



FILOSOFÍA Y DERECHO

La prueba

Michele Taruffo

La prueba

Michele Taruffo

9788420321111



La prueba

Michele Taruffo

MICHELE TARUFFO

LA PRUEBA

Traducción de Laura Manríquez
y Jordi Ferrer Beltrán

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES
2008

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@filosofiyderecho.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

En caso de ser aceptada la publicación del original, el autor deberá adaptarlo a los criterios de la colección, los cuales se pueden encontrar, en formato PDF, en la página web www.filosofiyderecho.es.

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.

© Michele Taruffo

© Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ 91 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9768-616-7

Depósito legal: M. ●●●●-2008

Diseño de la cubierta: Manuel Estrada. Diseño Gráfico

Impresión: Docuprint S.A. Ruta Panamericana Km 37

Parque Industrial Garín

Garín (Provincia de Buenos Aires)

ÍNDICE

	Pág.
NOTA PRELIMINAR	13
CAPÍTULO I. PRUEBA Y VERDAD EN EL PROCESO CIVIL	15
1. HECHOS Y MEDIOS DE PRUEBA.....	15
1. Función de los medios de prueba.....	15
2. Definición de «hecho».....	16
3. Hechos institucionales y hechos brutos.....	17
4. Hechos determinados valorativamente	18
5. Hechos y enunciados fácticos	19
2. MEDIOS DE PRUEBA Y TEORÍAS DEL PROCESO	20
6. Proceso y verdad judicial	20
7. Verdad y decisiones correctas	22
3. PRUEBA Y TEORÍAS DE LA VERDAD.....	23
8. La verdad judicial.....	23
9. Las teorías irracionalistas.....	25
10. Verdad absoluta y verdad relativa	26
11. La verdad como coherencia.....	26
12. La verdad como correspondencia.....	28
13. Incertidumbre y decisión.....	29
4. PRUEBA Y PROBABILIDAD.....	30
14. Verdad y probabilidad	30
15. La probabilidad cuantitativa.....	31
16. Probabilidad lógica.....	32

	Pág.
5. MEDIOS DE PRUEBA Y RESULTADO PROBATORIO.....	33
17. Distinción entre medios de prueba y prueba como resultado	33
18. Conceptos de prueba (como resultado).....	34
CAPÍTULO II. LA SELECCIÓN DE LAS PRUEBAS	37
19. Relevancia y admisibilidad.....	37
1. LA RELEVANCIA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.....	38
20. Definición de relevancia.....	38
21. Relevancia lógica.....	39
22. El principio de relevancia.....	40
2. ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.....	41
23. Admisibilidad jurídica.....	41
24. Exclusión de testigos.....	42
25. Exclusión del testimonio de oídas o de referencia.....	43
26. Las pruebas de oídas en Inglaterra.....	45
27. Pruebas orales y escritas en el <i>common law</i>	45
28. La <i>parol evidence rule</i>	46
29. Medios de prueba orales y escritos en el <i>civil law</i>	47
30. Prevención de errores.....	49
31. Evitar pérdidas de tiempo y dinero.....	50
32. Privilegios.....	51
33. Protección de secretos.....	51
34. Los privilegios en el <i>common law</i>	52
35. Los privilegios en las pruebas orales.....	53
36. Admisión de pruebas «atípicas».....	54
3. EL DERECHO A PRESENTAR MEDIOS DE PRUEBA RELEVANTES.....	56
37. Prueba y debido proceso.....	56
38. Aspectos del derecho a la prueba.....	56
39. Conflicto de valores.....	57
CAPÍTULO III. TIPOS DE PRUEBAS	59
40. Variedades y tipología.....	59
41. Pruebas directas e indirectas.....	60
42. Pruebas positivas y pruebas negativas.....	61
43. Otros tipos de medios de prueba.....	61
1. PRUEBAS ORALES.....	62
44. El ámbito de las pruebas orales.....	62
45. Testigos.....	62

	Pág.
46. Características de los testigos.....	63
47. Interés de los testigos.....	64
48. Testigos incompetentes.....	64
49. Impugnación de los testigos.....	64
50. Testimonios escritos.....	65
51. Las partes como fuentes de prueba.....	67
52. Interrogatorio de las partes en el <i>civil law</i> : el modelo austroalemán.....	68
53. El interrogatorio de las partes en el modelo francés.....	70
54. La confesión.....	71
55. El juramento de las partes.....	73
2. PRUEBAS DOCUMENTALES.....	75
56. Pruebas escritas.....	75
57. Documentos oficiales o públicos y privados.....	76
58. Valor probatorio de los documentos públicos.....	77
59. Documentos privados.....	78
60. Valor probatorio de los documentos privados.....	79
61. Otros tipos de pruebas escritas.....	79
62. Telegramas.....	79
63. Papeles de uso doméstico.....	80
64. Libros y registros de empresa.....	80
65. Copias.....	80
66. Autenticidad de los documentos en el <i>common law</i>	81
67. Autenticidad de los documentos en el <i>civil law</i>	83
3. PRUEBAS INFORMÁTICAS.....	85
68. Los ordenadores como fuentes de prueba.....	85
69. Las pruebas informáticas en el <i>common law</i>	86
70. Pruebas informáticas en el <i>civil law</i>	87
71. El valor probatorio de las pruebas informáticas.....	89
4. PRUEBAS PERICIALES.....	90
72. La función de las pruebas periciales.....	90
73. Las pruebas periciales en el <i>common law</i>	90
74. Las pruebas periciales en el <i>civil law</i>	93
75. Presentación de pruebas periciales.....	94
76. Rasgos generales de las pruebas periciales.....	96
77. Pruebas científicas.....	97
78. Pruebas estadísticas.....	100
5. PRUEBAS REALES Y CIRCUNSTANCIALES.....	102
79. Pruebas reales y demostrativas.....	102
80. Pruebas circunstanciales.....	104
81. El valor probatorio de las pruebas circunstanciales.....	107

CAPÍTULO IV. RASGOS PROCESALES DE LA ASUNCIÓN DE LA PRUEBA	109
82. Sistemas centrados en las partes y sistemas centrados en el tribunal.....	109
83. El papel del tribunal.....	111
84. El papel del tribunal en los sistemas de <i>civil law</i>	114
85. Aportación y admisión de pruebas en el <i>civil law</i>	117
86. La <i>discovery</i> de las pruebas en el <i>common law</i>	118
87. La asunción de las pruebas.....	120
88. La práctica oral de pruebas.....	121
89. La participación de las partes.....	122
90. Técnicas de interrogatorio oral.....	123
91. Presentación de medios de prueba reales y documentales.....	127
CAPÍTULO V. LA ADOPCIÓN DE LA DECISIÓN FINAL	131
92. Decidir sobre los hechos.....	131
1. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	132
93. Determinación de los valores probatorios.....	132
94. Prueba legal.....	133
95. Libre valoración de la prueba.....	134
96. Estándares de prueba.....	137
97. Credibilidad de las pruebas.....	139
98. Determinación de las pruebas.....	140
2. EL RECONOCIMIENTO DE HECHOS NOTORIOS.....	143
99. La facultad del juez para reconocer hechos notorios.....	143
3. LAS CARGAS DE LA PRUEBA.....	145
100. La decisión a falta de pruebas.....	145
101. La carga de la prueba.....	146
102. La asignación de la carga de la prueba.....	147
103. Cargas de prueba y hechos principales.....	148
104. Cargas de la prueba y de presentación de pruebas.....	149
105. Cambios en las cargas probatorias.....	151
106. Presunciones legales.....	152
107. Presunciones judiciales.....	153

APÉNDICES

APÉNDICE I. PODERES PROBATORIOS DE LAS PARTES Y DEL JUEZ EN EUROPA	159
1. INTRODUCCIÓN.....	159
2. TIPOLOGÍA DE LOS PODERES DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ.....	164
3. IMPLICACIONES IDEOLÓGICAS.....	172
4. CONSIDERACIONES FINALES.....	181
APÉNDICE II. NARRATIVAS JUDICIALES	185
1. CREDULIDAD O INCREULIDAD.....	185
2. NARRATIVAS.....	186
2.1. Un experimento mental.....	189
2.2. Narrativas y hechos.....	193
2.3. <i>Story-tellers</i>	196
3. CONSTRUYENDO NARRACIONES.....	206
3.1. Construcción de categorías.....	206
3.2. Construcción lingüística, semántica y lógica.....	208
3.3. Construcción social o institucional.....	210
3.4. Construcción cultural.....	211
4. LAS PARTES Y EL TODO.....	217
5. BUENAS NARRACIONES <i>VERSUS</i> NARRACIONES VERDADERAS.....	221
APÉNDICE III. ¿VERDAD NEGOCIADA?	229
APÉNDICE IV. LA PRUEBA DEL NEXO CAUSAL	251
1. EL OBJETO DE LA PRUEBA.....	251
1.1. Causa y probabilidad.....	253
1.2. Causalidad general y causalidad específica.....	256
1.3. Causalidad material y causalidad jurídica.....	258
2. EL ENUNCIADO RELATIVO AL NEXO CAUSAL.....	260
3. LA PRUEBA DE LA LEY DE COBERTURA.....	262
3.1. Las frecuencias estadísticas.....	266
3.2. Máximas de experiencia y sentido común.....	267

4. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA.....	272
4.1. La prueba más allá de toda duda razonable.....	273
4.2. La probabilidad lógica prevaliente.....	274
APÉNDICE V LA PRUEBA CIENTÍFICA.....	277
1. NOCIONES GENERALES.....	279
2. LA CIENCIA EN EL PROCESO.....	281
3. ¿QUÉ CIENCIA?.....	281
3.1. El mal uso de la ciencia.....	282
3.2. La buena ciencia. El caso Daubert.....	283
3.3. Paradigmas diversos.....	285
4. UN CASO PARTICULAR: LA PRUEBA ESTADÍSTICA.....	286
5. LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA.....	290
6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA.....	293

BIBLIOGRAFÍA.....	297
-------------------	-----

NOTA PRELIMINAR

El presente libro es, fundamentalmente, la voz «prueba» de una enciclopedia. Aunque ésta es la primera publicación del texto, los cinco capítulos del libro tienen la forma, la pretensión y la finalidad originaria de ser una voz de enciclopedia. Por ello, el lector podrá encontrarse con las ventajas e inconvenientes de un texto de esa índole: podrá sentir que algunos temas necesitan de un mayor desarrollo y problematización, que ese formato difícilmente permite, pero encontrará sin duda un panorama extraordinariamente rico de los problemas del derecho probatorio, una perspectiva comparatista de esos problemas poco común en la literatura en castellano, así como indicaciones bibliográficas abundantes y, a la vez, cuidadosamente seleccionadas.

Éste es, pues, un libro muy útil para quien quiera adentrarse en los verticuetos del derecho probatorio, tanto desde una perspectiva estrictamente procesal como desde la filosofía del derecho, pues ambas son disciplinas que Michele Taruffo conoce y cultiva, aun cuando sea formalmente un procesal-civilista.

En el tránsito a la lengua castellana de los cinco capítulos del libro, acordamos con el autor aderezar el texto con otros años probatorios. Por ello, se incorporan al libro cinco anexos, que son traducción al castellano (algunos inéditos en esta lengua) de sendos artículos del autor acerca de problemas probatorios específicos. La idea original, creo honestamente que muy lograda, era, precisamente, ofrecer al lector algunos desarrollos adicionales de problemas específicos que sólo quedaban apuntados en el texto nuclear del libro. Así, podrán encontrarse traducciones con mayor detalle de problemas como la prueba científica, la prueba del nexo causal, los poderes probatorios del juez (tema de gran efervescencia en el debate procesal iberoamericano), la posibilidad de

alcanzar verdades negociadas en el procedimiento judicial y el valor de las narraciones en la decisión sobre los hechos. Los tres últimos trabajos han tenido publicación previa en castellano en la revista *Doxa* y en la *Revista de Derecho* (de Valdivia, Chile). Se publican con su autorización, que aprovecho para agradecer.

Finalmente, no quiero dejar de mencionar la valiosa colaboración de Carmen VAZQUEZ ROJAS en los trabajos de edición de este libro.

Jordi FERRER BELTRÁN
Universidad de Girona

CAPÍTULO I

PRUEBA Y VERDAD EN EL PROCESO CIVIL

1. HECHOS Y MEDIOS DE PRUEBA

1. *Función de los medios de prueba.* En términos muy generales, la función de los medios de prueba en el proceso civil se puede definir con bastante facilidad en todos los sistemas procesales¹. De forma más o menos clara, los medios de prueba se conectan con los hechos en litigio a través de una relación instrumental: «medio de prueba» es cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa. La idea básica es que un litigio surge de ciertos hechos y se basa en ellos, que tales hechos son disputados por las partes, que esa disputa tiene que ser resuelta por el tribunal y que la solución de la «controversia sobre los hechos» se alcanza cuando el tribunal establece la verdad sobre los hechos motivo de la disputa. Así que el contexto del proceso bien puede ser concebido como un lugar privilegiado para la «exigencia de verosimilitud», la «devoción a la verosimilitud» y el «deseo de verosimilitud» que un prominente filósofo indica como rasgos esenciales del pensamiento y la cultura modernos². Además, en los sistemas procesales modernos no se espera encontrar la «verdad» recurriendo a la adivinación, echándolo a suertes, «leyendo» las hojas de té, mediante un duelo judicial o por algún otro medio irracional e incontrolable (como los juicios de Dios o algún otro tipo de or-

¹ Véase un panorama general y referencias bibliográficas en TARUFFO, 1992a: 1 ss. [trad. cast.: 21 ss.]. Considérese también Ferrer Beltrán, 2002: 41-68; Comoglio, 2002: 7; Comoglio, Ferrer y Taruffo, 1998: 603; Walter, 1979: 149; Fiss, 2003: 8; Twining, 1986: 62-80.

² Véase Williams, 2002: 1.

dallas medievales), sino sobre la base de los medios de prueba, que han de ser apropiadamente ofrecidos, admitidos y presentados³.

Esta idea probablemente subyace en todas las concepciones modernas del proceso civil, aunque en diferentes grados de conciencia y de racionalización. A veces, se expresa de manera más o menos clara mediante normas sobre la admisión de pruebas y sobre su valoración⁴. A menudo esa idea se asume de manera implícita como una premisa básica de las reglas sobre la prueba. Con mayor frecuencia, la misma idea es el punto de referencia y una asunción (explícita o implícita) de las teorías acerca de la prueba en la toma de decisiones judiciales sobre los hechos objeto de litigio.

Sin embargo, la concepción de la prueba como un recurso cuyo objetivo es alcanzar la verdad acerca de los hechos litigiosos puede parecer poco clara, dudosa y discutible desde algunos puntos de vista. Algunas veces surgen dudas debido a inconsistencias existentes dentro de las teorías procesales. Por ejemplo, se define la prueba como un medio para establecer la verdad de los hechos objeto del proceso civil y, al mismo tiempo, se dice que a la justicia civil no le interesa para nada establecer la verdad de los hechos en litigio⁵.

2. *Definición de «hecho»*. En ocasiones también aparecen otras dudas debido a las dificultades relacionadas con la definición de «hecho» (véase *infra* § 5). Surge, por ejemplo, cierta incertidumbre a raíz del problema tradicional de diferenciar las «controversias de hecho» de las «controversias de derecho», una distinción que se puede trazar de varias maneras y con diferentes consecuencias⁶. Otras fuentes de incertidumbre pueden derivarse de la inevitable pero enigmática conexión entre hecho y derecho en el contexto de la toma de decisiones judiciales, pues el «hecho en litigio» sólo se puede identificar de acuerdo con la norma jurídica que se usa como criterio para decidir⁷. Ulteriores problemas sur-

gen porque los hechos pueden ser definidos de distintas formas por las normas jurídicas que se toman como premisas de la decisión, en las que un determinado «hecho» se define como antecedente de una consecuencia jurídica: según una conocida teoría, por ejemplo, podemos distinguir entre formas positivas/negativas, descriptivas/valorativas y simples/relacionales de definir los hechos por medio de normas jurídicas⁸.

En consecuencia, por un lado hay una concepción generalizada según la cual los elementos de prueba constituyen un medio para establecer la verdad de los hechos objeto de litigio; por el otro, sin embargo, esta concepción es impugnada y criticada desde varios puntos de vista. No puedo discutir aquí en detalle todos estos problemas por razones de espacio y porque muchos de los argumentos involucrados son demasiado generales para ser analizados apropiadamente en un texto dedicado sólo al tema de la prueba judicial. No obstante, este tema no puede ser examinado adecuadamente si no se toman en cuenta al menos en términos muy generales algunas premisas teóricas esenciales.

3. *Hechos institucionales y hechos brutos*. Algunas cuestiones concernientes al problema de la verdad judicial y de la función de los medios de prueba surgen porque los «hechos en litigio» o los «hechos de la causa» necesariamente se determinan sobre la base de las normas jurídicas que se aplican a fin de resolver el caso. Esta observación se vincula con la teoría que sostiene que los «hechos brutos» deben distinguirse de los «hechos institucionales» y que los primeros no existen en los dominios jurídicos, donde sólo los hechos institucionales son pertinentes en el contexto de la toma de decisiones judiciales⁹. En un sentido, este enfoque es bastante trivial, pues nadie niega seriamente la naturaleza «cargada de contexto» de cualquier proposición fáctica en general, y todo el mundo sabe que en los contextos jurídicos los hechos están «cargados de derecho». Por tanto, el derecho define y selecciona los hechos que pueden ser considerados «en litigio» en todo caso que sea objeto de disputa. En cierto sentido, entonces, los «hechos en litigio» son siempre «institucionales», pues se definen y determinan por medio de la aplicación de normas jurídicas. Pero esto no implica que los «hechos brutos» no puedan llegar a considerarse en el contexto judicial, ni que la verdad de los hechos en litigio no pueda ser determinada. A veces los hechos brutos son significativos en la toma de decisiones, por ejemplo, cuando un hecho se usa como elemento de prueba circunstancial en relación con un hecho en litigio. En ese caso, sólo los «hechos principales» (los *material*

³ Acerca del cambio del conocimiento «mágico» al conocimiento «racional» en contextos judiciales, véase GASCON, 2002: 8.

⁴ Véase, e. g., la regla 102 de las *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos, que hace referencia al propósito de que la «verdad pueda ser establecida». Cf. GASMAN, 2003: 2. Véase también el Código Procesal alemán, § 286, donde se dice que las pruebas serán evaluadas discretamente *erwägen sein*. Véase WALTER, 1979: 88, 148; JAUSSON, 1991: 174; MÜNCHKNER, § 286, núms. 1, 2; ZPO-KOMM., 1987: § 286, núms. 1-10. Véase también una perspectiva general acerca de diversos sistemas en los ensayos recopilados en TRAMVIX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, 1987: 529-775.

⁵ Acerca de esta inconsistencia en la teoría de la prueba en los sistemas del *common law*, de los sistemas de *civil law*, véase TARUFFO, 1992a: 5 [trad. cast.: 25].

