la prueba”, constituido por las valoraciones a que el juzgador llega acerca de la existencia o inexistencia del *factum probandum*. En cambio, no parece tener significado apreciable hablar de “cientificidad” en relación con el empleo del término prueba en el sentido de “medio prueba”, puesto que si el *factum probans* puede ser documento, testimonio o indicio, no es, en sí mismo, ni científico ni acientífico. Lo mismo debe decirse de la prueba en cuanto procedimiento probatorio, porque aun cuando la asunción de la prueba implique el empleo de medios técnicos particularmente complejos (como puede suceder, por ejemplo, en los experimentos judiciales), se trata siempre de actividades procesales destinadas a adquirir instrumentos de conocimiento de los hechos, y como tales, susceptibles de ser calificados sólo en función de su propia disciplina normativa.

Concluyendo, por tanto, parece conveniente reservar la expresión “cientificidad de la prueba” para la formación de la convicción del juzgador, a fin de designar los casos en que el juicio de inferencia proba-

(1) Cfr., por ejemplo, RICHARDSON: *The Law of Evidence*, 9th. ed. (Brooklyn-New York, 1964), par. 387: “The ground for the admission of expert opinion evidence is necessity”; codice di procedura civile italiano, art. 61: “Quando é necessario, il giudice può farsi assistere... da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica”; codice di procedura penale italiano, art. 314: “Qualora sia necessaria un’indagine che richiede di particolari cognizioni di determinati scienze o arti, il giudice dispone la perizia”.

toria que constituye la base del accertamiento del hecho implique para el juzgador el empleo de conocimientos que asciendan del saber del hombre medio.

2. *Límites a la admisibilidad de los medios de prueba que violen los derechos de la persona*

Antes de analizar el cuadro de problemas que surgen de las ponencias nacionales (completado con referencias a los países del *common law* y a los socialistas, sobre los que no se remitieron ponencias), conviene recordar que el tema de la influencia del progreso científico sobre el derecho probatorio fue tratado en el desarrollo de un congreso de la Asociación Henri Capitant celebrado en Montreal en 1952 (2). Centro de los debates fue entonces, por un lado, la incertidumbre sobre los resultados de algunos métodos científicos de reciente adopción (como el examen de sangre) y, por otra parte, el peligro de distorsión de la verdad, inherente a la posible manipulación de dichos métodos. René Savatier advertía en su ponencia: "No se debe creer que las técnicas sean necesariamente empleadas en beneficio de la verdad; pueden serlo también en pro del error o de la mentira. La técnica es, en sí misma, un instrumento moralmente neutro" (3).

El llamado a los cánones de valoración ética sugiere que, frente a este problema, la conducta del jurista no puede estar condicionada por la incertidumbre de los resultados técnicos y, en consecuencia, por el peligro de errores judiciales debidos al empleo de modernos métodos de indagación. El progreso de la ciencia no garantiza precisamente la obtención de la verdad inmune de errores y, por otra parte, los métodos de investigación se consideran correctos sólo porque son aceptados por la generalidad de los estudiosos en un determinado momento histórico, sin excluir que dichos métodos puedan ser considerados como erróneos en un momento sucesivo. Como justamente señala Franco Cordero, determinadas técnicas de indagación no son inadmisibles porque no ofrezcan garantía de verdad, puesto que también el testimonio puede ser inatendible o absolutamente mendaz, y, sin embargo, se usa cotidianamente (4).

El verdadero límite que hace arredrarse ante el uso de determinadas técnicas de indagación no es, por tanto, la incertidumbre sobre la atendidibilidad de sus resultados (la cual, si acaso, puede sugerir prudencia y estricto control de su valoración), sino la violación de derechos inalienables de la persona humana, entre los cuales se encuentra el relativo a la integridad física. Son límites sancionados expresamente en algunos ordenamientos y, en otros, deducibles de los principios constitucionales; pero, de cualquier modo, propios actualmente de todos los países civi-

(2) Cfr., *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. VII, 1952, (Montreal, 1956).

(3) en *Travaux...*, cit. p. 618.

(4) CORDERO: *Procedura Penale* (Milano, 1966), p. 20.

lizados. Lie-detection (5) y narcoanálisis son pues rechazados hoy en día por los mismos motivos por los que en la época del iluminismo se rechazó la tortura judicial; y nos previene a no ser demasiado optimistas acerca de la definitiva victoria de la civilidad de la misma Convención Europea de derechos del hombre, que ha debido proclamar solemnemente la prohibición de aplicar torturas y tratamientos inhumanos o degradantes (6).

En esta perspectiva se plantea hoy al proceso penal el problema de la taxatividad o no de los medios de prueba. La opinión dominante, que sostiene la libertad del juzgador para allegarse pruebas inclusive no previstas expresamente por el legislador, ha sido recientemente criticada con base en la afirmación de que las normas relativas a las pruebas penales son normas de garantía, debiendo considerarse toda su disciplina como instrumento de defensa para el imputado (7). Efectivamente, aun de no aceptarse esta tesis extrema, se debe admitir que al menos existe un elemento de taxatividad relativo a la adquisición de pruebas en el proceso penal, o sea, el determinado por los derechos constitucionales, que de ningún modo pueden violarse.

Pónese así de relieve un régimen de la prueba que no se agota en el ámbito propiamente procesal, puesto que implica *policiés* extrañas al juicio, y que considera al juicio mismo sólo como la ocasión de tutelar los derechos individuales constitucionalmente garantizados frente al peligro de su posible violación. Las pruebas definidas como "ilícitas" (8) lo son en efecto, no por que violen normas procesales, o porque pugnen con las exigencias del accertamiento de los hechos en el proceso, sino porque se obtuvieron mediante violación de derechos tutelados por normas diversas y, en primer lugar, por normas constitucionales. Aquí se encuentra, por tanto, el fulcro de una disciplina probatoria que ponga límites a los métodos de indagación judicial insidiosamente ofrecidos por el progreso técnico-científico. Pero el progreso —y conviene subrayarlo— no crea problemas distintos de los que los ordenamientos procesales modernos han conocido desde la época en que se afirmó que entre la tortura y el detector de mentiras no existe diferencia en cuanto a las razones que prohíben su empleo en juicio. Nos lo ha recordado Piero Calamandrei, proclamando los derechos del imputado en el proceso penal, con

(5) Cfr., sobre la cuestión, SKOLNICK: *Scientific Theory and Scientific Evidence: An Analysis of Lie-detection*, en "Yale L. J.", 70 (1961), p. 694; ERETT: *New Procedure of Scientific Investigation and the Protection of the Accused's Right*, en "Duke L. J.", 1959, p. 32.