⁶ Esta distinción es tradicional en la teoría del derecho. Véase, e. g., CENTRE NATIONAL DE RECHERCHES DE LOGICOLE, 1961. En los sistemas de *common law*, la distinción se conecta con los diferentes papeles del juez y del jurado; véase WEINER, 1966: 1867-1968-1020.

⁷ Este es también un problema muy tradicional, bien conocido en toda cultura jurídica; véase ENGELSH, 1960: 29, 37, 83; LAHENSZ, 1979: 266; HAUSCHKA, 1965. Entre lo más reciente,

constituisse TARUFFO, 1992a: 71, 82 [trad. cast.: 93, 105]; JACKSON, J., 1983: 85; WIRTH, 1983: 108; WILSON, 1990: 11; THORPE, 1983: 22; VARGA, 1991a: 61, así como 1991b: 59.

⁸ Véase WRÓBLEWSKI, 1983a: 104; TARUFFO, 1992a: 105, 115, 121 [trad. cast.: 128, 138, 143].

⁹ Cf., e. g., TARUFFO, 1992a: 85, 89 [trad. cast.: 107, 110]; PEZZENIK, 1989: 233; JACKSON, B., 1983: 176; y principalmente MACCORMICK y WEINBERGER, 1986: 21, 49, 78, 97; MACCORMICK, 1992: 3.

facts) de la causa pueden ser definidos propiamente como institucionales, ya que se definen en cuanto tales por una norma jurídica; por el contrario, los meros «hechos probatorios» (los *evidentiary facts*) no necesariamente están «cargados» de derecho.¹⁰

Por otra parte, podemos hablar con sentido de la verdad o la falsedad de los hechos en litigio, aunque sean institucionales y cargados de derecho. El derecho determina y selecciona los hechos que, desde un punto de vista jurídico, son relevantes para el caso, pero tales hechos también tienen otras dimensiones más allá de la jurídica. Los hechos tienen una dimensión empírica: existen como base de una causa jurídica sólo cuando se puede decir que existen en el mundo empírico.¹¹ Un accidente de tránsito es un hecho empírico antes y además de ser un caso «asesinado». Por consiguiente, si observamos también la dimensión empírica y no sólo, y apresuradamente, la calificación jurídica de los hechos principales del caso, fácilmente podremos percibir que la cuestión de la verdad o falsedad de los hechos del caso tiene sentido. Intentar de algún modo deshacerse de todo esto para tomar en cuenta sólo los aspectos jurídicos de los hechos del caso es indebidamente unilateral y básicamente incorrecto. Por el contrario, desde el punto de vista de la prueba y de la decisión sobre los hechos, la dimensión empírica de los hechos en litigio es, con mucho, más importante.¹²

4. *Hechos determinados valorativamente.* Un argumento parecido puede aplicarse a los hechos que se determinan valorativamente por las normas jurídicas.¹³ A menudo los hechos son definidos por normas que incluyen términos valorativos como «bueno», «normal», «razonable», «justo», etcétera. Estos términos suelen ser vagos, generales e imprecisos, del mismo modo que, por ejemplo, cuando se usan «cláusulas generales» o «conceptos jurídicos indeterminados». En tales condiciones puede ser muy difícil establecer qué hecho es el «hecho de la causa»: por lo general tal definición exige algunos juicios de valor.¹⁴ Estos tipos de hechos están claramente «cargados valorativamente». Sin embargo, eso no implica que sea un sinsentido hablar de la verdad de tales hechos y que ésta no pueda ser establecida a través de pruebas. Desde luego, no podemos hablar propiamente de la verdad o falsedad de un juicio de valor en sí mismo considerado (al menos si se da por buena

la «Gran División entre ser y deber ser»). Pero los hechos determinados valorativamente no tienen sólo una dimensión axiológica: en la medida en que son «hechos», tienen también una dimensión empírica. El valor de cambio de un activo puede ser «grande» y un comportamiento puede ser «normal» sólo si el activo y el comportamiento «existen» en el mundo de los hechos empíricos. Por consiguiente, primero se deben determinar como hechos «reales», y su verdad empírica se debe establecer por medio de pruebas; luego pueden ser valorados y evaluados según el estándar axiológico apropiado. Un hecho definido valorativamente por el derecho puede y debe ser probado como verdadero o falso en su dimensión empírica antes de ser evaluado para poder decir que existe como un hecho cargado de valor.¹⁵

La conclusión que se puede extraer de las observaciones anteriores es que el concepto de «hecho» es muy complejo y que los hechos suelen estar cargados de derecho y cargados de valor. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de considerar también esos tipos peculiares de hechos como verdaderos o falsos en su dimensión empírica. «Derecho» y «hecho», y «valor» y «hecho» son términos de relaciones y de distinciones analíticas, no cuestiones de confusión inextricable. Las proposiciones acerca de la dimensión empírica de un hecho pueden y deben ser distinguidas de las valoraciones y las calificaciones jurídicas sobre ese hecho. Las proposiciones fácticas pueden ser verdaderas o falsas: por lo tanto, son el objeto apropiado de la prueba judicial, concebida como el medio para establecer la verdad de los hechos en litigio.

5. *Hechos y enunciados fácticos.* Aquí merece la pena hacer una observación importante acerca de los «hechos» y las maneras como se determinan. En realidad, los hechos no se incorporan en los procedimientos judiciales en su realidad empírica o material: en general ya han ocurrido y, por lo tanto, pertenecen al pasado. De modo que los hechos no pueden ser percibidos por el juez (excepto algunos elementos de prueba circunstanciales), así que tienen que ser reconstruidos por el juzgador de los hechos tomando como base los medios de prueba disponibles. De este modo, los hechos se toman en consideración de una forma muy especial: en forma de enunciados acerca de lo acontecido fácticamente. Cuando hablamos de la verdad de un hecho, en realidad hablamos de la verdad de un enunciado acerca de ese hecho. En consecuencia, lo que se prueba o demuestra en el proceso judicial es la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio.¹⁶

Por otro lado, esos enunciados no están dados a priori ni son determinados objetivamente por nadie: los enunciados fácticos son cons-

¹⁰ Acerca de la distinción entre hechos «principales» y «secundarios» o «circunstanciales», véase una discusión más extensa en TARUFFO, 1992a: 97 [trad. cast.: 119].

¹¹ Véase TARUFFO, 1992a: 74 [trad. cast.: 96].

¹² Uno de los padres fundadores del institucionalismo, *l. c.*, John R. SEARLE, subraya que la verdad es una cuestión de correspondencia con los hechos. Véase SEARLE, 1998: 5, 12, 32.

¹³ Consilience GASKON, 2002: 78; WIGDELWISKI, 1983a: 104; KLAMM, GRISAS y SORVETTULA, 2000: 28; TARUFFO, 1992a: 105 [trad. cast.: 128]; 1985: 45.

¹⁴ Véase un análisis amplio e interesante de estos conceptos y los problemas que plantean para la toma de decisiones judiciales en LUZZATI, 1990.

¹⁵ Consilience MACCORNICI, 1984a: 141; TARUFFO, 1992a: 114 [trad. cast.: 137].

¹⁶ Véase un análisis más amplio de este punto en TARUFFO, 1992a: 91 [trad. cast.: 113]. Consilience también De LA OLIVA y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 288.

tructos lingüísticos definidos por las partes y por el juez. Sus autores los establecen sobre la base de diversos criterios, tales como reglas del lenguaje, factores institucionales, categorías de pensamiento, normas sociales y morales, disposiciones jurídicas pertinentes, entre otros¹⁷. Desde este punto de vista, la construcción de los enunciados fácticos es cuestión de elección: formular un enunciado acerca de un hecho significa elegir una descripción de ese hecho entre el número infinito de sus posibles descripciones¹⁸.

2. MEDIOS DE PRUEBA Y TEORÍAS DEL PROCESO

6. *Proceso y verdad judicial*. El problema de definir la función de la prueba se conecta directamente con los diversos conceptos de proceso y de los objetivos del proceso judicial¹⁹. Este problema se puede resolver adoptando teorías conforme a las cuales establecer la verdad de los hechos sea uno de los principales propósitos del proceso judicial. El concepto de «verdad judicial» puede ser discutido (véase *infra* § 7), pero las cosas son bastante claras cuando la verdad de los hechos en disputa se asume como una meta del proceso judicial y como un rasgo necesario de las decisiones judiciales. En ese caso, estamos justificados en decir que los tribunales *deberían* establecer la verdad de los hechos en litigio y que la verdad debería ser determinada tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles. Por consiguiente, los elementos de prueba se deberían concebir como el medio que puede y debería ser usado para establecer la verdad de los hechos relevantes, es decir, para lograr una de las metas fundamentales de la administración de justicia.

Esta forma de pensar se vincula estrictamente con las teorías del proceso civil según las cuales la función fundamental del proceso judicial es *aplicar la ley* a los casos individuales tomando como base criterios objetivos y buscando el interés general de la justicia²⁰. Desde esta perspectiva, una decisión legal y justa sólo se puede fundar en una valoración apropiada, exacta y veraz de los hechos relevantes del caso²¹. Una decisión de acuerdo con la verdad es el resultado de un acto de conocimiento del tribunal, que tiene que fundarse en premisas fácticas fiables: y esas premisas son suministradas por los medios de prueba adecuadamente presentados ante el tribunal.

Esta teoría del proceso no es, empero, la única existente y no goza de aceptación general. Por el contrario, existe otra teoría del proceso bastante diferente que ha sido y sigue estando muy difundida, tanto en los países de *common law* como en los de *civil law*. Esta teoría afirma que el objetivo principal del proceso judicial, y, más en general, de la administración de justicia, es resolver el conflicto entre las dos partes del caso²². La teoría del proceso civil como «resolución de conflictos» tiene sus orígenes en la ideología liberal tradicional de la justicia civil y en las ideas básicas de la libertad individual y de empresa. Su principal asunción es que un proceso civil no es más que un conflicto entre particulares, y que todo lo que ellos necesitan es un juicio que resuelva la controversia eliminando el conflicto y restaurando las relaciones pacíficas entre los individuos involucrados²³. Si se asume que éste es el principal propósito del proceso y de la toma de decisiones en el ámbito de la justicia civil, no es realmente necesario establecer la verdad de los hechos en disputa, ya que en muchos casos los conflictos pueden ser resueltos (tal vez más fácilmente) aun sin buscar y descubrir la verdad de los hechos subyacentes. La verdad de los hechos puede ser útil, pero no es una meta del proceso: se trata más bien de un subproducto o efecto colateral de un proceso cuyo objetivo es resolver la controversia entre las partes y sólo en el interés particular de las partes. Esta teoría privatiza los valores involucrados en el proceso, imagina el mundo como un universo empobrecido desde un punto de vista sociológico y compuesto exclusivamente de individuos cuyo único objetivo es favorecer sus propios intereses particulares²⁴. De este modo, la forma en que el juez resuelve la controversia no importa realmente: podría incluso resolverla lanzando una moneda al aire²⁵. En consecuencia, no hay necesidad de definir la estructura del procedimiento judicial bajo la finalidad de la búsqueda de la verdad, pues no se espera que necesariamente se establezca la verdad en esos procedimientos²⁶.

Este enfoque parece prevalecer en los sistemas de *common law* y, en particular, en las concepciones estadounidenses dominantes de la justicia civil, dado que es el principio básico del sistema procesal acusatorio²⁷. Sin embargo, teorías como éstas también son populares en los sistemas de *civil law*, ya que en la cultura jurídica europea el acento se pone frecuentemente en los intereses de los particulares y en su papel en el pro-

¹⁷ Véase TARUFFO, 2002: 277 [trad. cast.: 253].

¹⁸ Véase TARUFFO, 1992a: 71 [trad. cast.: 93].

¹⁹ Cf., especialmente, DAMASKA, 1986: 119, 166; 1997: 120.

²⁰ Véanse varios análisis de tales teorías, por ejemplo, en TARUFFO, 2000: 177, 277; 1992a: 35 [trad. cast.: 56]; DAMASKA, 1986: 160; 1997: 121.

²¹ Para un desarrollo más extenso de este punto véase TARUFFO, 2002: 219 [trad. cast.: 199]. Consúltense también LAGARDE, 1994: 16; LEVY Y BRAUER, 1964: 21; KIRILMANOVICH, 1996: 16, 43; HINOSTROZA MINOZZI, 2000: 20.

²² Véase una presentación de esta teoría en DAMASKA, 1986: 97; 1997: 76, 120.

²³ Véanse, principalmente, DAMASKA, 1986: 97, 104, 111, 119; TARUFFO, 1992a: 16 [trad. cast.: 37]; GUNDEL, 1985: 243, 274.

²⁴ Cf. FISS, 2003: 24, 30, 51, 55, quien critica con dureza tales aspectos de la teoría.

²⁵ Véase FISS, 2003: 52.

²⁶ Consúltense TARUFFO, 1992a: 17 [trad. cast.: 37]; DAMASKA, 1986: 119; 1975: 1104; SALTZBURG, 1978: 11.

²⁷ Véase, sobre todo, KAGAN, 2001: 99. Consúltense también DAMASKA, 1997: 76; TARUFFO, 1992a: 20 [trad. cast.: 41]; 1979: 3, 44; LANSMAN, 1984; SALTZBURG, 1978: 9; JACOWICZ, 1987: 547.

ceso civil, más que en el interés general de la sociedad en su conjunto por tener una administración de la justicia basada en criterios para tomar decisiones objetivos y basados en la verdad²⁸. En una teoría así, la principal función que se atribuye a las pruebas no es brindar la base para un conocimiento verdadero de los hechos en litigio; por el contrario, la presentación de medios de prueba se concibe como un mecanismo que las partes pueden usar en la defensa de su propia causa individual, o simplemente como una manera de cumplir con las cargas procesales.

7. *Verdad y decisiones correctas.* Estas dos teorías del proceso son, desde luego, idealizaciones simplificadas de concepciones muy complejas, a menudo vagas y no precisamente definidas en relación con los propósitos de la justicia civil. Por consiguiente, no se pueden tomar como descripciones realistas y fieles de sistemas procesales específicos. Debemos referirnos a ellas, de manera más propia, como los modelos teóricos de un continuo en el cual se pueden clasificar los sistemas procesales realmente existentes según su respectiva proximidad a uno o al otro extremo²⁹. No obstante, tal simplificación puede ser útil para identificar tendencias divergentes y enfoques diferentes que existen aun dentro del mismo sistema procesal, donde puede haber teorías en contraste acerca de los objetivos fundamentales de la justicia civil³⁰.

A pesar del importante papel que esas teorías desempeñan en la conformación de las estructuras de los sistemas procesales y en la determinación de su interpretación y su funcionamiento, debe subrayarse que su contraposición no es inevitable ni imposible de resolver. Esas teorías se basan en valores diferentes y a veces en conflicto, en distintas ideologías acerca del Estado, del poder y del papel de los individuos dentro del sistema jurídico y de la sociedad en su conjunto³¹. Sin embargo, al menos en un nivel teórico general, el conflicto entre estas teorías puede superarse sin perder su significado positivo. Una buena manera de armonizar las perspectivas divergentes gira en torno a la suposición de que la mejor solución posible de una controversia entre las partes es una decisión adecuada y correcta, y que una decisión no puede ser adecuada y correcta a menos que se base en un juicio verdadero acerca de los hechos del caso³². Sea cual sea la solución de un conflicto, no es necesariamente una buena solución sólo porque haya puesto fin al conflicto. Dentro de cualquier sistema jurídico basado en el principio fundamental del «Estado de derecho», una buena solución sólo se obtiene por medio de una decisión legítima (es decir, apropiada y justa). Sin em-

²⁸ Véase en general TARUFFO, 1992a: 20 [trad. cast.: 41].

²⁹ Véase DAMASKA, 1986: 88.

³⁰ Este análisis ha sido llevado a cabo principalmente por DAMASKA, 1986: 205, 214, 226.

³¹ Consúltense, en general, DAMASKA, 1986: 16, 18, 23, 29, 73, 80, *passim*.

³² Véanse, sobre todo, TARUFFO, 2002: 219 [trad. cast.: 199]; 1992a: 42 [trad. cast.: 63]; ZUCKERMAN, 1999: 3; ATTVAH y SCHWARTZ, 1987: 157.

bargo, una decisión no es legítima si las normas que regulan el caso no se aplican adecuadamente a ese caso específico; es decir, si la norma no se aplica apropiadamente a los hechos a los que debe ser aplicada. Para poder hacer esto deben determinarse verdaderamente los hechos reales del caso. Dicho de manera sucinta, ninguna decisión correcta y justa se puede basar en hechos determinados erróneamente³³. En consecuencia, «un procedimiento en el cual los tribunales ni siquiera tratan de llegar a la verdad es, de manera manifiesta, un procedimiento injusto», pues «en la base del procedimiento yace el objetivo de llegar a la verdad»³⁴.

Desde este punto de vista, la verdad de los hechos en litigio no es un objetivo en sí mismo ni el propósito final de un proceso civil. Es más bien una condición necesaria (o un objetivo instrumental) de toda decisión justa y legítima y, en consecuencia, de cualquier resolución apropiada y correcta de la controversia entre las partes. Por lo tanto, la verdad no es un objetivo final en sí mismo ni una mera consecuencia colateral o efecto secundario del proceso civil: es sólo una condición necesaria para una decisión apropiada, legítima y justa³⁵. Dado que el proceso judicial tiene por objeto hacer justicia y no sólo resolver conflictos, o —*rectius*— está orientado a resolver conflictos por medio de una solución justa, no podemos hacer a un lado la verdad, como una condición de justicia, en la decisión de los casos³⁶.

3. PRUEBA Y TEORÍAS DE LA VERDAD

8. *La verdad judicial.* Aun después de haber situado el problema de la verdad en la base de la decisión acerca de los hechos en litigio y caracterizado a la verdad como condición necesaria para la justicia de las decisiones judiciales, se plantean algunos otros problemas que merecen atención.

De hecho, la idea misma de «verdad judicial» puede parecer vaga, enigmática y dudosa. Una razón de la vaguedad y la duda es inherente al propio concepto de «verdad judicial». Una visión extendida sostiene que se debería distinguir la «verdad judicial» de las verdades «ordina-

³³ Véanse, *et. g.*, TARUFFO, 2002: 225 [trad. cast.: 204]; SAKS y KIDD, 1980-1981: 125. Consúltense también FRANK, 1950: 95.

³⁴ Cf. ZUCKERMAN, 1999: 4-5.

³⁵ Véase un panorama general de las teorías relacionadas con la verdad judicial como un propósito intermedio o instrumental del proceso judicial en SCHERER, 1991: 36, 41, 43. Respecto de las verdades judiciales como un objetivo del proceso judicial, consúltense también JOLOWITZ, 1983: 164; FRANKEL, 1975: 1041; STRAIN, 1988: 801, 839. La idea de que la «verdad es la base de la justicia» ya está presente en BERTHOUD, al respecto véase POSTVANA, 1986: 348.