(6) Cfr., sobre la cuestión, CHIAVARIO: *La Convenzione Europea del diritto dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale* (Milano, 1969), pp. 335 y ss. y, en general, VASALLI: *La Protezione della sfera della personalità nell'era della tecnica*, en "Studi in onore di E. Betti"; Vol. V, (Milano, 1962), p. 702.

(7) Cfr., CONSO: *Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, en "Riv. dir. proc.", 1970, pp. 1 y ss.

(8) Cfr., sobre cuestión, últimamente, VESCOVI: *Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita*, en "Riv. der. proc. ib. am.", 1970, p. 341.

las mismas palabras del iluminista Cesare Seccaria: "Non vi e liberta ogni qualvolta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di esser persona e diventi cosa" (9).

3. Los diversos medios de prueba desde el punto de vista científico

Roger Houin, en la ponencia general presentada al Congreso de la Asociación Henri Capitant, que antes recordé, afirmaba: "Los métodos científicos no pueden ofrecer nuevas categorías de pruebas, pero pueden servir para una mejor indagación de la verdad" (10). Esta afirmación que es evocada en la ponencia de Oppetit, se confirma con el examen, hecho en algunas ponencias nacionales, de los diversos medios de prueba, desde el ángulo del empleo de medios técnicos de reciente adquisición (ponencias de Kerameus, Oppetit y Sentís Melendo).

En realidad, la intervención de técnicas modernas, tanto en la formación de las pruebas como en el control de su veracidad, no da lugar a la creación de pruebas que no pertenezcan a las dos categorías fundamentales: los documentos y el testimonio. Documentos son las reproducciones mecánicas, como las fotografías, las fotocopias (11), los registros magnéticos (12), las representaciones cinematográficas, etc., respecto de las cuales surge, si acaso, el problema de la autenticidad de la representación por ellas suministrada. Problema resuelto de varias maneras en los diversos ordenamientos, en general, a base de la existencia o no de discrepancia entre las partes en torno a la conformidad de la representación con los hechos que mediante la misma se pretenden probar.

Por otra parte, constituyen documento tanto la *res* que se aporta al proceso mediante su presentación o exhibición como la que es observada por el juzgador a través de la inspección: en ambos casos, en efecto, la eficacia probatoria del documento viene determinada por su idoneidad para permitir la formulación de proposiciones fácticas que sirvan para verificar el *thema probandum*. Por ello, suministra también una prueba documental de tipo indiciario el llamado examen de la sangre, puesto que tiende a obtener, a través de una inspección, un dato representativo, idóneo para suministrar el tipo de prueba crítica que se suele llamar indicio o presunción.

Como recuerda Oppetit en su ponencia, la aportación al proceso de pruebas documentales de este tipo (y, sobre todo, de las que, requiriendo una inspección, presuponen una resolución del juzgador en que la admita) da lugar a problemas desde el punto de vista de la trascendencia o utilidad de la prueba, por la posibilidad de que la manera como se formen no garantice un resultado atendible. Un control preventivo de

(9) CALAMANDREI: *Processo e democrazia*, (Padova, 1954), p. 163.

(10) En *Travaux...*, cit., p. 557.

(11) Cfr., KIENAPPEL: *Zur Urkundenqualität von Fotokopien, Xerocopien und Abschriften*, in "Neue Jur. Woch", 40 (1971), p. 1781.

(12) Cfr., ABRAHAMS: *Preuve civile par magnétophone*, in "Journ. des Tribuns.", 78 (1963), p. 581; AULD: *The Admissibility of Tape Recording in "Criminal Proceedings"*; en "Crim. L. Rev." 61 (1961), p. 598.

este alcance, por otra parte, podría admitirse sólo aceptando que en el amplio concepto de trascendencia de la prueba figura también un control de verosimilitud que, en nuestro caso, debería verificar la idoneidad del medio de prueba para demostrar la existencia de los hechos controvertidos. A este respecto se ha observado justamente que tal valoración no puede ser realizada por el juzgador en vía preventiva, o sea, al admitir la prueba, sino que pertenece a la apreciación de la eficacia de la prueba, tras su aportación al proceso (13).

El problema de si tales cuestiones de admisibilidad de la prueba lo son de derecho o de hecho, no admite una solución unívoca desde el momento en que la distinción entre los dos tipos de cuestiones depende de criterios propios de los diversos ordenamientos, no susceptibles de ser generalizados. Como recuerda Oppetit en su trabajo, en los países de *civil law*, en los cuales el vértice de los medios de impugnación contra la sentencia consiste en el juicio de casación, considerar como cuestiones de derecho las relativas a la atendibilidad científica de una prueba significativa, esencialmente, permitir a la Corte de Casación censurar la solución que a dicha cuestión hayan dado los juzgadores inferiores. En cambio, en los ordenamientos del *Common Law*, en que la contraposición entre *law* y *fact* se justifica sobre todo en función de las distintas esferas de atribución del juez y del jurado, considerar como cuestión de derecho la valoración sobre admisibilidad de la prueba que implique conocimientos científicos tiene como consecuencia que deba recabarla del juez y no del jurado (14).

Indudablemente, la valoración de los tipos de pruebas documentales que han sido posibles merced al progreso científico requiere técnicas de interpretación que no tienen nada que ver con las tradicionales relativas a los documentos directos e indirectos. Si la reproducción de la huella de un pie, e incluso la de una huella digital, puede ser operación relativamente simple, la interpretación de los resultados de métodos de análisis particularmente complejos puede requerir el auxilio de nociones complementarias de no fácil obtención. Por ejemplo, se ha puesto de relieve que los resultados del método de análisis de la presencia y concentración de elementos químicos conocido como "neutron activation analysis", requieren para su interpretación de una valoración estadística basada en datos suficientemente completos (15).

Volvemos pues a subrayar que desde el punto de vista de la incorporación de la prueba al proceso se permanece siempre en el campo de la prueba documental, en donde el problema fundamental, que es anterior a la valoración del juzgador, continúa siendo el de la autenticidad de la prueba; problema este que en orden a los procedimientos ordinarios de verificación puede complicarse, pero no transformarse, por la complejidad técnica de la formación del documento.

(13) Cfr., TARUFFO: *Studi sulla rilevanza della prova*, (Padova, 1970), p. 81.

(14) Cfr., sobre la cuestión, KORN: *Law, Fact and Science in the Courts*, "Col. L. Rev.", 66 (1966), pp. 1080 y ss.

(15) Cfr., KARAJ: *The Evidentiary Uses of Neutron Activation Analysis*, en "Calif. L. Rev.", 59 (1971), p. 997.

Una argumentación análoga puede esgrimirse en relación con el testimonio, que también está sujeto a un control de veracidad, preliminar a su valoración, respecto del cual la intervención de métodos científicos es ampliamente auspiciada por la cultura jurídica contemporánea. Pese a que los estudios de psicología del testimonio remontan a principios de siglo, sólo en años recientes el problema ha sido formulado sobre bases rigurosas (16), de tal modo que ese mundo kafkiano del testimonio, de que hablaba Marshall, pueda en cierta medida ser racionalizado mediante técnicas atendibles de su formación y su adquisición. Se trata, también aquí, no de la ciencia como aportadora de nuevos medios de prueba, sino de la aplicación de métodos científicos en la adquisición de la prueba en el proceso y, sobre todo, en el control de su veracidad.

4. Los conocimientos científicos y la ciencia privada del juzgador

El verdadero y fundamental problema de la cientificidad de la prueba lo da, pues, la necesidad en que el juzgador puede verse, de emplear para el accertamiento del hecho, nociones que trascienden el patrimonio de conocimientos del hombre medio. En todos los ordenamientos, con formulaciones y principios diversos, se reconoce al juez el poder de acudir de oficio a las nociones de la experiencia común, entre las cuales se encuentran también reglas técnico-científicas aplicables a la valoración de los hechos. Tanto en la elaboración del concepto de "reglas de experiencia" por parte de la ciencia procesal alemana (17) como en la delimitación del principio de la *judicial notice* en los ordenamientos de *common law* (18) se encuentra la exigencia de poner un límite a la utilización, por parte del juzgador, de su propia ciencia privada, y este límite está dado por la pertenencia de las nociones al patrimonio de la experiencia común, así como por la posibilidad de su control sin tener que acudir a conocimientos especializados.

Conviene observar sin embargo que el instrumento previsto para permitir al juzgador el empleo de sus propios conocimientos técnico-científicos funciona, en cada ordenamiento, bajo presupuestos y perspectivas diferentes. En efecto, en los sistemas que facultan al juzgador para solicitar de oficio el auxilio de expertos, el tránsito del empleo de la ciencia

(16) Cfr., entre otros, MARSHALL: *Law and Psychology in Conflict*, (Indianapolis, 1966); SAKE: *Psychiatry, Psychoanalysis and the Credibility of Witnesses*, en "Notre Dame Lawyer", 45 (1970), p. 238; TRANKELL: *Die Realitätsgehalt von Zeugnisaussagen*, Göttingen, 1971).

(17) Sobre la cuestión véase últimamente DOHRING: *Fachliche Kenntnisse des Richters und ihre Verwertung im Prozess*, en "Juristen", 1968, p. 641.

(18) Cfr., KORN: *Law, Fact and Science*, cit., p. 1088, quien afirma que, según la fórmula propuesta en las "Uniforms Rules of Evidence", elaboradas en 1953, el principio de *judicial notice* debiera extenderse a "specific facts and propositions of generalized knowledge which are capable of immediate and accuracy". Ejemplos de "Scientific facts", susceptibles de "judicial notice", pueden encontrarse en RICHARDSON: *The Law of Evidence*, cit., pp. 22-23.

privada al encargo pericial depende de una opción discrecional del propio juez, con la consiguiente dificultad (recordada en la ponencia de Oppetit) de evitar los abusos inherentes al empleo de la pericia, inclusive cuando cabría prescindir de ella.

En cambio, en los sistemas que dejan a la iniciativa de las partes la introducción en juicio de la prueba pericial, la utilización de la *judicial notice* desemboca en permitir una iniciativa de oficio en el acercamiento del hecho, que es, en vía de principio, extraña a tales ordenamientos (19).

Por otra parte, el recurso por parte del juzgador a las llamadas máximas de experiencia tiene una notable importancia, no sólo para la delimitación de los poderes de iniciativa de oficio, sino para la configuración de la estructura lógica del juicio de hecho. El tema sólo puede aquí señalarse para recordar que la noción tradicional de regla (o máxima) de experiencia tenía un significado preciso en la concepción deductiva y silogística del juicio de hecho, que las modernas corrientes gnoseológicas han abandonado decididamente. En efecto, desde una perspectiva no silogística, no sólo las reglas de experiencia tienden a asumir carácter probabilístico, y por tanto estadístico, sino que su colocación viene individuada fuera de la inferencia probatoria propiamente dicha, en el "momento, por ello lógicamente preliminar, en que tiene lugar la selección y racionalización de los datos empíricos, asumidos en calidad de premisas de la propia inferencia" (20).

Estos aspectos del razonamiento judicial sobre el hecho, fundado en reglas científicas, deben recordarse en una época en que el estudio del aspecto lógico de la actividad judicial va asumiendo una creciente importancia, en una perspectiva de renovada racionalidad tras la superación de las posiciones antiformalísticas propias de las corrientes de pensamiento (desde el realismo jurídico al irracionalismo de varias tendencias) que dominaron el campo en el período comprendido entre las dos guerras.

5. La aportación de los expertos al proceso; países de civil law

Llegamos así al problema que en las ponencias nacionales asume importancia central, y a veces, absorbente: el recurso, por parte del juez, a conocimientos técnico-científicos aportados al proceso por terceros. Como se sabe, históricamente la contribución de los peritos al proceso ha asumido tres posibles modalidades: a) la integración de colegios judiciales con expertos designados de modo continuativo o escogidos cada vez, en atención a particular naturaleza de la controversia; b) la designación, por el juzgador, de los expertos, con funciones consultivas, en relación con las exigencias de los diversos pleitos; c) la presen-

(19) En tal sentido véanse las consideraciones de CAVALLONE: *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile*, (Milano, 1968).

(20) TARUFFO: *Studi sulla rilevanza delle prove*, cit., p. 243. En relación con el problema cfr., entre otros, KAPLAN: *Decision Theory and the Fact-Finding Process*, en "Stanf. L. Rev.", 20 (1968), pp. 23 y ss.

tación de peritos por obra de las partes, en calidad de testigos provistos de conocimientos técnicos específicos. En los ordenamientos jurídicos contemporáneos no existen designaciones exclusivamente conformes a uno u otro sistema, sino que, por el contrario, se dan casos de coexistencia de dos, y aun de las tres soluciones contempladas. La designación, como también ocurrió siempre en los ordenamientos del pasado (21), se realiza, sin embargo, en atención a las características de los propios ordenamientos, que no pueden descuidarse cuando se quiere interpretar correctamente el alcance de sus instituciones.