³⁶ Estos enunciados se basan en una «ideología jurídica racionalista» de las decisiones judiciales que fue presentada y desarrollada por WRÓBLEWSKI, 1983b: 51; 1983c: 153. Véase un análisis de la tradición racionalista en la teoría *angloamericana* de la prueba en THOMAS, 1986.

fiats» o «normales» que se pueden buscar y alcanzar fuera del contexto judicial. La verdad que puede ser alcanzada dentro de este contexto se define como «formal» o «convencional» y se concibe, por varias razones, como una verdad bastante diferente de la verdad no judicial o extrajudicial: porque los procesos judiciales constituyen un contexto muy especial; porque las partes y el juez no pueden valerse de cualquier medio posible para buscar la verdad (ya que este ámbito está regido por muchas reglas acerca de la admisibilidad y la presentación de la prueba), y también porque hay que abandonar la búsqueda de la verdad cuando la necesidad de alcanzar una resolución final se impone a la necesidad de recopilar medios de prueba adicionales.³⁷

Este enfoque es muy común en muchas culturas procesales, pero parece carecer de un fundamento racional. De hecho, toda verdad está en algún sentido «cargada de contexto», pero esto no excluye la posibilidad de mantener que, en un contexto dado, se puede alcanzar una «verdad» sobre los hechos litigiosos, pero la existencia de reglas procesales no es — en sí misma — un obstáculo para la búsqueda de la verdad, y tampoco es una buena razón para afirmar que la verdad judicial es un tipo especial o formal de verdad.³⁸

Debe subrayarse, sin embargo, que las normas jurídicas acerca del uso de los medios de prueba y de la búsqueda de la verdad en el proceso judicial establecen diversos límites en relación con el tiempo, los medios y los procedimientos que se pueden usar en la búsqueda de la verdad.³⁹ Efectivamente, en los sistemas procesales modernos existen reglas que tienen por objeto racionalizar el juicio sobre los hechos y evitar errores y malentendidos en la evaluación de la prueba. Algunas de estas reglas prohíben el uso de tipos específicos de medios de prueba o impiden la prueba de algunos hechos (véase, por ejemplo, *infra* § 23). En todo caso, estas normas no impiden la búsqueda de la verdad: regulan las formas en que se pueden probar los hechos y abarcan sólo áreas limitadas del dominio de la prueba y de la decisión sobre los hechos. Además, los principios básicos del derecho a la prueba y de la libre valoración de la prueba devienen cada vez más importantes en todos los sistemas procesales modernos (véase *infra* § 38); estos principios im-

plican que las normas jurídicas que restringen el uso de los medios de prueba deben ser reducidas al mínimo.

Con todos estos elementos puede ya advertirse que la idea de las diferencias sustanciales que caracterizan la verdad judicial no puede sostenerse. En gran medida, la verdad puede ser buscada y alcanzada dentro del contexto judicial fundamentalmente de la misma forma en que se puede descubrir en muchas otras áreas de la experiencia cotidiana⁴⁰ y usando los mismos medios que se emplean en áreas de investigación no jurídicas, como la historia.⁴¹ Las normas jurídicas definen el contexto de la verdad «judicial», pero — como ya se ha dicho antes — todo tipo de verdad es de algún modo «contextual». Es más, los hechos en litigio en una causa se suelen comprobar en el proceso judicial usando los mismos medios (testimonios, documentos, grabaciones, argumentos inferenciales) que la gente común y corriente utiliza para descubrir la verdad en su vida cotidiana.⁴² En resumen: no hay diferencia epistémica sustancial entre la verdad judicial y la verdad no judicial.

9. *Las teorías irracionalistas.* Los problemas filosóficos y epistémicos del concepto general de verdad pueden plantearse, aproximadamente, en los mismos términos respecto de la noción de verdad judicial, por la sencilla razón de que uno y otro concepto no difieren sustancialmente. Diversas asunciones filosóficas, por ello, rechazan tanto la idea de que es posible alcanzar la verdad en el contexto judicial como la propia noción general de verdad. Por ejemplo, puede suceder que si seguimos las tendencias irracionalistas que a veces surgen en la cultura filosófica europea y, por lo tanto, también en la correspondiente cultura jurídica⁴³, ni siquiera podamos plantear en términos racionales el problema de la verdad, ni dentro ni fuera del ámbito del contexto judicial. La misma consecuencia se puede extraer si partimos del «deconstruccionismo nihilista» que en las últimas décadas parece estar de moda en algunas áreas de la cultura jurídica y filosófica angloamericana⁴⁴, en la que algunos filósofos — como Richard RORTY — creen que hablar de la verdad es un «sinsentido».⁴⁵ Lo mismo sucede también si adoptamos

³⁷

Sobre el concepto de verdad judicial como verdad formal véase TAKERU, 1992a: 4 [trad. casí. 24]. Véase una discusión reciente de este tema en FERRER BELTRÁN, 2002: 68. En cuanto a la fiabilidad de tal contexto véase, e. g., MONTORO AROCA, 2002: 35; 2000: 24. Este último autor propone el concepto de «certeza» como sustituto de «verdad». Sin embargo, parece que «certeza» es sustancialmente equivalente a la «verdad judicial relativa». En consecuencia, la verdad que según MONTORO AROCA no puede ser alcanzada es la «verdad absoluta», pero esto es una obviedad (véase *infra* § 10).

³⁸ Consúltese, principalmente, FERRER BELTRÁN, 2002: 63, 71.

³⁹ Véanse, e. g., WENSTEIN, 1966: 229; LARENZ, 1979: 203; SAUTZBURG, 1978: 12.

⁴⁰ CH. TWINING, 1990: 178, 192, 199; TAKERU, 1992a: 315, 319, 321 [trad. casí. 341, 345, 347].

⁴¹ Véanse los ensayos reunidos en TWINING y HAWESHER, MÖRK, 2003.

⁴² Véase TAKERU, 1992a: 322 [trad. casí. 349].

⁴³ Véanse DIERER, 1991: 120; SINGER, 1975: 231. Véase también un panorama sintético en LAKEZ, 1979: 64. Específicamente sobre las corrientes irracionalistas en la teoría de la prueba alternativa, véase HUNGER, 1983: 70, 98.

⁴⁴ Consúltese, por ejemplo, CHOW, 1990: 221; SINGER, 1984: 1; KILMAN, 1984: 303; PELLER, 1985: 1151.

⁴⁵ Richard RORTY hace tal afirmación en varios de sus escritos que no pueden ser citados detalladamente aquí (véanse, e. g., los ensayos recopilados en RORTY, 1988). Una discusión de las posiciones negativas de RORTY y de otros filósofos estadounidenses acerca de la verdad, con dudas críticas a las mismas, puede verse, por ejemplo, en HAACK, 1998: 2, 7, 18. Otras críticas serias han sido formuladas por WILLIAMS (2002: 4, 59), quien dice que la posición de RORTY — así

algunas de las distintas teorías del conocimiento, del «yo» o del sujeto cognoscente, que se inspiren en el intuicionismo, el solipsismo, el idealismo extremo, o en la introspección psicológica considerada como el único medio para interpretar la realidad. Estos enfoques rechazan a priori cualquier posibilidad de hablar racionalmente de la verdad en general y, por lo tanto, también cualquier posibilidad de pensar en la verdad en los contextos judiciales. Aunque estas cuestiones remiten a problemas filosóficos muy generales que no pueden ser discutidos aquí, algunos aspectos de los mismos merecen cuando menos una consideración muy somera, pues repercuten de manera directa en la perspectiva acerca de los procesos judiciales.

10. *Verdad absoluta y verdad relativa.* Una de estas cuestiones atañe a la distinción entre verdad absoluta y verdad relativa. Éste es un problema filosófico importante, pero aquí podemos pasar sobre él con unas pocas palabras⁴⁶. De hecho, la idea de una verdad absoluta puede ser una hipótesis abstracta en un contexto filosófico amplio, pero no se puede sostener racionalmente que una verdad absoluta pueda o deba ser establecida en ningún dominio del conocimiento humano, y ni qué decir tiene del contexto judicial. Ni siquiera las ciencias duras, como la física y las matemáticas, pretenden ya ser capaces de alcanzar verdades absolutas; de hecho, la idea de una verdad absoluta parece pertenecer sólo a los terrenos de la religión y la metafísica. En realidad, en todo contexto de conocimiento científico y empírico, incluido el de los procesos judiciales, la verdad es relativa⁴⁷. En el mejor de los casos, la idea general de verdad se puede concebir como una especie de «ideal regulativo», esto es, como un punto de referencia teórico que se debe seguir a fin de orientar la empresa del conocimiento en la experiencia real del mundo.

11. *La verdad como coherencia.* Otra cuestión importante que surge en la discusión acerca de la idea de verdad es mucho más desconcertante y también de mayor significación en los contextos procesales. Se trata de la distinción básica entre la «teoría de la coherencia» y la «teoría de la correspondencia» acerca de la verdad, que es un problema de enorme importancia en el ámbito de la epistemología general⁴⁸. Según la «teoría coherentista», la verdad de un enunciado fáctico es sólo la función de la coherencia de un enunciado específico en un contexto de va-

como la de los otros «negadores» de la verdad — es un error fundamental y que el pensamiento de ROBERT «podría ser descrito como un pensamiento que ara en el vacío».

⁴⁶ Sobre este problema véase, en general, TARUFFO, 1992a: 152 [trad. cast.: 176].

⁴⁷ La idea de una verdad absoluta suele ser discutida por los escépticos con el fin de mostrar que no se puede alcanzar ninguna verdad, ni en general ni en los contextos judiciales. El «humilde abandono de la verdad», al que se refiere MONTORO AROCA, pensando en la verdad absoluta, en realidad no es una tragedia, ya que ninguna verdad, sea judicial o no, es absoluta. El argumento escéptico, sin embargo, es poco fiable; véase TWISSING, 1990: 92.

⁴⁸ Véanse, e. g., QUINE, 1990: 77, 80, 84; KRAJEWSKI, 1977; DAVIDSON, 1984: 37; NINIBOLTO, 1987: 134.

rios enunciados. Dado que la verdad y la falsedad sólo se pueden predicar de enunciados, el único nivel posible para la verdad es el de los enunciados, esto es, del lenguaje y los «relatos». Según la «teoría de la verdad como correspondencia», la verdad es resultado de la correspondencia del enunciado con un estado empírico del mundo. De modo que una descripción es verdadera cuando describe un hecho real, es decir, cuando da una imagen fiel de un objeto del mundo empírico. Cada una de estas teorías es profundamente compleja y controvertida y constituye un conjunto filosófico de problemas generales que no puede ser discutido aquí. No obstante, merece la pena subrayar que esas teorías han sido usadas en las últimas décadas también en el ámbito de la cultura jurídica, con objeto de afrontar los problemas de la prueba y la verdad judicial.

Los filósofos del derecho usan a veces una teoría coherentista de la verdad en un nivel muy general⁴⁹. Por ejemplo, la teoría del razonamiento judicial desarrollada principalmente por NEIL MACCORMICK se basa en un concepto de coherencia que se utiliza también para abordar las relaciones entre hecho y derecho⁵⁰. Desde una perspectiva de algún modo distinta se emplea también una teoría coherentista en el ámbito de los análisis semióticos del proceso judicial, en los cuales se presta especial atención a los «relatos» que narran las partes, los testigos y los abogados⁵¹. Dado que los discursos y los relatos judiciales son lo único que se toma en cuenta desde ese punto de vista, el proceso se considera como un diálogo o como una situación en la cual la gente cuenta historias que son fundamentalmente similares a novelas. En consecuencia, el único criterio al que se puede recurrir para verificar la fiabilidad de cualquier enunciado específico es su coherencia en el contexto global del diálogo judicial o dentro de la específica «narración» contada por un sujeto en el curso del proceso. La teoría coherentista de la verdad se puede vincular con la concepción «retórica» de los elementos de prueba. Tal concepción considera los elementos de prueba no como un recurso «heurístico» que supuestamente usa el juzgador con el fin de establecer la verdad de los hechos litigiosos, sino como un recurso «persuasivo» cuyo objetivo es simplemente crear, en la mente del juez o del jurado, una creencia acerca de la credibilidad de uno de los «relatos» contados en el curso del litigio⁵². Desde esta perspectiva, la coherencia del «relato» desempeña un importante papel persuasivo, y los medios de prueba suelen tener por objeto constituirse en un apoyo para un «relato» convincente. Tal enfoque es típico de autores que adoptan el punto

⁴⁹ Para una presentación y una discusión crítica de esta teoría véase GAVON, 2002: 53. Véanse también DEB BORG, 1997: 349; PEZZSIK, 1990: 307; LENOIR, 1990: 138; NEHROR, 1990: 204; ALEXV Y PEZZSIK, 1990: 130.

⁵⁰ Véanse, sobre todo, MACCORMICK, 1984: 235; BANKOWSKI, 1990: 227.

⁵¹ Cfr., principalmente, KLINCK, 1994: 127; HEININGER, 2000: 55; LAGARDE, 1994: 80; MONTORO AROCA, 2002: 57, 2000: 27; GIULIANI, 1988: 525; EBERLE, 1989; PARELMAN, 1963: 8.

⁵² Véanse, por ejemplo, KLINCK, 1994: 127; HEININGER, 2000: 55; LAGARDE, 1994: 80; MONTORO AROCA, 2002: 57, 2000: 27; GIULIANI, 1988: 525; EBERLE, 1989; PARELMAN, 1963: 8.

de vista del abogado en el contexto del proceso⁵³, dado que el propósito del abogado es justamente influir en la opinión del juez o del jurado a fin de obtener una decisión favorable. En realidad, el abogado no es alguien que busque la verdad de manera neutral y desinteresada: su enfoque típico es el de una persona interesada en lograr la victoria, aunque no se encuentre la verdad. Es más, sería mucho mejor no descubrir la verdad, desde la perspectiva del abogado, si la verdad resultara contraria a los intereses de su cliente⁵⁴. Sin embargo, el punto de vista del juez y del jurado es sustancialmente diferente: se supone que son neutrales y «objetivos»⁵⁵, pues se espera que decidan sobre el caso eligiendo una versión verdadera de los hechos en litigio. Por lo tanto, se les exige que usen los medios de prueba como un recurso heurístico y no como un argumento persuasivo.

En todo caso, una concepción coherente y persuasiva de la verdad y de la prueba puede ser importante desde la perspectiva del abogado y en la dimensión lingüística y narrativa, así como en un enfoque psicológico de las decisiones judiciales⁵⁶ en el cual se supone que el mundo de los fenómenos empíricos reales queda fuera de la perspectiva adoptada para examinar el contexto judicial⁵⁷. Sin embargo, se debe subrayar que las narrativas coherentes y persuasivas pueden ser falsas o — como sucede con las novelas — que no pretendan ser verdaderas. Éste es el principal argumento para rechazar cualquier teoría de la verdad como mera coherencia en el contexto judicial⁵⁸.

12. *La verdad como correspondencia.* Por otro lado, es usual asumir que la teoría de la verdad judicial basada en la correspondencia es una premisa para poder decir que las decisiones judiciales sobre los hechos deben adecuarse a la verdad para que puedan ser justas y correctas⁵⁹. Desde esta perspectiva, la condición más importante es que los hechos han de ser establecidos correctamente, tomando como base los elementos de prueba relevantes y pertinentes, como una condición necesaria para la correcta aplicación de las normas jurídicas sustantivas⁶⁰. Entonces la cuestión no es (sólo) de relatos contados ni de lenguaje y coherencia narrativa. El contenido de la decisión es verdadero cuando coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en

la situación empírica que está en la base de la controversia judicial. La función de la prueba es justamente ofrecer al juzgador conocimientos fundados empírica y racionalmente acerca de los «hechos de la causa», no recopilar historias contadas por algunas personas acerca de tales hechos⁶¹. Este enfoque no niega que la coherencia narrativa de los enunciados y de los relatos puede ser en alguna medida significativa en el contexto judicial: en realidad, la coherencia puede funcionar en algunos casos como un criterio para elegir entre diferentes reconstrucciones de los hechos que pueden basarse en los mismos medios de prueba⁶². Lo que un enfoque como éste niega es que la coherencia narrativa de los relatos judiciales tenga que ser considerada como la única dimensión pertinente en la que se puede concebir la verdad judicial.

El conflicto entre las dos teorías puede superarse, cuando hablamos de verdad judicial, considerando la teoría de la verdad como correspondencia como el concepto básico de verdad, según la «teoría semántica de la verdad» propuesta por Tarski⁶³, y sosteniendo que la teoría coherente simplemente define uno de los posibles criterios de verdad, pero no es la (mejor) teoría de la verdad judicial. Efectivamente, la teoría coherente captura solamente algunos aspectos significativos del problema judicial de la verdad, mientras que la teoría de la correspondencia coincide mucho mejor con una concepción de la decisión judicial basada en la justicia y la verdad. Por otro lado, vale la pena subrayar que algunos destacados filósofos modernos toman en serio la idea de la verdad como correspondencia de los enunciados con los hechos y sostienen enfoques básicamente realistas del problema del conocimiento y la verdad⁶⁴.

13. *Incertidumbre y decisión.* El enunciado sobre los hechos formulado por las partes, hasta la emisión de la decisión sobre el caso, tiene el estatus epistémico típico de la «incertidumbre». En realidad, ese enunciado no es otra cosa que la formulación de una hipótesis acerca de un hecho: la parte que formula la hipótesis afirma que ésta es verdadera, pero que sea verdadera o falsa es una cuestión que sólo será respondida por el juzgador en su decisión final. Durante el proceso, la hipótesis es dudosa e incierta: puede ser verdadera o falsa⁶⁵. En un sentido, por consiguiente, la función de la prueba es ayudar al juzgador a resolver este problema, ofreciéndole la información necesaria para decidir racionalmente si las hipótesis concernientes a los hechos materiales en litigio son verdaderas o falsas.

⁵³ En realidad, la referencia a los «relatos persuasivos» en lugar de a los «relatos verdaderos» es frecuente en la literatura especializada sobre el comportamiento del abogado en el juicio. Véase, por ejemplo, Lauer, 2000: 15; TGAa, 2003: 5.

⁵⁴ Cf. Taruffo, 1994: 272.

⁵⁵ Véase Taruffo, 1994: 279.

⁵⁶ Cf., por ejemplo, PENNINGTON y HASTIE, 1991: 19; BENNETT y FELDMAN, 1981.

⁵⁷ Véase una evaluación crítica de estos enfoques en TIMINSK, 1990: 219.

⁵⁸ Consúltese PEZZESNIK, 1990: 161; NINILUOTO, 1987: 135; TARUFFO, 1992a: 149, 323 [trad. cast.: 172, 349]; 2002: 277, 305 [trad. cast.: 253, 279]; COMOGI, 2004: 5.