Las ponencias nacionales remitidas al Congreso contemplan exclusivamente ordenamientos pertenecientes a la familia de *civil law* y que poseen, bajo este aspecto, características sustancialmente afines, ya que prevén la posibilidad de que el juzgador encomiende a un perito funciones auxiliares (generalmente de oficio, salvo excepciones, como la de la ley de enjuiciamiento civil española, recordada en su ponencia por De Miguel y Alonso, que requiere instancia de parte para la admisión de la prueba pericial) (22). Como es sabido, la situación es radicalmente distinta en los ordenamientos de *common law*, en los que la aportación de los expertos al proceso tiene normalmente lugar por medio de un testimonio introducido en el pleito por las partes.

Las razones por las que históricamente se ha formado esta situación son complejas, y aparecen estrechamente conectadas con la estructura del proceso en los sistemas de *common law*, tal como quedó delineada una vez que el jugador dejó de desarrollar funciones sustancialmente testimoniales para convertirse en juzgador del hecho sobre la base de pruebas aportadas por las partes. Ante todo, el examen concentrado del pleito, generalmente en una sola audiencia esencialmente oral, excluye la posibilidad de encargos judiciales que se desarrollen en el curso de la instrucción con presentación de escritos, como sucede en los países de *civil law*, y requiere que el experto rinda su opinión directa y oralmente en la audiencia (23). En segundo lugar, la admisión de las declaraciones de un experto, que no ha tenido conocimiento directo de los hechos, y que expone a base de hipótesis científicas, no sólo representa una excepción a la *opinion rule* (o sea, a la prohibición, para los testigos, de expresar opiniones y no hechos), sino que también aparece, al menos en sus orígenes históricos, estrechamente vinculada con la *hearsay rule*, que prohíbe la admisión en juicio de declaraciones orales o escritas de

(21) Véase, por ejemplo, en cuanto a la atribución de las funciones del *iudex*, en el proceso romano clásico, a un *arbiter* provisto de conocimientos especializados, VISKY: *la prova per esperti nel processo civile romano*, en "Studi senesi", 1968, pp. 23 y ss.

(22) Un amplio cuadro de la disciplina pericial en los ordenamientos jurídicos europeos se encuentra en el volumen *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, (París, 1969), publicado bajo el cuidado del Instituto de Derecho Comparado de París.

(23) Cfr., al respecto, las consideraciones de JACOB y WHEATCROFT, en el volumen *L'expertise*, cit., p. 243.

personas no llamadas a deponer como testigos (24). Como sucede con todas las excepciones a esta regla de exclusión, es esencial que el testimonio admitido se sujete a la cross-examination (o, si se quiere, que sea garantizado el right to confrontation) (25): es ésta, en efecto, la principal razón que todavía se opone a la reforma del sistema angloamericano en el sentido de admitir el recurso a "court experts", que no deban someterse a las reglas de asunción propias de la prueba testimonial (26). Se trata de una exigencia muy importante, porque precisamente uno de los puntos débiles en la aplicación práctica de la prueba pericial en los países de *civil law* es justamente la tendencia de la pericia a eludir las reglas del contradictorio.

Cuanto se ha dicho no significa que en los ordenamientos de *common law* se conozca solamente la figura del *expert witness* como testigo de parte, ni que falten movimientos de reforma tendientes a superar los defectos del sistema vigente, realmente graves, sobre todo por la propensión a la parcialidad de los expertos. En el primer aspecto, recordaré que, aparte del poder de los órganos jurisdiccionales ingleses y norteamericanos de admitir de oficio el testimonio de expertos, como cualquier otro testimonio (poder que existe en abstracto, pero que de hecho no se ejerce por la repugnancia de los juzgadores a infringir el modelo de la *adversary system of litigation*) (27), encontramos en el ordenamiento inglés la institución del assessor, experto que asiste al juzgador en el examen de cuestiones técnicas, respondiendo a preguntas que le son formuladas "in private", y por tanto, sin quedar sujetas a las reglas del testimonio (28). Los assessors sólo están presentes institucionalmente en la *Admiralty Court*, mientras que en otros tribunales son sólo facultativos y actúan entre ellos de vez en cuando, con diversas denominaciones (como el *independent scientific adviser* previsto por la *Patent Act* de 1949); pero es a esta forma de consulta técnica a la que miran los

-
- (24) Cfr., NOKES: *An Introduction to Evidence*, 2nd. ed., (London, 1956), p. 148; MORGAN: *Hearsay: the Rule in Conjunction with Other Exclusionary Rules*, en "Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation", (New York, 1957), p. 169.
- (25) Cfr., sobre la cuestión, GRISWOLD: *The Due Process Revolution and Confrontation*, en "Univ. of Penns. L. Rev.", 119 (1971), p. 711.
- (26) Véase, en cuanto a las indicaciones contenidas a propósito en la 17ª relación del "Law Reform Committee" inglesa, concerniente a la "Evidence of Opinion and Expert Evidence", la nota *Expert Evidence and the Needs of Justice*, en "New Law Journal", 120 (1970), p. 953. Por lo que hace al ordenamiento estadounidense, véanse las consideraciones, sobre el mismo tema, de MEYER: *The Expert Witness: Some Proposal for Change*, en "St. John's L. Rev.", 45 (1970), p. 105.
- (27) Cfr., sobre este punto, KAPBAN: *An American Lawyer in the Queen's Courts: Impressions of English Civil Procedure*, en "Mich. L. Rev.", 69 (1971), p. 835; SMITH: *The Power of a Trial Judge to Call a Witness-A Tool to Mend Defects*, en "South Cal L. Rev.", 29 (1956), p. 195.
- (28) Cfr., sobre la cuestión, DICKEY: *The Province and Function of Assessors in English Courts*, en "Mod. L. Rev.", 33 (1970), p. 494.

movimientos de reforma, como base de experiencia para la introducción, en términos generales, de la figura de los "court experts" (29).

Por otra parte, ha sido precisamente la siempre creciente necesidad de aportar al proceso conocimientos científicos la que ha determinado, también en los países de *common law*, la exigencia de recurrir a expertos imparciales designados por los tribunales (30), a la vez que se ha ido ampliando el campo de los procedimientos judiciales de tipo administrativo, en los que las normas de exclusión propias de la *law of evidence* no encuentran aplicación. De ahí la innegable tendencia evolutiva, en dichos ordenamientos, en el sentido de admitir la iniciativa judicial para la adquisición del *expert testimony*; pero quede bien claro que se trata siempre de testimonio, asumido con las modalidades y garantías propias de este tipo de prueba, necesarias para asegurar un contradictorio efectivo en su formación.

6. La aportación de los peritos al proceso: países de civil law

El panorama ofrecido por los ordenamientos de *civil law* en relación con la pericia se presenta, como ya se dijo, sustancialmente uniforme, al menos en los puntos esenciales que califican a la institución; poderes del juzgador en el nombramiento del perito, modalidades de adquisición del dictamen del experto, libre valoración del juzgador respecto de los resultados de la pericia. Algunas ponencias nacionales (Andrioli, Becerra Bautista, De Miguel y Alonso, Devis Echandía, Sentís Melendo) han afrontado el problema de si la pericia debe o no considerarse como un medio de prueba.