⁵⁹ Véase, e. g., PEZZESNIK, 1990: 181; TARUFFO, 1992a: 143 [trad. cast.: 167].

⁶⁰ Véase *supra* § 3.

⁶¹ Consúltese TARUFFO, 1992a: 35, 63 [trad. cast.: 55, 84].

⁶² Véase TARUFFO, 1992a: 293 [trad. cast.: 319].

⁶³ Acerca de la concepción semántica de la verdad propuesta por Tarski y su aplicación al contexto de las decisiones judiciales, cf. GASCON, 2002: 64. Véase también TARUFFO, 1992a: 145 [trad. cast.: 169].

⁶⁴ Véase, por ejemplo, SEARLE, 1998: 5, 12, 32; HANCK, 1998: 156.

⁶⁵ Véase TARUFFO, 1992a: 217 [trad. cast.: 241].

En el mismo sentido se puede sostener que decidir sobre los hechos significa hacer una elección que supere la incertidumbre y resuelva la duda acerca de la verdad o la falsedad de las hipótesis sobre esos hechos. En consecuencia, el problema de las decisiones fácticas puede ser interpretado como el problema de una elección acerca de la verdad o la falsedad de las hipótesis acerca de los hechos relevantes para el caso: cuando el caso es complejo puede haber un complicado conjunto de hipótesis hipotéticamente verdaderas o falsas. Así, la tarea básica del juzgador es determinar, sobre la base de la prueba aportada, la verdad o falsedad de cada hipótesis fáctica.⁶⁶

4. PRUEBA Y PROBABILIDAD

14. *Verdad y probabilidad.* Aun cuando se asuma que la verdad de los hechos litigiosos se puede establecer tomando como base los elementos de prueba relevantes, el problema de la verdad judicial todavía está lejos de quedar resuelto satisfactoriamente. El problema epistémico de «qué tipo de verdad» se puede alcanzar en los contextos judiciales es muy complejo; por lo tanto, encontrar una definición fiable de la función de la prueba es también una tarea difícil.

El punto de partida de este problema radica en la premisa de que ninguna verdad absoluta es alcanzable en tales contextos y, por tanto, que el propósito posible de la toma de decisiones es sólo lograr una verdad relativa (véase *supra* § 10). Dado que la idea de una verdad relativa es vaga, una definición muy común de la misma se plantea en términos de «probabilidad». A menudo se usa un concepto tosco y muy general de probabilidad para hacer referencia a algún grado de conocimiento que supuestamente se ha de situar en un punto entre 0 (esto es, en el nivel en que no hay ningún conocimiento fiable) y 1 (que indica certeza o verdad absoluta). Se supone que el «conocimiento intermedio» es en alguna medida incierto, pero fiable.⁶⁷ No hay duda, sin embargo, de que esta idea simple y vaga no puede ser tomada como una solución satisfactoria al problema de entender qué puede ser una «verdad relativa»: simplemente dice que una verdad relativa no es igual a 0 ni a 1. Por otra parte, el concepto de probabilidad es bastante más complejo y sofisticado.⁶⁸ su uso es muy común en ámbitos diversos con el propósito de explicar y racionalizar muy diferentes tipos de conocimientos inciertos. Esto es así especialmente en el caso de la teoría de la probabilidad

«cuantitativa» o «estadística», que ofrece la posibilidad de estimar la frecuencia relativa de un suceso en un contexto dado.

15. *La probabilidad cuantitativa.* La teoría cuantitativa de la probabilidad se ha usado tradicionalmente como un marco conceptual para explicar la noción de verdad judicial y el papel y el peso de las pruebas en el contexto de la toma de decisiones judiciales. En las últimas décadas se ha desarrollado una versión refinada de esta idea de probabilidad, particularmente en Estados Unidos, a partir del teorema de Bayes, es decir, sobre la base de la fórmula básica para el cálculo de la variación de la probabilidad matemática a partir de nuevas informaciones.⁶⁹ Podemos hablar incluso de un tipo de «ortodoxia bayesiana» en referencia a la escuela de pensamiento que construye los conceptos de medio de prueba y de prueba basados en el uso de la probabilidad matemática y la aplicación del teorema de Bayes.⁷⁰ Una tendencia similar también está presente en algunos puntos de la cultura jurídica europea: en Alemania y Suecia se han propuesto teorías de la prueba basadas en la probabilidad cuantitativa.⁷¹ Más en general, el recurso a la probabilidad cuantitativa es un lugar común usado con frecuencia en la teoría de los medios de prueba y de la prueba.

La idea principal que subyace en estas teorías es que, por medio del cálculo de probabilidades matemáticas, es posible determinar el índice de probabilidad que debe atribuirse a un determinado enunciado o hipótesis fácticos. Cuando el enunciado versa sobre un hecho litigioso, los medios de prueba ofrecen los puntos de partida del cálculo, que se desarrolla siguiendo el teorema de Bayes. El resultado es un número entre 0 y 1: se supone que este número expresa el grado de fiabilidad del enunciado o hipótesis fácticos sobre la base de los medios de prueba considerados. Cuando hay que tomar en cuenta varios medios de prueba y, por tanto, hay que extraer diversas inferencias a fin de conectar las pruebas disponibles con el hecho litigioso, el modelo del cálculo se vuelve extremadamente complejo.⁷² pero el cálculo siempre tiene por objeto determinar el índice de probabilidad del enunciado o hipótesis fácticos de acuerdo con los medios de prueba relevantes.

⁶⁶ Un panorama de las teorías acerca del teorema de la probabilidad bayesiana aplicado a los problemas probatorios se esboza en los ensayos presentados en el *Symposium on Probability and Inference in the Law of Evidence*, publicados en la *Boston University Law Review*, núm. 66, 1986. La mayoría de esos ensayos también fueron publicados en TULEAS Y GREEN, 1988. Véanse también DAVID, 1991: 389; LAMBERT, 1977: 1021; KORSTEN, 1976: 121; SCHUM Y MARTIN, 1982: 145; WEINBERG, 1983: t. I, 1011; FISHERSTEIN Y FABLEY, 1970: 489; TRIBE, 1971: 1351.

⁶⁷ Véase, e. g., EDWARDS, 1988: 337.

⁷¹ Entre la literatura especializada alemana véanse SCHREIBER, 1968; GREGGER, 1978; HUBER, 1983: 102; BENEGER Y NACK, 1981: 181, 218; KOCH Y ROSSMANN, 1982: 287. Respecto de la teoría sueca véanse los ensayos recopilados en GÄRDENFORS, HANSSON Y SAHLIN, 1983. Consúltese también EKLÖF, 1962: 75.

⁷² Véanse SCHUM Y MARTIN, 1982; CAULLEN, 1982: 12.

⁶⁸ Véase *ibid.*: 266 (trad. cast.: 292).

⁶⁹ Esta tendencia se presenta en todas las culturas jurídicas al menos desde el siglo XVII. Véanse, en general, EGOLSTROM, 1978: 10; MURIELAK Y STADLER, 1984: 69.

⁷⁰ Para un análisis probabilístico complejo de las inferencias probatorias, consúltese SCHUM, 1994.

Esos cálculos suelen ser en extremo complicados y difíciles, en especial para quienes no estén muy familiarizados con la teoría matemática de la probabilidad. Sin embargo, esta manera de pensar se ha vuelto bastante popular en algunas áreas de la teoría de la prueba, tanto en Europa como en Estados Unidos. La principal razón parece ser que esta teoría da la impresión de ser objetiva y fidedigna en un terreno en el que el subjetivismo y la incertidumbre siempre están presentes. A menudo se cree que si algo se expresa con un número puede ser tomado como cierto, y que las evaluaciones subjetivas se vuelven «menos subjetivas» y están bajo control cuando se expresan mediante una cantidad numérica.⁷¹ No es de extrañar que, por lo tanto, muchos miren hacia las concepciones estadísticas de la prueba, sostengan teorías bayesianas y crean que el peso de la prueba debe ser expresado con números, aunque muy pocos sean realmente capaces de desarrollar los sofisticados cálculos necesarios para incorporar un tratamiento matemático de la prueba en los contextos judiciales.

Por desgracia, todos estos esfuerzos no han producido —al menos hasta ahora— resultados satisfactorios. De hecho, esta manera de enfocar los problemas de los medios de prueba y del valor de la prueba sigue siendo dudosa y discutible y ha sido sometida a un buen número de críticas. Se dice, por ejemplo, que en muchos casos no puede ser aplicada; que ofrece imágenes poco fiables de diversas situaciones probatorias; que su maquinaria matemática suele ser incorrecta, inútil y feñicia, etcétera.⁷²

16. *Probabilidad lógica.* Por otra parte, las teorías bayesianas o cuantitativas de la probabilidad no son las únicas teorías posibles de la inferencia probatoria. Una concepción alternativa consiste en tomar en cuenta las teorías «lógicas» (o «baconianas») de la probabilidad, esto es, los modelos lógicos de razonamiento que pueden ser usados como medios para racionalizar las inferencias en situaciones en las cuales la fiabilidad de una hipótesis fáctica necesita ser comprobada sobre la base de algunos medios de prueba.⁷³ Desde esta perspectiva, la cuestión principal es determinar qué inferencias pueden realizarse a partir de los medios de prueba relevantes, y cómo éstos sustentan las inferencias que conducen a conclusiones acerca de un hecho controvertido. Las inferencias que vinculan medios de prueba y hechos no se desarrollan conforme a los cálculos cuantitativos de probabilidad, sino sobre la base de patrones lógicos

⁷¹ Este es el síndrome de que «lo que no puede ser contado no existe» definido por Tsune, 1971: 1361.

⁷² Véase FROST, 2002: 98, 108; CALLEN, 1982; 1991a: 459; Tsune, 1971: 1332; BRUMAYER, 1988: 150, 166; SCHAFFER, 1983: 191; WADSWORTH, 1983: t. I, 1072. Consúltense una discusión de los argumentos en contra de la concepción bayesiana de la prueba en TARUFFO 1992a: 174 [trad. cast.: 1981].

⁷³ En general, acerca del concepto de probabilidad lógica, véase HACKING, 1975: 21, 43; COHEN, 1989: 4; WADSWORTH, 1983: t. I, 1072; BENSON, 1984; TARUFFO, 1992a: 199 [trad. cast.: 223].

de razonamiento. Los elementos de prueba son asumidos como premisas a partir de las cuales es posible extraer inferencias: las inferencias siguen modelos lógicos; las distintas situaciones pueden ser analizadas de acuerdo con patrones lógicos que representan los rasgos típicos de cada caso; la conclusión acerca de un hecho es lógicamente probable, como una función de los argumentos lógicos basada en los medios de prueba disponibles.⁷⁴ Este tipo de razonamiento, fundado en el concepto lógico de inferencia, ha sido desarrollado como una teoría general y se aplica en diversos ámbitos en los que la ponderación de los medios de prueba es importante; por ejemplo, en los trabajos de inteligencia.⁷⁵ En las últimas décadas se ha desarrollado una perspectiva similar también en el ámbito de la prueba judicial, como marco que ofrece modelos racionales para la valoración de la prueba en el proceso judicial.⁷⁶

Este enfoque no usa grados numéricos de probabilidad ni ofrece medidas cuantitativas exactas del peso de la prueba. Sin embargo, la teoría de la probabilidad lógica (o de la «evidence and inference», como a veces se la etiqueta) parece ser mucho más eficiente como una interpretación analítica de la prueba judicial. En realidad, ofrece marcos útiles para el análisis de situaciones probatorias complejas. También suministra tipologías que corresponden a los diversos tipos de casos que se plantean en la práctica judicial, y presta la debida atención a los principales problemas de la valoración de la prueba, es decir, a las inferencias que conectan los elementos de prueba relevantes con los hechos en disputa.⁷⁷ Así, el concepto de probabilidad lógica, y sus desarrollos en la teoría de la *evidence and inference*, merece ser considerado como base teórica para un acercamiento apropiado al problema de la prueba judicial. Las probabilidades estadísticas pueden ser usadas como elementos de prueba en algunos casos (véase *infra* § 78), pero la prueba estadística no puede ser adoptada como modelo general de la prueba judicial. En cambio, la teoría de la *evidence and inference*, basada en la probabilidad lógica, puede conducir a racionalizaciones fiables del uso de las pruebas en la toma de decisiones judiciales.

5. MEDIOS DE PRUEBA Y RESULTADO PROBATORIO

17. *Distinción entre medios de prueba y prueba como resultado.* Acerca del problema de la prueba y la verdad judicial se presenta otra cuestión lingüística que merece atención, en especial respecto

⁷⁴ Cfr., especialmente, COHEN, 1977: 49, 245, 265, *passim*.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, SCHUM, 1987.

⁷⁶ Cfr. TARUFFO, 1992a: 201, 217 [trad. cast.: 225, 241]; COHEN, 1977: 17, 265; SCHUM, 1987: 1988: 213, 225, 246.

⁷⁷ Véase TARUFFO, 1992a: 201, 217 [trad. cast.: 225, 241].

de las teorías y las regulaciones europeas de la prueba. En los sistemas de *common law*, este tema prácticamente carece de sentido: la distinción fundamental entre *evidence* (elemento o medio de prueba) y *proof* (prueba como resultado) hace clara la distinción entre los datos, la información, las circunstancias, los documentos, los enunciados y los conocimientos que pueden ser usados como premisas de la decisión relacionada con los hechos litigiosos, por un lado, y las conclusiones alcanzadas o los resultados generados a través de las inferencias extraídas de los medios de prueba relevantes, por el otro, que dan como resultado enunciados sobre la existencia de los hechos litigiosos y la verdad de esos enunciados. Esta dicotomía no siempre es lo suficientemente clara en la terminología usual europea: *prova, preuve, prueba* y *Beweis* se usan con el significado de «*evidence*» y «*proof*»; esto es, tanto para la base como para el resultado, para la premisa y para la conclusión del razonamiento probatorio. Desde luego, la distinción teórica existe y a veces se expresa en el lenguaje jurídico: los equivalentes de «*evidence*» suelen ser denominados *mezzo di prova, moyen de preuve* o *mesure d'instruction, medio o fuente de prueba* y *Beweismittel*, y en tal caso *prova, prueba, preuve* y *Beweis* se reservan de manera más apropiada como sinónimos de «*proof*». No obstante, el lenguaje probatorio europeo sigue siendo bastante vago y los enunciados formulados en ese lenguaje constantemente necesitan ser interpretados apelando al contexto.³⁰

La distinción entre *evidence* [medios de prueba] y *proof* [prueba como resultado], y su correspondiente en los sistemas de *civil law*, abordan una diferencia conceptual fundamental.

La noción de *evidence* sólo está vinculada indirectamente con el problema de la verdad judicial. Los medios de prueba constituyen datos cognitivos e información a partir de los cuales se puede derivar la verdad de los hechos en litigio, si se sacan las inferencias apropiadas a partir de ellos y tales inferencias conducen a la verdad de los hechos motivo de la disputa. Cuando se alcanza este objetivo, porque hay buenas razones cognitivas para creer que un hecho es verdadero, entonces este hecho está «probado», pues ha sido confirmado por los medios de prueba. En un sentido, en cualquier contexto procesal «medio de prueba» es todo lo que pueda ser usado significativamente para apoyar la prueba de un hecho. En sentido estricto, estamos frente a un «medio de prueba» sólo si éste es relevante y admisible (véase *infra* §§ 19, 20, 23). Un elemento de prueba que carece de relevancia o es inadmisiblemente en un caso específico no es elemento de prueba en ese caso.

18. *Conceptos de prueba (como resultado)*. No todos los medios de prueba relevantes y admisibles suponen la «prueba» de los hechos.

Un hecho está probado sólo cuando se extraen con éxito algunas inferencias concernientes a su ocurrencia a partir de los medios de prueba disponibles. Esto no sucede siempre, ya que es posible que un medio de prueba presentado no produzca ningún resultado positivo. Se obtiene la prueba sólo cuando una inferencia obtenida de los medios de prueba da sustento a la verdad de un enunciado acerca de un hecho litigioso. En algún sentido, la prueba de un hecho y la verdad del enunciado acerca de este hecho son sinónimos. Se puede decir que un hecho es verdadero sólo cuando se prueba sobre la base de los medios de prueba, y se prueba sólo cuando su verdad se funda en ellos.³¹

Los conceptos de medio de prueba y de prueba pueden tener diferentes significados en función de las teorías de la verdad judicial y de la decisión judicial que estén en el trasfondo. Por ejemplo, si se parte de que ninguna verdad judicial puede ser alcanzada (*supra* § 10), toda definición de medio de prueba y de prueba vinculada con el concepto de verdad judicial carece de significado. Desde una perspectiva distinta, quienes comparten la teoría bayesiana de las pruebas dirán que «medio de prueba» sólo se puede definir en términos de «probabilidades a priori», y que «prueba» indica un resultado de un grado superior a 0,5 obtenido por medio de inferencias estadísticas. Por otra parte, la teoría de la «*evidence and inference*» parece ofrecer un marco conceptual interesante que vincula los medios de prueba y la verdad judicial en términos de conocimiento racional, probabilidad lógica e inferencias razonadas. En este sentido, los «medios de prueba» constituyen la base para las inferencias lógicas cuyo objetivo es dar sustento a conclusiones acerca de los hechos litigiosos; «prueba», por su parte, hace referencia a los resultados positivos de tales inferencias; y finalmente, «verdad judicial» de los hechos significa que las hipótesis acerca de los hechos en litigio están apoyadas por inferencias racionales basadas en medios de prueba relevantes y admisibles.

³⁰ Consultarse un análisis de los distintos significados de los términos probatorios en TARUFFO, 1992a: 413 [trad. cast.: 439]. Véase también MONTORO-ARCOA, 2002: 108.

³¹ Véase, sobre todo, FERREZ BULTRÁN, 2002: 77, 82, 89.

CAPÍTULO II

LA SELECCIÓN DE LAS PRUEBAS

19. *Relevancia y admisibilidad.* En el proceso civil, el primer problema probatorio importante es establecer qué elementos o medios de prueba deben ser admitidos e incorporados al proceso. En teoría, se podría usar cualquier medio de prueba en cualquier tipo de proceso y la determinación de qué medios serán los que apoyen la decisión sobre los hechos en disputa podría ser algo que se dejara al juzgador para el momento en que emita su resolución final. Sin embargo, hay diversas razones en favor de una selección preliminar de los medios de prueba que pueden presentarse en el curso del proceso. Por ejemplo, las partes no deben sentirse obligadas a presentar cualquier prueba que quieran, ni tampoco se les debe permitir hacerlo, porque esto ocasionaría demoras y complicaciones en el funcionamiento del proceso; al juez no se le debe permitir ordenar *motu proprio* la adquisición de cualquier medio de prueba que desee, porque esto convertiría al proceso en una forma intolerable de inquisición; no pueden incorporarse pruebas al proceso indefinidamente, porque tiene que llegar a un fin lo antes posible, siempre que se pueda tomar una decisión razonable y bien fundada en los hechos. Otras razones para seleccionar los elementos de prueba admisibles se pueden derivar de la necesidad de proteger valores generales o intereses individuales específicos que merezcan una consideración especial. Todos los sistemas procesales incluyen normas y criterios que tienen por objeto establecer una selección preliminar de los medios de prueba que se pueden presentar. En general, tales normas y criterios se deben aplicar al principio del proceso, pues su función es evitar que las partes presenten medios de prueba que no deberían ser admitidos y

que el juez ordene la adquisición de medios de prueba que son inadmisibles o que no vale la pena considerar. Por lo general, corresponde al juez aplicar tales normas y criterios con el fin de evitar desórdenes en el proceso y una indebida pérdida de tiempo en el subsecuente curso del mismo. En todos los sistemas procesales, la selección preliminar de pruebas se hace de acuerdo con dos criterios básicos: la relevancia de los medios de prueba y las normas que determinan qué pruebas son jurídicamente admisibles.

1. LA RELEVANCIA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

20. *Definición de relevancia.* El concepto de relevancia es esencialmente importante como criterio para la selección de los medios de prueba admisibles. La relevancia es un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos¹. Este estándar es obvio como medio para excluir la adquisición de pruebas que no serían de ninguna utilidad en la adopción de la decisión sobre los hechos en litigio: se aplica en todos los sistemas procesales, aunque algunos de ellos no lo estipulan *expressis verbis* como una condición para la admisibilidad de las pruebas². Dado que la función de las pruebas es ofrecer al juzgador información que pueda ser útil para establecer la verdad de los hechos en litigio, esta conexión lógica es cognitivamente instrumental: «medios de prueba relevantes» son todos aquellos que puedan ofrecer una base cognitiva para establecer la verdad de un hecho en litigio³, es decir, una información sobre tal hecho que sea «superior a cero»⁴.

¹ Véase un panorama general de las teorías modernas de la relevancia en WIKOORE, 1983: L. I. 1004. Cfr. también GRAHAM, 2003: 87; WRIGHT y GRAHAM, 1977-1989: vol. 13, 48.

² Para una perspectiva general de distintos sistemas véase TARUFFO, 1970: 97. También NAGEL, 1967: 123.

³ Véase WIKOORE, 1983: L. I. 1030; TARUFFO, 1970: 54. Entre los sistemas que incluyen disposiciones expresas sobre la relevancia, el sistema estadounidense es de especial interés para la definición de «relevancia»: la regla 401 de las *Federal Rules of Evidence* dice lo siguiente: «son relevantes los medios de prueba que tienden a hacer que la ocurrencia de algún hecho [...] sea más probable, o menos probable, de lo que sería sin los medios de prueba». Véase SAUTZBURG, MARTIN y CARA, 2002: 401-4; LEWERT, GROSS y LEBMAN, 2000: 204; MUELLER y KIRKENTRICK, 2003: 153; GRAHAM, 2003: 87; GIANNELLI, 2003: 106, 108; WRIGHT y GRAHAM, 1977-1989: vol. 22, 9; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 1, 401-6. Se usan también conceptos similares a donde el derecho no los define expresamente. Entre la bibliografía en inglés véase DENNIS, 1999: 44; GROSS y TARUFFO, 1990: 51; en alemán consistense, e. g., MISTRALAK y STRAUER, 1984: 9; ZITOKOM, 1987: § 284, núm. 22; ARENS y LUCE, 1992: 195; JAUSSING, 1991: 180. De la bibliografía austriaca véase FASCHING, 1990: 444; 1959-1974, vol. 3, § 266, núm. 1.

⁴ Cfr. GRAHAM, 2002: 14.

21. *Relevancia lógica.* Dado que la relevancia de los medios de prueba es una condición cuya existencia se verifica al inicio del proceso, y únicamente sobre la base de las alegaciones realizadas por las partes, el problema de si un medio de prueba es o no relevante sólo puede resolverse hipotéticamente⁵. El juez debe asumir — como hipótesis de trabajo — que los medios de prueba ofrecidos lograrán el resultado esperado y previsto por la parte que los presenta al definir su objetivo, esto es, el hecho que espera que demuestre cada medio de prueba específico⁶. Posteriormente, el juez verifica si, partiendo de la suposición de un resultado positivo, el medio de prueba podría ofrecerle información útil para establecer la verdad de un hecho en litigio. Si la conclusión de este razonamiento hipotético es afirmativa, entonces los medios de prueba son relevantes. Si, por el contrario, la adquisición de un medio de prueba parece ser inútil para la determinación de cualquier hecho en litigio, entonces ese medio de prueba no es relevante y no debería ser admitido⁷. La justificación básica del criterio de relevancia es práctica y se funda en normas de economía procesal. Una máxima tradicional dice que *frustra probatur quod probatum non relevat*, subrayando que en los procesos judiciales no debe perderse tiempo, dinero y energía en la adquisición de medios de prueba inútiles⁸.

El concepto de relevancia se basa en una conexión lógica entre el enunciado que expresa el resultado positivo esperado del medio de prueba y un enunciado acerca de la existencia de un hecho litigioso. Si F es el enunciado concerniente a ese hecho y E es el enunciado sobre el supuesto resultado del medio de prueba, la conexión entre ellos puede adoptar tres formas diferentes: 1) F y E no tienen conexión directa ni indirecta, porque versan sobre hechos diferentes y no relacionados. En ese caso, E es claramente inútil para el conocimiento de F. En consecuencia, el medio de prueba considerado no es relevante y no debe ser admitido. 2) F y E versan sobre el mismo hecho y tienen la misma re-

⁵ Véase, principalmente, TARUFFO, 1992a: 339 [trad. cast.: 364]; 1970: 231.

⁶ El juicio sobre la relevancia no se debería vincular con ninguna evaluación acerca del valor probatorio del medio de prueba considerado. La relevancia de un medio de prueba se establece en una etapa preliminar, asumiendo que la adquisición de ese elemento tendrá éxito en demostrar lo que se pretende demostrar. Su valor probatorio se determinará al final del proceso, después de su adquisición real, en el momento en que se tome la decisión final sobre los hechos. Respecto de la distinción entre relevancia y valor probatorio véase WIKOORE, 1983: L. I. 1030; TARUFFO, 1970: 8, 79, 135.

⁷ La inadmisibilidad de los medios de prueba irrelevantes se deriva del principio general de relevancia. En algunos sistemas está establecido expresamente, como, por ejemplo, en la regla 402 de la *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos. Véase SAUTZBURG, MARTIN y CARA, 2002: vol. 1, 401-9; LEWERT, GROSS y LEBMAN, 2000: 204; MUELLER y KIRKENTRICK, 2003: 159; GRAHAM, 2003: 105; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 1, 402-4. El Código Modelo para América Latina tiene una regla similar (art. 134), según la cual se deben excluir las pruebas manifiestamente irrelevantes. Véase también la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículo 283. De LA OLIVA SANTOS y DIEZ-PICAZO GARCENZ, 2000: 291; MONTORO AROCA, 2002: 118, 123.

⁸ Cfr. TARUFFO, 1970: 9, 77, 96, 109; COMODI, 1980: 198.

ferencia empírica. En tal caso, queda claro que E ofrecerá al juez información concierne a la verdad de F y el medio de prueba considerado es relevante para establecer el hecho en litigio. La literatura del *common law* suele utilizar el término «materiality» para indicar este específico caso de relevancia.⁹ F y E no versan sobre el mismo hecho, pero están relacionados indirectamente, porque E versa sobre el hecho F₁ a partir del cual se puede obtener una inferencia para apoyar cierta conclusión acerca de la verdad de F. La conexión básica es entonces entre F₁ (esto es, el resultado del medio de prueba considerado) y F (es decir, el hecho principal que tiene que ser probado). Esta inferencia debería mostrar que, asumiendo F₁, se obtiene una conclusión sobre la verdad de F. Cuando existe tal posibilidad, el elemento de prueba debe ser considerado relevante.¹⁰

22. *El principio de relevancia.* A todos los sistemas procesales les interesa impedir la presentación de elementos de prueba inútiles y redundantes, por lo que todos ellos incorporan disposiciones explícitas o reglas implícitas de acuerdo con las cuales sólo los medios de prueba relevantes pueden ser admitidos (y todos los que no sean relevantes deben ser excluidos en una etapa preliminar del proceso). Existe, pues, una especie de principio general de relevancia en todos los sistemas probatorios. Sin embargo, pueden señalarse algunas diferencias en cuanto al alcance que posee realmente ese principio en función del sistema de que se trate. En todos los sistemas, el principio tiene una función negativa, o excluyente, y opera como una norma según la cual algunos medios de prueba deben ser directamente rechazados: por ejemplo, el artículo 283 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española atribuye a los tribunales la facultad de excluir, de oficio, medios de prueba no relevantes. En algunos sistemas, además, el principio tiene principalmente un significado incluyente, pues establece que todos los medios de prueba relevantes deben ser admitidos.¹¹

La idea de que el principio de relevancia tiene un alcance menor es común en los sistemas procesales europeos, en los que este principio constituye la base para excluir medios de prueba irrelevantes, pero no se aplica como único criterio para decidir qué pruebas deben ser admitidas. En esos sistemas, el verdadero criterio para la admisión de medios de prueba lo suministran las reglas de admisibilidad jurídica, más que el criterio de relevancia lógica. Por el contrario, el alcance mayor o la versión fuerte del principio es claramente reconocido por las *Federal Rules*

of Evidence de Estados Unidos, cuya regla 402 establece lo siguiente: «Todos los elementos de prueba relevantes son admisibles, salvo que se disponga lo contrario...». Está claro que el principio de relevancia funciona aquí como el criterio principal para decidir qué medios de prueba deben ser admitidos: es decir, como un criterio incluyente, de modo que las normas específicas cuyo objeto es excluir ciertos medios de prueba deben ser consideradas como excepciones a ese principio general.¹² La diferencia entre las versiones negativa e incluyente del principio de relevancia puede tener también, más allá de su significado teórico, un efecto práctico: por ejemplo, para decidir si un medio de prueba no regulado por el derecho, pero lógicamente relevante, debe o no debe ser admitido. La versión incluyente del principio debería conducir a responder positivamente esta pregunta, en tanto que la versión negativa puede llevarnos a una conclusión diferente (véase *infra* § 36).

En todo caso, no hay duda de que el principio de relevancia determina la primera condición general para la admisibilidad de las pruebas. Sólo posteriormente es posible someter los medios de prueba que han sido considerados relevantes, y, por consiguiente, dignos de ser admitidos, a otras criterios, *i. e.*, a las normas acerca de la admisibilidad jurídica de las pruebas.

2. ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

23. *Admisibilidad jurídica.* Para poder ser admitidos, los medios de prueba relevantes tienen que ser también admisibles jurídicamente. Esto significa que todo elemento de prueba relevante debe ser observado también bajo el prisma de los criterios jurídicos de admisibilidad. Un medio de prueba relevante puede ser excluido por razones jurídicas, es decir, si una norma jurídica específica prohíbe su admisión. Todos los sistemas procesales incluyen normas sobre la admisibilidad de las pruebas, aunque comúnmente se reconoce que el ámbito de la prueba corresponde a la lógica y la epistemología más que a la reglamentación jurídica.¹³ Las normas sobre la admisibilidad de los medios de prueba varían en función de las diferentes concepciones de la naturaleza de la prueba y de su función en los contextos procesales. Pueden variar también en función de los puntos de vista sobre la protección de los valo-

⁹ Cf. WIGMORE, 1983: t. I, 18; GRAHAM, 2003: 89; ROTHSTEIN, RAUBER y CRUMP, 2003: 60; GIANNELLI, 2003: 106. Sobre la falta de claridad en el significado de «materiality» véanse LEWIS y SATZBERG, 1982: 141; WRIGHT y GRAHAM, 1977-1989: vol. 22, 39.

¹⁰ Acerca del marco inferencial de la relevancia véanse, especialmente, SATZBERG, MARTIN y CARA, 2002: vol. 1, 401-5, 401-25; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 155; WIGMORE, 1983: t. I, 1036, 1071.

¹¹ Véase, en general, TARUFFO, 1992a: 341 [trad. cast.: 368].

¹² Cf. SATZBERG, MARTIN y CARA, 2002: vol. 1, 402-2; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 169; GRAHAM, 2003: 105; GIANNELLI, 2003: 114; WRIGHT y GRAHAM, 1977-1989: vol. 22, 180; ROTHSTEIN, RAUBER y CRUMP, 2003: 61; WIGMORE, 1983: t. I, 667; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 1, 402-4. El origen histórico de este principio se puede encontrar en THAYER, 1909: 266; véase GRAHAM, 2002: 17.

¹³ Véanse, principalmente, TWINING, 1990: 188; TARUFFO, 1992a: 319, 322 [trad. cast.: 345, 348]. Bentham sostuvo que no se debería excluir ningún medio de prueba, excepto para evitar demoras, vejaciones y gastos excesivos; consúltese ALLEN CHRISTOPHER, 1997: 9.

res o los intereses que pudieran colisionar con el principio fundamental según el cual debería permitirse la presentación de todos los medios de prueba relevantes.

Por lo general, tales disposiciones se interpretan como reglas de exclusión, ya que su función principal es determinar cuándo un medio de prueba no debe ser admitido, a pesar de ser relevante. Sin embargo, estas reglas pueden adoptar diferentes formas: por ejemplo, pueden determinar que algunos hechos no deben ser probados o que algunos tipos de pruebas no deben ser utilizadas. En todo caso, para ofrecer una descripción sintética de tales reglas tal vez sea útil seguir la distinción angloamericana entre reglas de exclusión, en el sentido estricto, y privilegios.

El objetivo de esas reglas es impedir la admisión de algunos medios de prueba. La razón de ser de cada regla específica puede radicar en factores muy diversos. Unas veces tienen que ver con la posición particular de las personas involucradas, otras atañen a la materia específica que tiene que ser probada. En ocasiones su propósito es evitar posibles errores y malentendidos en la valoración de medios de prueba específicos y en otras su objetivo es evitar actividades procesales inútiles. En algunos casos, las reglas de exclusión son estrictas y precisas, mientras que en otros se formulan en términos más vagos y generales, de modo que su aplicación real dependerá en buena medida del criterio del tribunal.

24. *Exclusión de testigos.* Entre las reglas de exclusión basadas en la calidad de las personas involucradas están, por ejemplo, aquellas que establecen quién puede ser interrogado como testigo. Los sistemas angloamericanos contienen sólo unas cuantas reglas de este tipo, ya que el principio básico es que cualquiera puede ser escuchado como testigo, incluidas las partes y cualquier otro interesado; sólo quienes carecen de la madurez y la inteligencia necesarias no son considerados como testigos apropiados (véase *infra* § 46). En este sentido, una norma interesante es la contenida en la regla 601 de las *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos: toda persona es competente para ser testigo, a menos que ciertas reglas estatales o federales específicas (véase *infra* § 46) dispongan lo contrario. También en algunos sistemas europeos existen reglas que excluyen tipos particulares de testigos. Por ejemplo, en muchos casos las partes no pueden testificar, puesto que una idea básica es que, precisamente, sólo aquellos que no son parte en la causa pueden ser considerados como testigos; éste es el caso de Francia, Italia y, en algunas medidas, también de Alemania (véase *infra* §§ 45, 49). Algunas veces esta exclusión se lleva al extremo de decir que ni siquiera quienes no son parte, pero pudieran intervenir en el proceso, deberían ser considerados como testigos apropiados; así lo prevé, por ejemplo, el artículo 246 del Código Procesal Civil italiano. En esos sistemas, las partes pueden ser oídas, y es posible que sus respuestas tengan un valor

probatorio, pero no se trata de una declaración testimonial en el sentido ordinario de la palabra (véase *infra* §§ 51-53).

25. *Exclusión del testimonio de oídas o de referencia.* El problema más importante en la regulación angloamericana de la admisibilidad de pruebas testimoniales es la bien conocida *hearsay rule*, que ha sido considerada la «regla más característica del derecho probatorio angloamericano»¹⁴, pero también «un pilar del sistema de reglas de exclusión propio del pasado»¹⁵. Si bien en algunos sistemas de *civil law* existen normas acerca del testigo de referencia, éste se suele admitir, aunque se considera que debe ser valorado con prudencia¹⁶. En otros sistemas de *civil law* se espera que el testigo haga sus declaraciones sobre la base de su conocimiento personal de los hechos, de modo que el testimonio de oídas teóricamente podría ser excluido¹⁷, pero esto no sucede en la práctica y, por ello, el problema no es especialmente relevante.

Sin embargo, no hay duda de que en los sistemas de *common law*, la *hearsay rule* tiene un papel central, como lo confirman los cientos de páginas dedicadas a ella en todos los libros de texto y monografías acerca de la prueba, especialmente en Estados Unidos.

Según la regla 801(c) de las *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos, un testimonio de oídas es una declaración, realizada por un sujeto distinto al autor original de las declaraciones referenciadas, que se ofrece como elemento de prueba para demostrar la verdad de lo afirmado¹⁸. Esta definición es clara sólo en apariencia. En realidad, es el resultado de una historia compleja y confusa tanto en Inglaterra¹⁹ como en Estados Unidos²⁰, y da pie a muchos problemas en torno a su significado apropiado y al ámbito de aplicación preciso de la regla.

La razón de ser básica de la *hearsay rule* es evitar el peligro de que los jurados cometan errores al valorar la fiabilidad de la declaración hecha por una persona que no ha tenido contacto directo alguno con el autor de las declaraciones referenciadas y sin haber oído al autor de és-

¹⁴ Véase LEWISER y SAUTZBURG, 1982: 494, citando a WIGNORE.

¹⁵ Cf. ZUCKERMAN, 2003: 669.

¹⁶ Véase, e. g., el artículo 257 del Código Procesal Civil italiano, según el cual el juez puede ordenar que el testigo original sea interrogado; con ello, la regla permite implícitamente un testimonio indirecto o de oídas. Cf. TARUFFO, 1988: 754; DOWNS, 1997: 46; CAER y TARUFFO, 2002: 777.

¹⁷ Véase el artículo 199 del Código Procesal Civil francés. En Alemania no hay una disposición similar, pero el testigo se suele definir como una persona que habla de los hechos sobre la base de su percepción personal; véase SCHLOSSER, 1983: 271; JAVORSKI, 1991: 192.

¹⁸ En Inglaterra se usa una definición similar, que plantea algunos problemas conceptuales; véase DENNIS, 1999: 304; CROSS y TAPPER, 1990: 42, 540; CURZON, 1986: 227.

¹⁹ Véanse CROSS y TAPPER, 1990: 510; DOWNS, 1979: 101, 121.