Se trata de un tema conocido por la doctrina procesal europea que desde Hegler (31) a Carnelutti (32) se ha ocupado ampliamente de la distinción entre pericia y testimonio, siguiendo, por otra parte, un planteamiento conceptual que no ha sido recogido por los legisladores contemporáneos (33). En efecto, éstos, inclusive cuando han considerado al perito como un "auxiliar" del juzgador, han regulado, no obstante,

(29) Cfr., DICKEY: *Evidence of Opinion and Expert Evidence: The Seventeenth Report of the Law Reform Committee*, en "Mod. L. Rev.", 34 (1971), p. 172.

(30) Cfr., WEINSTEIN: *Some Difficulties in Devising Rules for Determining Truth in Judicial Trials*, en "Col. L. Rev.", 66 (1966), p. 224; GRIFFIN: *Impartial Medical Testimony A Trial Lawyer in Faver*, en "Temple L. Q.", 34 (1961), p. 402; LEVY: *Impartial Medical Testimony Revisited*, en "Temple L. Q.", 34 (1961), p. 446.

(31) HEGLER: *Die Unterscheidung des Sachverständigen vom Zeugen im Prozess*, en "Arch. Civ. Pr.", 104 (1909), p. 151.

(32) CARNELUTTI: *La prova civile*, 2ª ed., (Roma, 1947), pp. 143 y ss.

(33) Cfr., acerca del problema últimamente, DEVIS ECHANDÍA: *Función y naturaleza jurídica de la peritación y del perito*, en "Rev. der. proc. ib. am.", 1969, p. 827; KERAMEUS: *Die Entwicklung des Sachverständigenbeweises im deutschen und griechischen Zivilprozessrechts*, (Köln-Berlin-München, 1963), pp. 12 y ss.

la pericia entre los medios de prueba, conforme a un criterio que puede también justificarse a nivel teórico, si se observa que la función de la pericia se agota dentro del marco de la indagación del hecho y del juicio sobre el mismo, y que, por tanto, sirve a la verificación de las afirmaciones de las partes en torno a los hechos del pleito.

En la ponencia de Andrioli se plantea el problema de si la calificación de la pericia como consulta y no como medio de prueba influya en una determinada dirección sobre su concreta disciplina procesal, y da a esta pregunta una respuesta negativa; mientras que otras ponencias (como la de Sentís Melendo) tienden a restar valor a la distinción entre consulta y prueba, considerándola como meramente conceptual y terminológica. Por otra parte, si bien en los ordenamientos de *civil law* las disputas sobre la naturaleza de la pericia no han ejercido influencia directa sobre la iniciativa de oficio del juzgador en orden a su asunción (34), no obstante, el acercamiento del perito al juzgador ha llevado a desvalorizar el carácter contradictorio de la pericia, convirtiéndola, al menos tendencialmente, en instrumento para la integración de los conocimientos del juzgador fuera de su sede natural, que estriba en el desarrollo dialéctico de la instrucción (35).

En la encuesta sobre la pericia promovida por el Institut de droit comparé de Paris, a la pregunta acerca del carácter contradictorio o no de la pericia, sólo un grupo limitado de países han dado una respuesta netamente afirmativa, mientras que otros han señalado que el contradictorio se presenta sólo eventualmente, y un tercer grupo lo ha negado rotundamente. Es significativo que este último grupo esté constituido por países como Alemania y Grecia, en los que la figura del *iudex investigator* (para usar la expresión de la conocida obra de Bruggemann (36) está más arraigada en la historia de sus ordenamientos procesales, o como Rusia, donde el proceso civil se rige por el fundamental principio de la investigación, por parte del juzgador, de la verdad objetiva (37).

El cuadro institucional, dentro del que se realiza la adquisición de conocimientos especializados por parte del juzgador, se completa poniendo de relieve que también los ordenamientos del *civil law* conocen la figura del experto que integra el colegio judicial en materias determinadas, con aportaciones que funcionan, sin embargo, no en el plano del parecer, sino en el de participación en la formación de la decisión. Un ejemplo de esta clase lo encontramos, en Italia, en las sesiones espe-

(34) Cfr., al respecto, CAVALLONE: *I poteri di iniziativa istruttoria*, cit., p. 140.

(35) Acerca de la cuestión, véase DENTI: *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, en "Riv. dir. proc.", 1967, pp. 395 y ss.

(36) BRUGGEMANN: *Judex Statutor und Judex Investigator. Untersuchung zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteienfreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozess*, (Bielefeld, 1968).

(37) Cfr., para los efectos de esta concepción sobre la pericia y su disciplina, GWIAZDOMORSKI y CIESLAK: *La preuve judiciaire dans les pays socialistes*, en "Recueils de la Société, Jean Bodin", XIX, la preuve, IV, (Bruxelles, 1963), pp. 109 y ss.

cializadas de los tribunales, con participación de expertos extraños a la magistratura, recordadas en la ponencia de Andrioli, pero es sabido que existen órganos judiciales análogos en otros países: limitándonos al proceso agrario, los *Tribunaux peritaires des baux ruraux* en Francia, los *Landwirts chaftgerichte* en Alemania, la *Pachtkammer* en Holanda, etc. (38). En términos generales, se puede observar que esta solución al problema del juicio técnico se adopta para categorías de controversias reguladas por leyes especiales, que operan en sentido innovador en el campo económico y social. El experto es, por tanto, en órganos jurisdiccionales de este tipo, sobre todo el enlace entre el juzgador y la realidad social en transformación (39).

Por lo que toca al proceso penal, la participación de expertos en los colegios judiciales se encuentra normalmente prevista para los tribunales que conocen determinadas categorías de procedimientos: por ejemplo, los de menores, o los de familia, en los que el papel del experto en psiquiatría, antropología criminal, pedagogía, psicología, etcétera, es decisivo para una correcta valoración de los hechos.

7. Pericia y libertad de valoración del juzgador

Las ponencias nacionales han puesto de relieve que el problema central de la prueba pericial, destinado a asumir en el mundo actual aspectos día a día más graves, está constituido por la relación entre la valoración del juzgador y la del perito en el acercamiento del hecho. En definitiva, puesto que al perito se le pide que realice una operación lógica que difiere de la del juzgador tan sólo en que las reglas científicas aplicadas por el primero van más allá de los conocimientos del hombre medio, ¿que posibilidad de control tiene el juzgador sobre el juicio del perito?