²⁰ Sobre la historia de la regla estadounidense consúltese LEWISER, CROSS y LIEBMAN, 2000: 497; DOWNS, 1979: 108.

las durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio²¹. Se puede decir, por consiguiente, que la función principal que se le suele atribuir a la *hearsay rule* es permitir o propiciar que se alcance la verdad²². La su campo de aplicación incluye también conductas no verbales y documentos escritos²³.

Con el tiempo, la regla creció y se desarrollaron un buen número de subreglas que produjeron una gran cantidad de doctrinas y comentarios. La regla básica, cuyo objetivo era excluir de forma general las pruebas de oídas y, en particular, los testigos de oídas, se consideró demasiado estricta, al reducir indebidamente las posibilidades de las partes de presentar medios de prueba relevantes ante el tribunal. En consecuencia, se fueron introduciendo muchas excepciones y las pruebas de oídas resultaron admisibles en muy diversos casos; por ejemplo, cuando el testigo original había fallecido, en caso de confesiones, o cuando no se disponía de pruebas de primera mano. De hecho, son muchos los conflictos que produjo la exclusión estricta de cualquier prueba de segunda mano, y estos conflictos fueron abortados por los tribunales y las leyes. El resultado fue un conjunto extremadamente complejo, compuesto por la regla básica de exclusión y por docenas de excepciones²⁴.

A pesar de las tendencias a favor de una reforma completa de la regla del testigo de referencias, la norma de exclusión básica se ha mantenido en la regla 802 de las *Federal Rules of Evidence*²⁵, que aún dispone la inadmisibilidad de las pruebas de oídas, con las excepciones previstas en las reglas 803, 804 y 807²⁶. En realidad, estas normas no son más que una reformulación de las reglas tradicionales del *common law* acerca de las pruebas de oídas, que fueron reordenadas en alguna medida por los redactores de las *Federal Rules*. Como se ha dicho, las pruebas de oídas se excluyen aún de forma general; a pesar de ello, se consideran admisibles no menos de 23 tipos de declaraciones

²¹ En la literatura general sobre estos temas, cfr. DENNIS, 1999: 508, 511, 515, 518; CROSS BIAN, 2000: 497, 503; KOTHSTEIN, RAIDER y CARA, 2002: vol. 4, 801-12; LEMBERT, GROSS y LE, 2003: 406; WAINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 4, 800-8; FRIEDENHAI, y SINGER, 1985: 74; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 699; LULLY, 1987: 180.

²² Véase, especialmente, FENNER, 2004: 4.

²³ Sobre el alcance de la *hearsay rule* más allá de las pruebas testimoniales, véanse CROSS y ROTHSTEIN, RAIDER y CARA, 2002: 10; GALAMAY, 2003: 387, 2002: 76; GIANNELLI, 2003: 415.

²⁴ Para un detallado análisis de las excepciones a la regla del testigo de referencia véanse, por ejemplo, FENNER, 2004: 129, 279, 343; GIANNELLI, 2003: 451, 483, 491, 513; LEMBERT, GROSS y LERMAN, 2000: 534, 562; ROTHSTEIN, RAIDER y CARA, 2003: 94, 547, 577; GALAMAY, 2003: 436, 439, 443, 497; *id.*, 2002: 103, 123, 182, 195, 203; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 803, 898; LULLY, 1987: 218, 236, 244, 259, 263, 271, 285, 292, 296.

²⁵ Véase SALTZBERG, MARTIN y CARA, 2002: vol. 4, 802-2.

²⁶ Cfr. SALTZBERG, MARTIN y CARA, 2002: vol. 4, 803-4, 804-7, 807-3; DONO, 1979: 224. Véase también *supra* nota 12.

de oídas, aun cuando sea posible encontrar al autor original de las declaraciones para interrogarlo, y las pruebas de oídas pueden ser admitidas en todo caso por el tribunal cuando tienen por objeto hechos principales, si su valor probatorio es particularmente alto y si admitirlas parece apropiado en interés de la justicia. Por otra parte, también se admiten varios tipos de declaraciones de oídas cuando el autor original de las declaraciones no está disponible para ser interrogado como testigo. Si se adopta una perspectiva de conjunto de todas estas excepciones, el campo real de aplicación de la regla de exclusión parece haber quedado reducido sustancialmente. Sin embargo, la tradición del *common law* todavía está presente: se han eliminado muchas complejidades del viejo sistema, pero otras muchas aún perviven.

26. *Las pruebas de oídas en Inglaterra*. En Inglaterra, las cosas son ahora bastante diferentes: el testimonio de oídas en el ámbito del proceso civil se distinguió del testimonio de oídas en el proceso penal y quedó regulado primero por la *Civil Evidence Act* de 1968 y, más recientemente, por la *Civil Evidence Act* que entró en vigor en 1995²⁷. Estas reformas cambiaron de manera sustancial el viejo sistema al establecer la admisibilidad general del testimonio de oídas si el declarante original era competente como testigo y si se notificaba debidamente a la otra parte²⁸. La reforma declara admisibles los testimonios de oídas de primera mano y permite el uso de testimonios de oídas de segunda mano cuando la declaración esté contenida en una grabación. La sección 4 de la *Civil Evidence Act* de 1995 contiene también algunos criterios que el tribunal debe aplicar para valorar la fiabilidad de las pruebas de oídas²⁹. Otras reglas protegen a las partes de la posible sorpresa provocada por la presentación de la declaración de oídas y confieren al tribunal una amplia discrecionalidad para admitir pruebas de oídas³⁰.

27. *Pruebas orales y escritas en el common law*. Un complicado problema acerca de la admisibilidad de las pruebas testimoniales proviene de la existencia, en muchos sistemas jurídicos, de normas que establecen que algunos contratos importantes tienen que ser redactados por escrito como una condición para que adquieran validez jurídica. Surge entonces el problema de determinar qué tipos de medios de prueba pueden utilizarse para demostrar que tales contratos fueron estipulados de una manera válida y para probar los términos precisos de las transacciones involucradas.

En los sistemas de *common law*, la solución tradicional era invocar la *best evidence rule*, referida normalmente sólo a las pruebas documentales.

²⁷ Cfr. ANDREWS, 2003: 725; DENNIS, 1999: 504, 535, 569.

²⁸ Véanse la *Civil Evidence Act* de 1995, sec. 1(2); ANDREWS, 2003: 725; ZUCKERMAN, 2003: 669; DENNIS, 1999: 571, 572.

²⁹ Cfr. ANDREWS, 2003: 727; DENNIS, 1999: 573.

³⁰ Véanse ZUCKERMAN, 2003: 669; ANDREWS, 2003: 727; CROSS y TAPPER, 1990: 540; CURZON, 1986: 227, 229; DONO, 1979: 228.

tales: según esa regla, el contenido de un documento tiene que ser demostrado por medio de medios de prueba «primarios». En consecuencia, cuando una de las partes tiene que probar que se ha realizado un contrato por escrito deberá presentar el documento original.³¹ Por eso, esta regla se conoce también como «regla del escrito original».³² No obstante, de acuerdo con la opinión dominante, la *best evidence rule* ya no es una regla de exclusión estricta: se define simplemente como una «regla de preferencia» que tiene por objeto fomentar el uso de medios de prueba del tipo que sea más adecuado para evitar abusos y fraudes.³³ En realidad, el verdadero campo de aplicación de la regla parece ser muy reducido. Es más, en Inglaterra se ha abandonado³⁴ y en muchos casos se admite el uso de medios de prueba secundarios en lugar de los primarios.³⁵

En el sistema estadounidense la situación es muy parecida. Como regla general, se debe presentar un documento para demostrar los contenidos de una transacción, porque el documento es la «mejor prueba» de ella.³⁶ Sin embargo, con frecuencia se hace caso omiso de esta regla: aunque se prefieren los documentos, se admite cualquier otro de medios de prueba cuando hay una buena razón que justifique que no se presente el documento original. La regla 1004 de las *Federal Rules of Evidence* regula los casos en los cuales la norma general no se aplica y los define en términos muy amplios.³⁷ Hay, pues, solo unas cuantas situaciones en las cuales realmente se exige a una de las partes que presente el documento original, mientras que son muchos los casos en los cuales se pueden usar medios de prueba secundarios, incluido el testimonio oral, para probar la forma y los contenidos del documento original. Además, los contenidos de un documento pueden ser probados mediante prueba testifical o mediante la confesión oral o escrita de la parte contra la que se pudiera haber presentado el documento.³⁸

28. *La parol evidence rule.* En los sistemas de *common law*, el principal problema en relación con las pruebas escritas es establecer cuándo se debe usar un documento escrito en lugar de otros tipos de

pruebas. En Estados Unidos, éste es el campo de aplicación del principio tradicional llamado *parol evidence rule*. Esta regla es muy poco clara y tiene muchos aspectos que han planteado dificultades, entre otras cosas porque a veces se considera como una regla sustantiva más que como un principio probatorio.³⁹ En efecto, esta regla funciona en el ámbito de los medios de prueba, pero está referida a la reglamentación sustantiva de ciertas transacciones que exigen que algunos actos o acuerdos se hagan por escrito. Sin embargo, aun cuando el derecho no lo exija, las partes con frecuencia prefieren elaborar sus contratos por escrito y redactar el documento en términos completos y precisos. En esos casos, la *parol evidence rule* estipula que las pruebas de acuerdos orales previos o contemporáneos son inadmisibles para cambiar, contradecir o enmendar los términos del documento escrito.⁴⁰ La situación se vuelve más compleja cuando el documento no está completo, pues, en tal caso, los medios de prueba orales pueden ser útiles para llenar las lagunas existentes en la prueba escrita y, por lo tanto, deberían ser admitidos.⁴¹ Además, la regla no se aplica a declaraciones «colaterales», aunque es difícil determinar qué declaraciones deben ser consideradas «colaterales». Básicamente, sin embargo, la regla apunta al afianzamiento de la fuerza probatoria del documento: cuando los medios de prueba escritos son los únicos admisibles también son concluyentes acerca de los términos de la transacción registrada en el documento.

En Inglaterra existe un principio similar, a veces denominado de la misma forma. Los medios de prueba «extrínsecos» se consideran de forma general inadmisibles cuando tienen como propósito añadir algo, variar u objetar los términos de un acta de juicio, de una transacción que tiene que hacerse por escrito porque así lo exige el derecho, o de un documento que constituye un contrato válido y en vigor o alguna otra transacción.⁴² Pero la regla tiene diversas excepciones: por ejemplo, no se aplica cuando los medios de prueba extrínsecos pretenden acreditar que el contrato es nulo o no está en vigor, o la verdadera naturaleza de la transacción, o acuerdos colaterales o alguna parte oral del contrato.⁴³ Cuando se aplica la regla general, ésta exige la presentación del documento escrito como la única prueba admisible del contrato, y —excluyendo cualquier otro medio de prueba suplementario o contrastante— apoya la fuerza probatoria concluyente del documento.

29. *Medios de prueba orales y escritos en el civil law.* En los sistemas de *civil law*, el problema del posible conflicto entre medios de

³¹ Consultense Gross y Tapper, 1990: 680; Curzon, 1986: 91; Giannelli, 2003: 391; Leiper, Gross y Liebman, 2000: 1173; Rothstein, Raeder y Culp, 2003: 592; Mueller y Kirkpatrick, 2003: 1068, 1080.

³² Véase, e. g., Graham, 2002: 260.

³³ Véase, principalmente, Leiper y Sautzberg, 1982: 1058, 1060; Mueller y Kirkpatrick, 2003: 1073.

³⁴ Cf. Andrews, 2003: 726.

³⁵ Cf. *ibid.*: 727.

³⁶ Véase la regla 1002 de las *Federal Rules of Evidence*; Sautzberg, Martin y Capra, 2002: vol. 5, 1002-2; Graham, 2003: 573; 2002: 265.

³⁷ Véase Sautzberg, Martin y Capra, 2002: vol. 5, 1004-2; Leiper, Gross y Liebman, 2000: 1178; Giannelli, 2003: 397; Graham, 2003: 596; 2002: 274; Mueller y Kirkpatrick, 2003: 1092; Weinstein y Berger, 1975: vol. 5, 1004-7.

³⁸ Cf. la regla 1007 de las *Federal Rules of Evidence*; Graham, 2003: 593; 2002: 281; Mueller y Kirkpatrick, 2003: 1109; Weinstein y Berger, 1975: vol. 5, 1007-3.

³⁹ Véase, en general, Leiper, Gross y Liebman, 2000: 1183.

⁴⁰ Véase Leiper, Gross y Liebman, 2000: 1073; Rothstein, Raeder y Culp, 2003: 597.

⁴¹ Rothstein, Raeder y Culp, 2003: 598.

⁴² Véase Gross y Tapper, 1990: 606; Curzon, 1986: 98. El término medio de prueba «extrínsecos» se usa en lugar de «pruebas orales» (*parol evidence*), porque la regla se refiere a cualquier medio de prueba no escrito y no sólo al testimonio oral (véase Gross y Tapper, 1990: 605).

⁴³ Véase Gross y Tapper, 1990: 699.

prueba orales y escritos es considerado desde diferentes perspectivas.⁴⁴ En Alemania, por ejemplo, las pruebas documentales son consideradas especialmente fiables y algunos documentos tienen efectos vinculantes (véase *infra* § 58), pero no se excluye ningún medio de prueba en nombre de la exclusividad de las pruebas escritas.⁴⁵ Así, los testimonios son admitidos de forma general, salvo unas pocas excepciones.⁴⁶ Obviamente pueden surgir conflictos entre diferentes medios de prueba, y en algunos casos el derecho muestra una preferencia en favor de la presentación de documentos, pero este problema atañe a la evaluación final de la prueba y no afecta a la admisibilidad de las pruebas orales. Un enfoque similar se encuentra en el sistema español, en el que se admiten las pruebas testificales de modo general y sólo se exigen pruebas documentales en muy pocos y no importantes casos.⁴⁷

La situación, sin embargo, es completamente diferente en los sistemas que siguen el «modelo francés» como, por ejemplo, Italia y Bélgica, además, claro, de Francia. En estos sistemas, el principio tradicional *lettres passent témoin* ha inspirado un conjunto de normas cuyo objeto es excluir las pruebas orales y, en particular, las pruebas testificales de contratos, en muchos casos específicamente regulados por el derecho. En esos casos, sólo se admiten pruebas documentales. Un análisis detallado de todas estas normas supondría una tarea prolongada y relativamente carente de interés; sin embargo, sí merecen ser mencionadas, al menos, las más importantes de esas reglas de exclusión.

Una de estas reglas prohíbe el uso de pruebas orales de contratos en función del valor económico del contrato.⁴⁸ Cuando este límite se actualiza con referencia al valor real de la moneda, como sucede en Francia,⁴⁹ la regla realmente implica una restricción relevante al uso de las pruebas orales. Otra regla prohíbe el uso de pruebas orales cuyo objeto sea demostrar que se han hecho algunas adiciones al texto de un contrato.⁵⁰ Sin embargo, las reglas claramente más importantes tienen por

objeto prohibir el uso de pruebas orales cuando la regulación sustantiva de los contratos señala que un contrato es válido sólo si ha sido redactado por escrito.⁵¹ Otras reglas similares exigen el uso de pruebas escritas incluso para probar la existencia de algunos contratos que son sustantivamente válidos si se estipulan de forma oral, porque la prueba documental se considera más confiable.⁵²

No obstante, el campo de aplicación de estas reglas de exclusión se ve reducido, al menos en cierta medida, por las excepciones establecidas para ciertas situaciones; por ejemplo, si una de las partes no tuviera posibilidad de obtener el documento o cuando el documento ha sido destruido sin que sea culpa de esa parte.⁵³ Además, en Francia y en Italia la orientación prevaleciente de los tribunales es interpretar las reglas de exclusión de una manera claramente restrictiva: por ejemplo, no aplicándolas cuando se alega que el contrato es un hecho histórico más que una fuente de derechos y obligaciones entre las partes, o cuando se tiene que demostrar la voluntad real de las partes.⁵⁴

30. *Prevenición de errores.* Una clase muy importante de reglas de exclusión tiene como propósito evitar los errores y malentendidos que pueden ocurrir cuando el juzgador establece el valor probatorio de algunos medios de prueba específicos. Varias reglas de exclusión angloamericanas se pueden explicar por esta razón, principalmente si consideramos que el típico juzgador de los hechos es un jurado, e incluso en los casos en que deciden únicamente jueces profesionales éstos operan —por así decirlo— «a la sombra del jurado». Por ejemplo, la tradicional *best evidence rule*, en la medida en que todavía se aplica, tiene por objeto evitar problemas en la prueba de los contratos exhibiendo la presentación del documento original (véase *supra* § 27). También la *hearsay rule* pretende excluir la presentación de testimonios cuyo valor probatorio pueda ser incierto y no pueda ser verificado por medio del contrainterrogatorio del testigo original (véase *supra* § 25).

⁴⁴ Sobre la compleja historia de este problema consúltese LEVY, 1963a: 52, 58, 64; GILLESSEN, 1963: 820; VILBERS, 1963: 352.

⁴⁵ Véase, e. g., SCHULSSER, 1983: 274.

⁴⁶ Cfr. el Código Procesal Civil alemán, §§ 90, 164, 314, 395 y 605. También GOTTWALD, 1995: 117; NAGEL, 1967: 283; BACHMAYER, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: §§ 90, 164, 314, 595, 605.

⁴⁷ Véanse MONTORO AROCA, 2000/2: 283; RAMOS MENDEZ, 1990: vol. 1, 598.

⁴⁸ Véanse, por ejemplo, el artículo 1.103 del Código Civil colombiano; FARRERA, 2000: 393. En Italia, el límite no ha sido actualizado desde hace muchos años y ahora es excesivamente bajo. Así que los tribunales usan su facultad discrecional para evitar la aplicación de la regla y para admitir pruebas testificales. Cfr. el artículo 2.721.2 del Código Civil italiano; TARUFFO, 1988: 744; DONNA, 1997: 52; COMOLIO, FIRRI y TARUFFO, 1998: 634; COMOLIO, 2004a: 429.

⁴⁹ Véase el artículo 1.341 del Código Civil francés, reformado en 1980. Véanse BÉGIN, 1996: 91; CHASSAUX, 1981: 3008.

⁵⁰ El sistema francés prohíbe la presentación de pruebas orales de cualquier adición a los contratos (Código Civil francés, art. 1.341). El Código Civil italiano es más flexible; las pruebas orales de adiciones a los contratos sólo se excluyen cuando son anteriores o contemporáneas al contrato (art. 2.722), pero se admiten para adiciones posteriores, a discreción del tribunal (art. 2.723). Véanse TARUFFO, 1988: 744; COMOLIO, FIRRI y TARUFFO, 1998: 634; DONNA, 1997: 54; COMOLIO, 2004a: 433.

⁵¹ Véase de nuevo el Código Civil francés, artículo 1.341, así como GHESTIN y GONABAUX, 1977: 476. Véase también el Código Civil italiano, artículo 2.725, y en especial el artículo 1.350 que exige que los contratos que atañen a la propiedad real se formulen por escrito. Consúltese TARUFFO, 1988: 745; COMOLIO, FIRRI y TARUFFO, 1998: 635; DONNA, 1997: 55; COMOLIO, 2004a: 437.

⁵² Consúltese, por ejemplo, los artículos 1.888 y 1.928 del Código Civil italiano, concernientes a los contratos de seguro, y el artículo 1.967 que atañe a transacciones. Véase COMOLIO, 2004a: 439.

⁵³ Cfr. el Código Civil francés, artículos 1.437 y 1.348; el Código Civil italiano, artículos 2.724 y 2.725. Véanse GHESTIN y GONABAUX, 1977: 484; CHASSAUX, 1981: 3008; TARUFFO, 1988: 745; DONNA, 1997: 55; COMOLIO, 2004a: 437; VERHEIJEN y DEANMART, 1991: 167, 174. En Francia se admite todo tipo de medios de prueba en materia mercantil (art. 109 del Código de Comercio francés); al respecto, véase GHESTIN y GONABAUX, 1977: 483.

⁵⁴ Véanse, e. g., GHESTIN y GONABAUX, 1977: 477, 481; TARUFFO, 1988: 743, 757; COMOLIO, FIRRI y TARUFFO, 1998: 635.

De manera más general y más vaga, la regla 403 de las *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos estipula que los medios de prueba lógicamente relevantes pueden ser excluidos cuando su valor probatorio se vea superado por la posibilidad de que se produzcan «prejuicios injustificados, confusión de resultados o induzca a error al jurado»; es decir, cuando un medio de prueba pueda complicar la decisión sobre los hechos litigiosos.⁵⁵

En cierto sentido, también algunas reglas de exclusión vigentes en los sistemas de *civil law* pueden ser interpretadas como formas de evitar errores en la decisión sobre los hechos. Por ejemplo, las normas que exigen la prueba escrita de un contrato (véase *supra* § 29) pueden entenderse como dirigidas a evitar problemas concernientes a la valoración de las pruebas orales de ese contrato; las reglas que impiden que se interroge como testigos a las partes reales o potenciales (véase *infra* § 51) pueden ser interpretadas como reglas cuyo objetivo es evitar dificultades en la determinación del valor probatorio apropiado de este tipo de medios de prueba.

31. *Evitar pérdidas de tiempo y dinero.* Algunas reglas de exclusión pretenden evitar la adquisición de medios de prueba que pueden conllevar gastos o demoras excesivos. Existen también normas cuyo fin es prevenir actividades procesales inútiles. Un ejemplo interesante de este tipo de normas es la ya mencionada regla 403 de las *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos, que dice que cualquier medio de prueba relevante puede ser excluido cuando exista el riesgo de «demora excesiva, pérdida de tiempo, adquisición innecesaria de pruebas acumulativas».⁵⁶ La justificación «económica» de tal regla es clara, pero plantea el complejo y delicado problema de sopesar, caso por caso, el valor probatorio del elemento de prueba relevante que puede ser excluido con la oportunidad de evitar inconvenientes procesales.

Ahora bien, todos los sistemas incluyen disposiciones que permiten a los tribunales excluir elementos de prueba lógicamente relevantes cuando son acumulativos o redundantes —y, por tanto, innecesarios— y pudieran provocar con ello una excesiva pérdida de tiempo.⁵⁷ A veces se concede a los tribunales poderes discretionales amplios y generales para elegir los medios de prueba relevantes que, según ellos, merezcan ser admitidos.⁵⁸

⁵⁵ Véase un amplio análisis de esta regla en SAITZBERG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 1, 403-8, 403-13, 403-36, 403-42, 403-78, 403-82, 403-94, 403-110, 403-176. Véanse también GRAHAM, 2003: 106; 2002: 21; ROTHSTEIN, RAEDER y GRUPE, 2003: 69; GANNELL, 2003: 117, 118, 121, 122; LEUPERT, GROSS y LEBMAN, 2000: 220; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 171, 175; WRIGHT y GRAHAM, 1977-1989: vol. 22, 273, 286, 293; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 1, 403-15.

⁵⁶ Acerca de los criterios utilizados para aplicar esta regla véase la nota anterior.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 209 del Código Procesal Civil italiano, que permite al tribunal impedir la adquisición de más pruebas cuando éstas serían redundantes con respecto a las ya presentadas. Véase CABRÉ y TARUFFO, 2002: 663.

⁵⁸ Consúltese, por ejemplo, los artículos 147 y 149 del Código Procesal Civil francés. Es-

32. *Privilegios.* Los privilegios probatorios se establecen por reglas o principios que atribuyen a personas específicas la libertad de no aportar algunos medios de prueba, de no revelar materiales o información en su poder o, incluso, el derecho a excluir la posibilidad de obtener información vinculada con una causa.⁵⁹ En general, las justificaciones que subyacen a estas normas son extrínsecas al proceso, aunque puedan afectar el funcionamiento y los resultados de los procesos judiciales, e influir en ellos, simplemente porque impiden el descubrimiento y la presentación de las pruebas relevantes. En realidad, su efecto es «suprimir la verdad».⁶⁰ Las justificaciones mencionadas pueden ser de varios tipos: por ejemplo, pueden estar relacionadas con la protección de tipos especiales de comunicaciones, materiales, datos o información: en tales casos, los intereses protegidos son principalmente la privacidad de algunas personas o el carácter secreto de alguna información profesional o gubernamental. El mecanismo del privilegio funciona cancelando la obligación de una persona de revelar o de dar que otros descubran información, datos o materiales. A tal persona se le permite invocar el privilegio a fin de no revelar ni sacar a la luz la información privilegiada, o para evitar que se descubra, aunque como principio general, y en las condiciones específicamente determinadas por el derecho, una persona puede renunciar a un privilegio que tenga derecho a invocar.

33. *Protección de secretos.* Los sistemas procesales regulan varios privilegios probatorios que se definen de diferentes maneras de acuerdo con distintas normas o medidas relacionadas con la protección de los intereses involucrados. En realidad, la pregunta más importante es cuándo y en qué condiciones la protección de intereses o valores extraprocerales debe prevalecer sobre la búsqueda de la verdad y, por lo tanto, sobre la exigencia de hacer que se presenten efectivamente todas las pruebas relevantes. En general, el interés protegido por un privilegio debe ser especialmente importante,⁶¹ pero este problema se aborda desde distintas perspectivas. En la mayoría de los sistemas de *civil law*, las cuestiones amparadas por un privilegio en los procesos civiles son más bien pocas, aunque hay cierta tendencia a ampliarlas.⁶² La protección de los secretos de Estado y gubernamentales, de secretos profesionales y de la privacidad personal suele ser otorgada por normas que

tas disposiciones confieren al tribunal un poder discrecional general para decidir qué medios de prueba pueden ser suficientes para decidir la causa y para elegir los que sean más simples y menos onerosos. Además, el juez puede cambiar de opinión en el curso del juicio.

⁵⁹ Definiciones generales de *privilege* pueden verse, por ejemplo, en GANNELL, 2003: 537, 540; ROTHSTEIN, RAEDER y GRUPE, 2003: 177; GRAHAM, 2003: 171; WRIGHT y GRAHAM, 1977-1989: vol. 23, 667, 694; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 285; LALLY, 1987: 381.

⁶⁰ Véase GRAHAM, 2003: 171; 2002: 532.

⁶¹ Véase GROSS y TARUFFO, 1990: 417; GRAHAM, 2003: 172; 2002: 532; LEUPERT, GROSS y LEBMAN, 2000: 834.

⁶² Sobre la situación en Alemania, véase MURRAY y STROSSER, 2004: 303.

permiten a los testigos no prestar testimonio sobre cuestiones privilegiadas⁶⁵. En algunos casos, como en Italia, España y Francia, la cuestión no está regulada específicamente en los códigos de procedimiento civil. En Alemania, por el contrario, el § 383 del Código Procesal Civil establece el derecho de un testigo a no ser interrogado en casos en los que esté involucrada la protección de algunos secretos y, especialmente, los secretos de los secretos profesionales⁶⁶. A veces, como en Alemania, no sólo se protegen audiencias no públicas para interrogar a los testigos⁶⁵. Este es un mecanismo interesante dirigido a proteger secretos sin mermar sustancialmente la búsqueda de la verdad.

34. *Los privilegios en el common law.* En los sistemas de *common law*, los *privileges* tienen una gran importancia y están en continuo desarrollo. De hecho, una parte esencial del derecho probatorio está constituida por disposiciones acerca de los privilegios. En el sistema inglés, el privilegio del profesional jurídico es muy importante⁶⁶, pero también se prevén otros varios privilegios, por ejemplo, los concernientes a las comunicaciones confidenciales entre sacerdote y penitente, y entre médico y paciente⁶⁷, y aquellos etiquetados como «inmunidad de interés público»⁶⁸. Además, cualquier prueba puede ser excluida si hay para ello abrumadoras razones de política pública⁶⁹.

Sin embargo, los privilegios probatorios son todavía más importantes en el derecho de Estados Unidos. Después del fracaso de los intentos por codificar la materia en el derecho probatorio federal, el principio general establecido por la regla 501 de las *Federal Rules of Evidence* permite una definición muy amplia de los privilegios por medio de la interpretación de las reglas tradicionales del *common law* y del desarrollo de regulaciones estatales⁷⁰. Esta regla permite tanto la exten-

⁶⁵ Véanse, e. g., el Código Procesal Civil alemán, § 384, par. 3; el Código Procesal Civil francés, artículo 206; el Código Procesal Civil italiano, artículo 249; el Código Modelo de América Latina, artículo 146.2. A veces estas disposiciones remiten, explícita o implícitamente, a otras disposiciones incluidas en los códigos de procedimientos penales, en los códigos sustantivos penales o civiles o, también, en leyes que protegen tipos específicos de intereses.

⁶⁶ Sobre el Código Procesal Civil alemán, § 383, véanse MIRRAY y STRONER, 2004: 296; BACMACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 1; JAUERNG, 1991: 193; ARENS y LÖKE, 1992: 217. Consúltese también STRONER, 1985: 453; BAUMGARTL, 1989: 1. Específicamente en relación con la protección de secretos industriales y comerciales, véase STRONER, 1989: 6, 108, 158.

⁶⁷ Véase el Código Procesal Civil alemán, § 172, par. 2, donde se establecen audiencias no públicas cuando el testimonio es necesario pero involucra secretos profesionales, industriales o tributarios. Véase BAUMGARTL, 1989: 989; STRONER, 1989: 158.

⁶⁸ Véase un análisis general en ANDREWS, 2003: 633. Consúltese también DENNIS, 1999: 306; CROSS y TAPPER, 1990: 428; CURZON, 1986: 153.

⁶⁹ Véase CROSS y TAPPER, 1990: 447.

⁷⁰ Véase ANDREWS, 2003: 693; DENNIS, 1999: 279.

⁷¹ Véase CROSS y TAPPER, 1990: 456; CURZON, 1986: 147.

⁷² La regla 501 dice que el privilegio «... se regirá por los principios del *common law* cuando puedan ser interpretados [...] a la luz de la razón y la experiencia», y remite a las reglas esta-

sión de los privilegios tradicionales, como la creación de nuevos privilegios. Privilegios tradicionales como el gubernamental, los privilegios que se definen por las relaciones entre abogado y cliente, médico y paciente, sacerdote y penitente, y de los conyuges entre sí se han visto reforzados y se ha ampliado su campo de aplicación⁷¹. Un ejemplo importante es el privilegio trabajo-producto que ha sido creado como un caso especial del privilegio abogado-cliente⁷². Estos privilegios están reglamentados en docenas de normas y subnormas que se examinan en cientos de páginas de manuales y tratados sobre el derecho probatorio. Asimismo, al amparo de la regla 501 se han creado muchos privilegios nuevos por parte de los derechos estatales o bien a través de operaciones interpretativas. Entre ellos, los más importantes son los privilegios del periodista, del contable y del trabajador social, pero otros nuevos privilegios, también importantes, protegen a banqueros, corredores de bolsa, hombres de negocios, aseguradoras y muchos otros sujetos cuyas actividades merecen — según la opinión prevalente — mantenerse en la confidencialidad⁷³. Estas tendencias dejan claro que los tribunales y los parlamentos estatales son muy sensibles al problema de los privilegios cuando se involucra la protección de secretos profesionales. En consecuencia, parece que se inclinan a creer que la protección de estos secretos debería predominar sobre el descubrimiento de la verdad en los procesos judiciales.

35. *Los privilegios en las pruebas orales.* Como regla general, un testigo está obligado a comparecer ante el tribunal para ser interrogado a menos que tenga una razón válida para no comparecer o responder algunas preguntas específicas⁷⁴. Sin embargo, el derecho a negarse a prestar testimonio está regulado en todos los sistemas con el fin de proteger intereses y valores como los que subyacen en los secretos y en la privacidad individual. En los sistemas de *common law*, este derecho es la otra cara de los privilegios probatorios: dado que la mayoría de los privilegios están relacionados con asuntos que pueden ser objeto de tes-

tes. Sobre la historia de esta norma y de los intentos fallidos de promulgar una regulación federal de los privilegios, véase SAUTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 2, 501-8; GIANNELLI, 2003: 537; LEIPERT, GROSS y LEBMAN, 2000: 841; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 301; WRIGHT y GRAHAM, 1977-1989: vol. 24, 137, 141; GRAHAM, 2003: 171; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 2, 501-12.

⁷¹ Cf. SAUTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 2, 501-64, 501-79, 501-83, 501-86; GRAHAM, 2003: 175, 178, 2003: 546, 549, 552, 556; LEIPERT, GROSS y LEBMAN, 2000: 843, 913, 928, 941; GIANNELLI, 2003: 573, 583, 595, 601; ROTHSTEIN, RADEB y CRUMP, 2003: 198, 211, 222, 229; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 396, 407; WRIGHT y GRAHAM, 1977-1989: vol. 24, 5, 425; LILLY, 1987: 384.

⁷² Véase, e. g., SAUTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 2, 501-19, 501-93; GIANNELLI, 2003: 549; ROTHSTEIN, RADEB y CRUMP, 2003: 209; LEIPERT, GROSS y LEBMAN, 2000: 913; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 308; GRAHAM, 2002: 537; LILLY, 1987: 446.

⁷³ Véase, especialmente, SAUTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 2, 501-13; WRIGHT y GRAHAM, 1977-1989: vol. 23, 714, 749, 804, 817, 823.

⁷⁴ Consúltese e. g., MIRRAY y STRONER, 2004: 304; MUELLER, 1991: 237; ARENS y LÖKE, 1992: 216; JAUERNG, 1991: 193; FASSING, 1990: 507.

timonios, las pruebas orales constituyen el dominio en el cual surgen y funcionan como protección de la libertad individual del testigo.

La situación es similar en los sistemas de *civil law*, donde el testigo tiene, en algunos casos, el derecho a no ser interrogado. Un ejemplo significativo es el *Verweigerungsrecht* que otorga el § 383 del Código Procesal Civil alemán: es posible que el testigo no sea interrogado si puede apelar a razones personales; esto es, cuando por una relación de parentesco o matrimonio el testigo está vinculado con una de las partes, cuando se dio una información bajo el secreto de confesión en una situación sacerdotil-penitente o cuando el testigo puede hacer referencia a su condición profesional como una razón para no revelar datos e información amparados por un privilegio profesional.⁷⁵ Según el Código Procesal Civil alemán, § 384, un testigo puede negarse a responder preguntas específicas por sus contenidos, cuando éstos atañen a asuntos involucrados en relaciones personales entre el testigo y una de las partes, cuando pueden tener consecuencias penales o negativas de algún otro modo y cuando pudieran afectar un secreto profesional.⁷⁶ Algo similar existe también en otros sistemas de *civil law*, aunque con disposiciones menos detalladas; es el caso, por ejemplo, de Francia⁷⁷ y de Italia.⁷⁸

36. *Admisión de pruebas «atípicas».* Dado que todos los sistemas procesales incluyen un «derecho probatorio» —esto es, un conjunto de normas sobre la admisibilidad de las pruebas—, el problema que puede plantearse es si sólo pueden ser admitidas las pruebas que están específicamente reguladas por el derecho, o bien si todos los medios de prueba deberían ser admitidos, siempre que sean relevantes para establecer la verdad de los hechos objeto de litigio, aunque no estén expresamente regulados por el derecho (*i. e.*, las llamadas pruebas «atípicas»). En teoría, esta cuestión se podría responder fácilmente de acuerdo con el principio de relevancia (véase *supra* apartado 1): dado que todas las pruebas relevantes deben ser admitidas a menos que se establezca algo distinto, y dado que todas las pruebas no reguladas por el derecho no están expresamente excluidas por éste, entonces deben ser admitidas. Sin embargo, las cosas no son tan claras en la práctica, ya que, de hecho, son diversos los sistemas que no aplican la versión inclusiva del principio de relevancia. A veces las dudas se plantean incluso acerca del principio de admisibilidad de cualquier medio de prueba re-

levante y se dice que sólo las pruebas específicamente contempladas por el derecho pueden ser admitidas. En Europa, algunos autores sostienen esta doctrina restrictiva partiendo de la suposición de que el catálogo de medios de prueba contemplados por el derecho debe ser entendido como vinculante y completo, de modo que no se debería admitir ningún medio de prueba «atípico».⁷⁹ Esta doctrina se basa en una concepción de la prueba estrictamente legalista, según la cual sólo el derecho puede determinar que algo es una prueba.

Sin embargo, esta doctrina debe ser rechazada por varias razones. Una de ellas es que si el derecho regula algunos tipos de pruebas, esto no implica que sólo se puedan admitir esos tipos de pruebas. En realidad, el derecho regula algunos rasgos de algunos tipos de pruebas, principalmente en lo que atañe a su admisibilidad y sus métodos de presentación, pero esto no implica que otras pruebas no reguladas tengan que ser consideradas inadmisibles sólo por ese motivo. Si las pruebas son admisibles con base en su relevancia (siempre que no haya ninguna norma jurídica que las excluya), esos medios de prueba atípicos deberían ser admitidos.⁸⁰ Otra razón es que en ningún sistema procesal se dice explícitamente que sólo los medios de pruebas específicamente regulados puedan ser admitidos; por el contrario, algunos códigos procesales admiten explícitamente pruebas no reguladas por el derecho.⁸¹ Por otra parte, hay que tener en cuenta que, en muchos sistemas procesales, la lista de las pruebas reguladas es tan extensa, e incluye tipos tan vagos o generales de pruebas, que cualquier tipo de medio de prueba queda en la práctica admitido. Éste es el caso de las pruebas escritas, que en Italia, en Francia y en Alemania incluyen todo tipo de escritos y, por consiguiente, también documentos extrajudiciales «atípicos».⁸² También es el caso de las pruebas materiales y circunstanciales, cuyo campo de aplicación no se puede determinar de antemano y, por lo tanto, cabe entender que incluye todo tipo de hechos o circunstancias que puedan ser lógicamente relevantes para establecer la verdad de los hechos en litigio (véase *infra* §§ 79-81).⁸³ En términos más generales, otro argumento fuerte y persua-

⁷⁵ Véanse MURRAY y STURNER, 2004: 302, 304; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 384, núm. 1; ZPO-KOMM., 1987: §§ 383-385, núm. 1; JAUERNG, 1991: 193; ARENS y LOKE, 1992: 217; SCHLOSSER, 1983: 271.