La respuesta dada unánimemente por los ordenamientos modernos ha sido en el sentido de que el juzgador posee libertad de valoración frente a los resultados de la pericia y puede, por tanto, mediante una motivación adecuada apartarse de las conclusiones a que haya llegado el perito. Por otra parte, pocos son los países que han alcanzado este punto de llegada partiendo de una distinta disciplina jurídica acerca de la eficacia de la pericia: la ponencia de Kerameus recuerda el artículo 298 del Código de procedimientos civiles griego de 1834, que en determinadas condiciones atribuía eficacia vinculante a las conclusiones de los peritos (40); en su ponencia, Sentís Melendo recuerda el artículo 178 del derogado código de la capital argentina, que otorgaba eficacia

(38) Sobre estos órganos judiciales y sobre su composición, cfr., GERMANO: *I tribunali agrari nel diritto europeo occidentale*, en "Riv. Dir. Agr.", 1968, pp. 254 y ss.; pp. 587 y ss.

(39) Sobre el significado de la participación de los laicos en los colegios judiciales, cfr., DENTI: *Processo civile e giustizia sociale*, (Milano, 1971), pp. 58 y ss.

(40) Sobre el origen histórico de esta disposición, cfr., KERAMEUS: *Die Entwicklung des Sachverständigenbeweises*, cit., pp. 18 y ss.

de prueba legal a la pericia también mediante el concurso de determinadas condiciones. Pueden agregarse algunos otros casos (por ejemplo, el código del Cantón de Tesino de 1842) (41), pero se trata, en todo caso, de experiencias históricamente superadas en la actualidad.

La evolución de los ordenamientos procesales modernos es unívoca en el sentido de la superación del sistema de las pruebas legales (42), y no es precisamente en el campo de la prueba pericial donde este movimiento evolutivo puede marcar el paso. Por otra parte, los pocos ejemplos de pericia vinculante, señalados como de derecho vigente en las ponencias nacionales (como la pericia en materia de daños ocasionados por la circulación de automóviles, citada por De Miguel y Alonso en su ponencia, o como la pericia en materia de seguro social, mencionada en la ponencia de Oppetit), han de colocarse fuera del marco de la tutela jurisdiccional, puesto que la fuente del vínculo no es legal, sino convencional. Se trata, en efecto, de pericias contractuales que se insertan en el amplio campo del arbitraje (43) y que por ello se imponen al juzgador, no por constituir pruebas legales, sino como consecuencia del vínculo negocial entre las partes.

8. El control sobre la formación del convencimiento del juzgador

Las ponencias provenientes de los países hispanoamericanos han destacado con singular relieve el hecho de que la valoración de la prueba pericial por el juzgador se realiza conforme a las reglas de la "sana crítica", de acuerdo con el principio que deriva de la *Ley de enjuiciamiento civil española*, que ha servido de modelo para los códigos procesales hispanoamericanos (cfr. las ponencias de Becerra Bautista, De Miguel y Alonso, Devis Echandía, Ganem Martínez y Zerpa Bravo, Sentís Melendo, Viera). Más aún: la ponencia española, al dar cuenta de los trabajos preparatorios del proyecto de nuevo código de procedimiento civil, ha considerado en sentido negativo el propósito de suprimir la referencia a las reglas de la "sana crítica" en la valoración de la pericia, a fin de sustituirlo por el criterio de la valoración "de manera conjunta, libre y en forma razonada". Es sabido por otra parte que se discute el fundamento de las reglas de la "sana crítica": para algunos se trata de una concepción propia y exclusiva de los códigos españoles e hispanoamericanos, en tanto que para otros se trata sólo de una distinta formu-

(41) Cfr. PICARD, *Studi sulla riforma del processo civile ticinese*, Bellinzona, 1954), p. 28; DONES: *Struttura e funzione della consulenza civile*, (Milano, 1961), p. 156.

(42) Cfr., sobre la cuestión, CAPPELLETTI: *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, en "Riv. dir. proc.", 1965, pp. 42 y ss.; por lo que hace a la pericia en particular, cfr., FRANCHI: *La perizia civile*, (Padova, 1959), p. 247.

(43) Cfr., sobre la cuestión, HABSCHEIB: *L'expertise-arbitrage. Etude de Droit Comparé*, en "Intern. arbit.", 1967, p. 103.

lación verbal del principio de libre convencimiento del juzgador (44). Probablemente el fundamento de la tesis que considera a la "sana crítica" como un criterio intermedio entre la prueba legal y la libre valoración (45) puede apreciarse sólo en relación con el control de la actividad del juzgador en la fase impugnativa, desde el ángulo de la racionalidad de la motivación. En efecto, como afirma De Miguel y Alonso en su ponencia, la violación de las reglas de la "sana crítica" en la valoración de las pruebas abre el camino al recurso de casación, que, en cambio, resultaría puesto en duda de introducirse en vía de reforma un criterio diverso.

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que en todos los ordenamientos procesales modernos libre valoración de la prueba no significa tan sólo exclusión de eficacia de las pruebas en sí, determinada en vía preventiva por el legislador, sino también valoración racional, realizada a base de criterios objetivos verificables, que por tanto no quedan librados a la arbitrariedad del juzgador.

La ponencia de Ekelöf examina, a través de un planteamiento muy sensible a las modernas corrientes de pensamiento, la estructura lógica del convencimiento judicial sobre el hecho. Ahora bien: lo que emerge claramente de este y de otros recientes análisis del problema es que no cabe ya tratar el tema del control sobre la llamada logicidad del juicio de hecho en los términos en que lo planteó la tradición de pensamiento que remonta a Stein, o sea, fundando el control mismo en la aplicación, por parte del juzgador, de las llamadas máximas de experiencia (46). Este planteamiento se encontraba, en efecto, estrechamente vinculado con el modelo deductivo o silogístico del juicio de hecho, en el cual la máxima de experiencia constituía la premisa mayor. La formulación de la estructura del propio juicio en los términos de probabilidad lógica a que llega la doctrina moderna presenta estas dos posibles consecuencias: a) o se excluye la posibilidad misma de un control puramente lógico del juicio de hecho, afirmando que el control se traduce necesariamente en una renovación del juicio (47); b) o bien se recurre a procedimientos

(44) Cfr., sobre el tema, SENTIS MELENDO: *Apreciación de la prueba civil en el derecho argentino*, en "Estudios de Derecho Procesal", I (Buenos Aires, 1967), p. 396; DEVIS ECHANDIA: *Teoría general de la prueba judicial*, I (Buenos Aires, 1970), pp. 95 y ss.

(45) Es ésta, como es sabido, la opinión de COUTURE: *Las "reglas de la sana crítica" en la apreciación de la prueba testimonial*, en "Estudios de derecho procesal civil", II (Buenos Aires, 1949), p. 179, seguido por ALCALÁ-ZAMORA: *A propósito de libre convicción y sana crítica*, en "Rev. Jur. de Córdoba", 1948, p. 513.

(46) Cfr., KUCHINKE: *Grenzen der Nachprüfbarkeit tatri chterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz*, (Bielefeld, 1964), pp. 174 y ss.; BLO MEYER: *Beweislast und Beweiswürdigung in Zivil und Verwaltungsprozess*, en "Verhandlungen des Sechszehnten Deutschen Juristentages", I (München u. Berlin, 1966), pp. 44 y ss.

(47) Esta es la tesis sostenida por PIPAS: *Le massime d'esperienza a la motivazione insufficiente*, en "Jus", 1955, pp. 119 y ss.

lógicos más aceptables, partiendo de la premisa de que la racionalidad del convencimiento del juzgador sobre el hecho está determinada por el valor de probabilidad en que se funda la inferencia probatoria (48).

Por otro lado, si bien en los países occidentales se manifiesta una tendencia bastante uniforme en el sentido de individuar en la racionalidad de la motivación la manifestación objetiva del libre convencimiento del juzgador (49), la misma fórmula de la *intime conviction* se utiliza en los países socialistas con un significado bien distinto. Más aún: los juristas socialistas consideran como un grave error reducir el procedimiento de valoración de las pruebas "a las meras operaciones lógicas de la razón" (50), y proclaman la preeminencia del principio de la verdad material, que se funda en la teoría del conocimiento propio del materialismo dialéctico e implica una toma de contacto con la realidad social de los hechos que se encuentran como base de la controversia. Es conocido el repudio que se ha manifestado en la doctrina soviética posterior a Stalin contra la concepción llamada subjetiva del convencimiento del juzgador, atribuida principalmente a las teorías de Vyschinski; y se ha sostenido un criterio objetivo, fundado en la experiencia de la realidad y en la práctica social (51), criterio que ha encontrado su expresión normativa en los principios generales del proceso civil y del proceso penal promulgados en 1961. También los datos del progreso científico forman parte de la experiencia y de las realizaciones de la evolución social; de ahí una cierta tendencia, en las legislaciones procesales socialistas, a ensanchar el uso de la prueba pericial, convirtiéndola en obligatoria, a fin de aumentar las posibilidades de investigación de la realidad material (52), salvo siempre la libertad de valoración del juzgador (53).

Así, pues, resulta claro que cuando se plantea el problema de la valoración de la prueba pericial, y se traduce (como indica también la ponencia de Blomeyer) en el principio más general de la *intime conviction*, o en el de la *freie Überzeugung*, que constituye la base de la disciplina probatoria de los ordenamientos procesales modernos, se termina

(48) Al respecto, cfr., ampliamente TARUFFO: *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., pp. 197 y ss.

(49) Véase, para un examen comparativo de varios ordenamientos, NAGEL: *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess*, (Baden-Baden, 1967), pp. 72 y ss.

(50) Así, TROUSSOV: *Introduction à la théorie de la preuve judiciaire*, (Moscou, s. a., pero 1965), p. 74.

(51) Cfr., acerca de la cuestión, GINSBURG: *Objective Truth and the Judicial Process in Post-stalinist Soviet Jurisprudence*, en "Am. J. Comp. L.", 10 (1961), p. 53; CERRONI: *Il pensiero giuridico sovietico*, (Roma, 1969), pp. 187 y ss.

(52) Cfr., sobre este punto, NAGY: *La constatation judiciaire des faits et la déposition du témoin*, en "Acta Jur. Ac. Scient. Hungaricae", 7 (1965), pp. 46 y ss.; TROUSSOV: *Introduction*, cit., p. 138.

(53) Sobre la libertad de apreciación del juzgador, veánse, por ejemplo, las consideraciones de IONASCU A.: *Problele in procesul civil*, (Bucuresti, 1969), p. 250.

remitiéndolo al clima político y cultural en que opera dicho principio en los distintos países. Toda generalización debe, pues, formularse en mucho cuidado, ya que sólo un análisis de la realización concreta del derecho a través de la experiencia jurisprudencial de los distintos ordenamientos puede permitir captar el alcance real de la regla, más allá de su aparente uniformidad.

9. Significado de la libre valoración de la pericia: proceso y grupos sociales

Mirando más allá de las características de los diversos ordenamientos es tal vez posible determinar la razón profunda que ha llevado a las legislaciones procesales modernas a realizar el principio de la eficacia probatoria vinculante de la pericia y a proclamar la libertad de valoración por parte del juzgador. Esta razón es la esencia misma del proceso, que viene determinada por su relación con la colectividad frente a la cual se celebra el rito procesal. Henry Lévy-Bruhl ha expresado muy bien esta relación, cuando observó que en el fenómeno de la prueba judicial el elemento central es la adhesión del grupo social en cuyo ámbito se desarrolla el proceso, puesto que el juez es algo muy diferente de un técnico: es un representante de la colectividad (54).

Este aspecto del problema ha emergido muy claramente en los debates en curso en la *Harvard Law Review* en torno al uso de la prueba matemática en el proceso. Frente a la propuesta de Finkelstein y Fairley de acudir a un *expert witnesses* para explicar al jurado la eficacia probatoria real de la prueba matemática a los fines del juicio de probabilidad (55), Tribe ha replicado que dicha proposición entraña el peligro de corroer la opinión según la cual el aparato de la justicia funciona de modo comprensible, sobre la base de pruebas que hablan al menos en términos generales, a la más amplia comunidad a que el proceso debe servir. "Un proceso —ha observado— es sólo en parte una indagación objetiva de la verdad histórica; es también, y ello no es menos importante, un ritual encaminado a la solución pacífica de los conflictos sociales" (56). A valores análogos se refiere por lo demás la ponencia de Andrioli, cuando habla de la necesidad de que las nociones científicas "siano volgarizzate sino a consentire al giudice di operare una cosciente svolta".

Así, pues, cuando se nos pregunta qué tipo de control puede desenvolver el juzgador sobre el correcto empleo de nociones técnico-científicas por parte del perito, la respuesta no puede ser sino una: el mismo

(54) LEVY-BRUHL: *La preuve judiciaire*, (Paris, 1964), pp. 29 y 117.

(55) FINKELSTEIN Y FAIRLEY: *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, en "Harv. L. Rev.", 83 (1970), p. 484.

(56) TRIBE: *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, en "Harv. L. Rev.", 84 (1971), p. 1329. Para la ulterior prosecución de la discusión cfr., FINKELSTEIN y FAIRLEY: *A Comment on "Trial by Mathematics"*, *ivi*, 84 (1971), p. 1801 y TRIBE: *A Further Critic of Mathematical Proof*, *ivi*, 84 (1971), p. 1810.

control que puede ejercitar la comunidad, de la cual el juzgador es el exponente y el intérprete. Se explica así por qué no se puede pedir al juzgador que posea una ciencia superior a la del perito, que le permita, por tanto, rehacer por su cuenta la valoración efectuada por el mismo; pero se le debe pedir que controle el grado de aceptabilidad, conforme al del conocimiento común, de los nuevos métodos científicos, o bien la racionalidad del procedimiento seguido por el perito. Tres son, en realidad, los modos de control que posee la opinión pública frente a la labor del experto: a) la valoración de su autoridad científica; b) la incorporación al patrimonio científico comúnmente aceptado de los métodos por él empleados; c) la coherencia lógica de su argumentación. Estos mismos métodos de control deben ser aplicados por el juzgador, y sólo con este significado puede calificársele, de acuerdo con la tradición, de *peritus peritorum*.

Si se pierde de vista esta relación esencial entre proceso y grupos sociales, se termina por caer en la ilusión de mostrar el advenimiento de la fase científica de la prueba como la época del rigor que sucederá a la del sentimiento (57), sin rodeos en el peligro de transformar el proceso en una especie de laboratorio dominado por la técnica y neutral respecto a los valores que están en juego en la controversia y en los que se reflejan los valores de la sociedad entera. Una legislación procesal que se lanzase por esta vía desembocaría en la instauración de una especie de autoritarismo procesal moderno de tipo tecnocrático, acaso peor que el que caracterizó la época de las pruebas irracionales y la de las pruebas legales. En efecto, ambos métodos probatorios del pasado encontraron correspondencia en el modo de sentir de la colectividad: la prueba irracional, porque su eficacia se ligaba con la acción de fuerzas ultraterrenas, cuya autoridad ninguno discutía (58); la prueba legal, porque el vínculo que para la libertad de valoración del juzgador que de ella derivaba se consideraba necesario para proteger ciertos valores de la sociedad, o para prevenir los peligros inherentes a la decadencia de las costumbres judiciales (59).

Sociedades democráticas, como aquellas en que afortunadamente vivimos, no pueden renunciar al control de cuanto acontece en el proceso, y deben someter las técnicas internas, y en primer lugar las probatorias, al consenso de los grupos sociales. Esto, y no otra cosa, significa la libertad de valoración que se atribuye al juzgador respecto a la prueba pericial; y es a través de la motivación de sus propias decisiones (en

(57) Como se sabe, ésta es la perspectiva histórica delineada por GORPHE: *L'appréciation des preuves en justice*, (Paris, 1947), pp. 15 y ss.

(58) Cfr., LEVY-BRUHL: *La preuve judiciaire*, cit., p. 42 y *Réflexions sur le serment*, en "Etudes d'histoire du droit privé, offertes à Pierre Petot", (Paris, 1959), p. 385.

(59) Cfr., al respecto, las consideraciones de CAPPELLETTI: *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione "civil law-common law"* con "Processo e ideologie", cit., p. 287; *Social and Political Aspects of Civil Procedure Reforms and Trends in Western and Eastern Europe*, en "Mich, L. Rev.", 69 (1971), pp. 847 y ss.

algunos ordenamientos instaurados como obligación constitucional) cómo el juzgador debe rendir cuenta, a nivel de los conocimientos comunes y del convencimiento común acerca de la validez y corrección de los métodos empleados, del control que ha realizado sobre la labor del perito.

A la profunda observación de Lévy-Bruhl: "L'expert résoud un problème technique; le juge un problème qui, en fin de compte, est un problème humain" (60), cabe añadir que este problema humano no es —o no es exclusivamente— el del individuo que haya de ser juzgado, sino el de la sociedad que vierte en el proceso sus valores éticos, políticos y sociales.

10. Consideraciones conclusivas

¿Es lícito sacar alguna conclusión indicativa acerca de las orientaciones que se manifiestan, acerca de la relación entre juzgador y perito, en los ordenamientos procesales contemporáneos? Ya antes se expresó que toda generalización, en un contexto de problemas estrechamente ligados con los orígenes históricos y con las estructuras políticas y sociales de los diversos ordenamientos, presenta un cierto grado de arbitrariedad. No obstante, puede trazarse el siguiente panorama conclusivo:

a) La incorporación al proceso de la prueba pericial se realiza, por lo general, mediante sujetos extraños al órgano enjuiciador, ya sea que aporten su valoración en calidad de testigos (de acuerdo con el sistema prevaleciente en los países de *common law*), ya sea que la aporten como encargados por el juzgador, en consecuencia, como sus auxiliares (según el sistema dominante en los países de *civil law*).

La inclusión de expertos en los colegios judiciales, con función consultiva o decisoria, de modo estable respecto de ciertas categorías de controversias o de manera ocasional, representa hoy en día una solución universitaria, aun cuando indicada como posible alternativa, frente a los métodos tradicionales, en los debates en torno a las reformas procesales.

b) Característica general de la prueba pericial es su formación en contradictorio, más eficazmente asegurada allí donde el experto es un testigo y la valoración por él aportada se sujeta a las reglas relativas al testimonio; menos segura, en cambio, allí donde el perito sea un encargado del juzgador y pueda inclinar hacia modalidades inquisitorias en el acercamiento de los hechos. Frente a los ordenamientos procesales que, como homenaje a los principios consagrados en sus respectivas constituciones, garantizan el derecho de defensa de las partes, el diálogo con el perito representa un elemento esencial para la correcta formación de este tipo de prueba (61).

(60) LEVY-BRUHL: La preuve judiciaire, cit., p. 117.

(61) Se puede también agregar que el derecho a la defensa técnica, mediante la intervención de consultores técnicos de parte que integren la obra del defensor jurídico, se presenta como esencial en la perspectiva de la asistencia judicial a la parte pobre, la luz de los principios constitucionales modernos. Sobre la cuestión, véase DENTI: *Processo civile e giustizia sociale*, cit.

c) Finalmente, los ordenamientos procesales contemporáneos rechazan el valor vinculante de la pericia para el juzgador y reconocen a éste, dentro de la variedad de significados que el criterio asume en los diversos sistemas jurídicos, la libertad de valoración de la obra del perito. Este control de la pericia por parte del juzgador expresa la necesidad de garantizar que la aportación al proceso de los conocimientos científicos se realice de modo que haga posible la comprensión y la anuencia de los grupos sociales en los cuales y para los cuales se celebra el proceso.

Vittorio Denti
Profesor de la Universidad de
Pavia (Italia)

Traducción de Santiago Oñate.