⁷⁶ Véanse MURRAY y STURNER, 2004: 302; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 384, núm. 1; ZPO-KOMM., 1987: §§ 383-385, núm. 1.

⁷⁷ Véase el artículo 206 del Código Procesal Civil francés; también VINCENT y GUNCIANO, 2003: 837.

⁷⁸ Véase el artículo 249 del Código Procesal Civil italiano; también CASATI y TARUFFO, 2002: 758.

⁷⁹ Cfr. algunos panoramas generales de las distintas opiniones expresadas en la literatura especializada, para el caso de España, PICO I JINOV, 1996: 174; para Italia, COMODORO, 2004a: 41; TARUFFO, 1992a: 319, 342, 384 [trad. cast.: 345, 368, 411]; COMODORO, FERRI y TARUFFO, 1998: 613; RICCI, 1990; CAVALLONE, 1991: 335, 468; para Alemania, SCHNEIDER, 1987: 20, 318; ARENS y LOKE, 1992: 191; para el caso de Bélgica, VERHELDEN y JEANMAIRE, 1991: 24.

⁸⁰ Véase TARUFFO, 1992a: 344 [trad. cast.: 371]; MONTORO ARCOA, 2002: 110; 2000: 47; MONTORO RAPONO, 2000: 198.

⁸¹ Véase, *e. g.*, el artículo 189 del Código Procesal Penal italiano, el artículo 299.3 del Código Procesal Civil español, el artículo 378 del Código Procesal Civil argentino, el artículo 289 del Código Procesal Civil mexicano y el artículo 332 del Código Procesal Civil brasileño. El Código Modelo de América Latina, en su artículo 136.2, admite medios de prueba no prohibidos, pero sólo cuando son similares a otros que sí están regulados expresamente.

⁸² Véase GRESTIN y GOLIBAUT, 1977: 515; ZPO-KOMM., 1987: § 415, núms. 1-4; JAUERNG, 1991: 178; SCHILLHAUSER, 1982: 301.

⁸³ Las pruebas circunstanciales se definen como inherentemente atípicas en varios sistemas.

sivo que apoya la admisibilidad de medios de prueba «atípicos» es que el derecho a la prueba (véase *infra* § 38) se vería seriamente vulnerado por la exclusión de esos medios de prueba cuando su presentación no está explícitamente prohibida por norma jurídica alguna.⁸⁴

Por lo tanto, la única conclusión fiable es que los medios de prueba «atípicos» son en general admisibles cuando son relevantes.

3. EL DERECHO A PRESENTAR MEDIOS DE PRUEBA RELEVANTES

37. *Prueba y debido proceso.* Durante las últimas décadas, en muchos sistemas los medios de prueba han sido objeto de atención en el contexto de las garantías fundamentales de la justicia civil. La importancia de los problemas que en ese contexto atañen a los medios de prueba deriva de un análisis cuyo objetivo es esclarecer y desarrollar el significado y el campo de aplicación de las disposiciones sobre el debido proceso que se incluyen en casi todas las constituciones modernas. Determinar el contenido efectivo de esos principios constitucionales supone entender cómo se deben implementar, efectivamente, los derechos fundamentales de las partes en el proceso judicial. Según la opinión dominante, el derecho a presentar todas las pruebas relevantes de los derechos y del derecho de defensa, pues la oportunidad de probar los hechos que apoyan las pretensiones de las partes es condición necesaria de la efectividad de tales garantías. Un claro argumento que apoya este principio es que las garantías procesales de las partes serían meramente formales y vacías si se les impidiera presentar todos los medios de prueba relevantes que necesitan para acreditar sus versiones de los hechos en litigio.⁸⁵ Por consiguiente, el derecho a presentar todos los medios de prueba relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso, y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes.

38. *Aspectos del derecho a la prueba.* Aunque hoy en día se acepta en general que se debe reconocer el derecho de las partes a la prueba para que el derecho al debido proceso sea efectivo, las cosas son mucho menos claras cuando se pasa de la formulación de un principio

muy general a su aplicación específica. Efectivamente, aun en sistemas en los que el derecho a la prueba se reconoce como un aspecto esencial de las garantías constitucionales de las partes hay dificultades importantes en lo que atañe a su aplicación. Con el fin de entender este punto, vale la pena aclarar el significado del derecho a la prueba.

En el terreno de la admisión de pruebas, que las partes tengan el derecho a probar un hecho significa que tienen la facultad de presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para apoyar su versión de los hechos en litigio. Para la parte que alega un hecho, esto significa que debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas con las que cuente; para la parte contraria, supone que debe tener la oportunidad de presentar todas las pruebas contrarias o negativas de que disponga en relación con esos hechos.⁸⁶ Desde el punto de vista de las normas relativas a la admisión de pruebas, este problema se debe resolver invocando simplemente al principio de relevancia (véase *supra* apartado 1): deben ser admitidas todas las pruebas positivas y negativas o contrarias relevantes. Las partes no pueden pretender que se admitan pruebas irrelevantes, pero se les debería permitir presentar cualquier medio de prueba relevante.⁸⁷

Si el criterio de admisión de las pruebas fuera únicamente el de relevancia no surgiría problema alguno con el derecho al debido proceso. Por el contrario, como hemos visto (véase *supra* apartado 2), existen varias reglas de exclusión, así como privilegios, que impiden a las partes presentar un amplio abanico de medios de prueba. Desde un punto de vista general, esas reglas están en conflicto con un desarrollo integral del derecho a la prueba, por la sencilla razón de que su función es impedir la presentación de algunos medios de prueba relevantes. Esta es una cuestión compleja, dado que las reglas de exclusión y las que establecen privilegios tienen, en ocasiones, como razón de ser la protección de valores e intereses judiciales o extrajudiciales.

39. *Conflicto de valores.* Este conflicto puede presentar diferentes tramas. Por ejemplo, algunas de las reglas que excluyen la presentación de pruebas relevantes pueden tener el objetivo de evitar errores y malentendidos de parte del juzgador (véase *supra* § 33). En otros casos, es posible que la exclusión de pruebas tenga como propósito evitar prejuicios o pérdidas de tiempo (véase *supra* § 34). En estos casos, el conflicto se da entre diferentes valores relacionados con el proceso: la búsqueda de la verdad, por un lado, y la necesidad de tener un proceso imparcial, eficiente y preciso, por el otro. Sin embargo, dado que el derecho a la prueba tiene rango constitucional (véase *supra* § 38), de-

Véanse, por ejemplo, GRESTIN y GOUBEAUX, 1977: 531; VINCENT y GINCHARD, 2003: 916; ZOLLER, 2002: § 286, núm. 9; MUSIELAC, 1975: 243; TARUFFO, 1992a: 377 [trad. cast.: 403]; *id.*, 1973: 389.

⁸⁴ Véase PICÓ I JUNY, 1996: 178.

⁸⁵ Véase una discusión extensa del tema en PICÓ I JUNY, 1996. Cf. también PERROT, 1983: 74; KILMANSORCH, 1996: 96; FARRÉGA, 2000: 43; VILLAMI PORTILLA, 1999: 61; CAMBI, 2001; VERHEIJEN y JEANMART, 1991: 30.

⁸⁶ Considélese especialmente, PICÓ I JUNY, 1996: 21; TARUFFO, 1984: 74; HINOSTROZA MINOZZI, 2000: 59; VILLAMI PORTILLA 1999: 62.

⁸⁷ Véase PICÓ I JUNY, 1996: 43; TARUFFO, 1984: 74, 78; WALTER, 1991: 1192.

beríamos inclinarnos a concluir que tiene que encontrarse un equilibrio favorable a la admisión de todas las pruebas relevantes de las que dispongan las partes, ya que otras razones procesales no deberían afectar el derecho fundamental de éstas a la prueba, y mucho menos anularlo. Sin embargo, por desgracia suele suceder, o puede suceder, que una de las partes no tenga la posibilidad de presentar algunas pruebas relevantes porque el tribunal considere que deben prevalecer razones procesales diferentes u opuestas.⁸⁸

En muchos otros casos, como hemos visto (véase *supra* § 36), se sacrifican el derecho a presentar pruebas relevantes en favor de la protección de valores o intereses extraprocesales, como ocurre en el caso de los privilegios profesionales o comerciales. Este tipo de conflicto es más complejo porque un derecho procesal fundamental, como lo es el derecho a la prueba, tiene que ser ponderado con derechos o intereses pertenecientes a otras áreas del sistema jurídico. Además, a veces estos derechos también son considerados «fundamentales» porque se dirigen a la protección de intereses individuales básicos o de valores públicos importantes. No obstante, en aras de la aplicación efectiva de los derechos procesales fundamentales, las situaciones en las que prevalezca un derecho de interés extrajudicial — afectando o incluso anulando el derecho a la prueba — deberían reducirse a unos pocos casos especialmente importantes: en general, sólo la protección de otro derecho constitucional o fundamental más importante podría justificar — tras la debida consideración por parte del tribunal — que se sacrificara el derecho a la prueba. Siempre que sea posible se deberían establecer mecanismos específicos con el fin de proteger secretos relevantes sin eliminar los derechos procesales de las partes y los principales valores vinculados con la búsqueda de la verdad.

CAPÍTULO III

TIPOS DE PRUEBAS

40. *Verdades y tipologías.* Los medios de prueba son un fenómeno multifacético cuya naturaleza y definición varían de acuerdo con distintos factores históricos, culturales y jurídicos. Los sistemas probatorios han sufrido cambios profundos desde la época de los romanos¹; asimismo, las diferentes asunciones culturales acerca del conocimiento, la verdad y la función de las decisiones judiciales han tenido una fuerte influencia en las concepciones de la prueba.² Y en ese contexto, un factor adicional de complejidad y diferenciación es que son muchas las cosas que se pueden usar como fuentes de prueba. Según la interpretación dominante del principio de relevancia, cualquier cosa que tenga algún significado o cierta utilidad en la búsqueda de la verdad sobre los hechos litigiosos puede ser usada — al menos en principio — como un medio de prueba (véase *supra* § 20). No debe sorprender, pues, que en la larga historia de las pruebas se hayan hecho muchos intentos por poner cierto orden en un terreno tan complejo y por idear algunas formas de clasificar sus casos más importantes. En cierto sentido, la historia de la prueba es la historia de los conceptos y las distinciones usados para definir y analizar los diferentes tipos posibles de pruebas, tomando como base sus rasgos distintivos.³ Y también actualmente son diversas las tipologías utilizadas para esbozar una imagen detallada del amplio campo de los llamados «medios de

¹ Consultense los ensayos reunidos en *La Prueba. Recueil de la Société Jean Bodin*, 1963: vol. 17.

² Véase *supra* §§ 1-7. Cfr. también DEENT, 1971: 79.

³ Véase, especialmente, LEVY, 1981: 27; 1963b: 148.

⁸⁸ Véanse PROI JENOV, 1996: 188; WALTER, 1991; 1999; TARUFFO, 1984: 81.

pruebas»⁴. Por ello no es necesario elaborar aquí una clasificación sistemática: además de ser una tarea interminable, ésta resultaría poco interesante. Sin embargo, sí deben tomarse en consideración algunas distinciones básicas.

41. *Pruebas directas e indirectas.* Una distinción muy importante, que para Jeremy BENTHAM era la única significativa⁵, es la que se da entre pruebas directas e indirectas — o circunstanciales —. Esta distinción está presente en todos los sistemas probatorios, aunque se usan varias expresiones para formularla: en el *common law* se habla de *direct* (o *material*) y de *circumstantial evidence*; en Austria y Alemania, de *mittelbarer* y *unmittelbarer Beweiss*; en Francia, de *preuve directe* e *indirecte*; en Italia, de *prova diretta* e *indiretta*; en España, de *prueba directa* e *indirecta*, etcétera⁶. El elemento esencial de esta distinción es la conexión entre los hechos principales en litigio y el hecho que constituye el objeto material inmediato del medio de prueba. Cuando los dos enunciados (véase *supra* § 5) tienen que ver con el mismo hecho, las pruebas son directas, puesto que añaden directamente a un hecho relevante o principal: el enunciado acerca de ese hecho es el objeto inmediato de la prueba. Cuando, por el contrario, los medios de prueba versan sobre un enunciado acerca de un hecho diferente, a partir del cual se puede extraer razonablemente una inferencia acerca de un hecho relevante, entonces las pruebas son indirectas o circunstanciales. En este caso, en realidad, las pruebas ofrecen al juzgador información que sólo podrá utilizar como premisa de una inferencia que tenga como conclusión un hecho relevante del caso. Esta es una distinción funcional: no se basa en ningún aspecto que pueda ser considerado «inherente» a la naturaleza de las pruebas; depende, más bien, de la conexión entre las pruebas y los hechos litigiosos. En consecuencia, cualquier medio de prueba puede ser indirecto cuando tiene que ver con aspectos circunstanciales más que con un hecho principal, como en el caso de un testigo que habla de hechos circunstanciales que rodean a los hechos principales de la causa. Sin embargo, algunos medios de prueba sólo pueden ser

⁴ Véase, por ejemplo, DEVIS ECHANDIA, 1970: vol. 1, 519, 549, que utiliza, sin pretensión de exhaustividad, no menos de once criterios de distinción diferentes. Véase también, para tipologías diferentes, los ensayos reunidos en *La Preuve, Recueils de la Société Jean Bodin*, 1963: vols. 16-19.

⁵ BENTHAM usó una tipología basada en ocho distinciones, pero subrayó que la única diferencia real es entre pruebas directas e indirectas; véase BENTHAM, 1823: vol. 1, 24, 32.

⁶ Véase, e. g., CROSS y TAPPIN, 1990: 18; CURZON, 1986: 16; LEPPER y SAUTZBAUR, 1982: 142; LULY, 1987: 43; JACOBSON, 1991: 176; SCHLOSSER, 1983: 265; BACHMANN, LATTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 284, nims. 15-16; GIBERTIN y GOUDEAUX, 1977: 448; VERBETKEN y JEANMART, 1991: 115; TARUFFO, 1992a: 426 [trad. cast.: 453]; COMOLATO, FERRI y TARUFFO, 1998: 611; FAUCON, 2003: vol. 1, 28; KILKMANOVICH, 1996: 24; DEVIS ECHANDIA, 1970: 519; RAMOS MENDEZ, 1990: vol. 1, 535. En Alemania y Austria existe una distinción equivalente entre *unmittelbarer Beweiss* e *Indizienbeweiss*; véase AEBIS y LÖKE, 1992: 193; MUSIELAK, 1975: 243; FASCHING, 1990: 430.

indirectos porque añaden exclusivamente a posibles premisas de inferencias relacionadas con un hecho principal, como en el caso de la *Indizienbeweiss* o de las *présomptions de l'homme*⁷.

42. *Pruebas positivas y pruebas negativas.* Vale la pena mencionar también la distinción entre pruebas positivas y pruebas negativas (*contrapuebas*). Esta distinción también es funcional, pues se basa en la relación entre los medios de prueba y el hecho que tiene que ser probado. Una prueba positiva tiene por objeto demostrar la verdad de un enunciado fáctico. Una prueba negativa o contrapueba tiende a demostrar que un enunciado fáctico es falso, es decir, que el hecho no sucedió. En algunos sistemas probatorios se establece específicamente esta distinción; por ejemplo, en términos de *positive* y *negative evidence*, en Estados Unidos; de *Hauptbeweis* y *Gegenbeweis*, en Alemania y Austria⁸; de *prova positiva* (o *directa*) y *prova negativa* (o *contraria*), en Italia⁹; y de *prueba de cargo* o *prueba de descargo* (o *contrapueba*) en España¹⁰.

43. *Otros tipos de medios de prueba.* Otra distinción usual se basa en rasgos extrínsecos de los elementos de prueba considerados. Por ejemplo, se suele hablar de pruebas orales en referencia a cualquier tipo de pruebas que consistan en declaraciones realizadas oralmente por testigos, por las partes o por peritos que presten su testimonio (véase *infra* apartado 1). Por su parte, las pruebas escritas o documentales abarcan cualquier medio de prueba consistente en papeles escritos o materiales equivalentes en los que se expresen enunciados o declaraciones: acerca de los hechos en litigio. Finalmente, las pruebas circunstanciales abarcan cualquier cosa o suceso que pueda ser relevante, en general como premisa de argumentos inferenciales, para obtener conclusiones acerca de un hecho objeto de litigio. Este grupo de distinciones es bastante superficial e incompleto, y no se puede aplicar de la misma manera en todos los sistemas probatorios, ya que algunos elementos de prueba pueden incluirse en uno u otro tipo de pruebas dependiendo de cómo se definan en cada sistema específico. No obstante, estas distinciones pueden resultar útiles para captar intuitivamente algunos rasgos importantes de los principales tipos de medios de prueba.

⁷ Para una discusión más amplia sobre este tema véase TARUFFO, 1992a: 430 [trad. cast.: 457].

⁸ Véase, por ejemplo, SCHLOSSER, 1983: 268; BACHMANN, LATTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 284, nims. 11-12; JAUERHIN, 1991: 176; MUSIELAK, 1975: 242; ZRO-KOWAL, 1987: 794; AEBIS y LÖKE, 1992: 193; FASCHING, 1990: 427.

⁹ Cf. TARUFFO, 1992a: 432 [trad. cast.: 459]; COMOLATO, FERRI y TARUFFO, 1998: 611.

¹⁰ Véase DEVIS ECHANDIA, 1970: 528; RAMOS MENDEZ, 1990: vol. 1, 535.

1. PRUEBAS ORALES

44. *El ámbito de las pruebas orales.* En la categoría de las pruebas orales se suelen incluir varios tipos de medios de prueba. Todos ellos tienen en común el aspecto de que consisten en declaraciones orales hechas — en general, aunque no necesariamente, en respuesta a preguntas formuladas en el curso de un interrogatorio *ad hoc* — por una persona que supuestamente sabe algo que puede ser útil para establecer la verdad de los hechos en disputa. Sin embargo, de las características específicas de las personas que hacen tales declaraciones, de su conexión personal con las partes o con el objeto de su declaración se derivan importantes diferencias. Por ello es necesaria una distinción adicional dentro del ámbito general de las pruebas orales, dependiendo de si éstas son ofrecidas por los testigos, por las partes o por peritos. Vale la pena subrayar, en todo caso, que esta distinción no tiene el mismo significado en todos los sistemas procesales. Las partes pueden ser interrogadas como testigos en los sistemas de *common law*, pero normalmente esto no es posible en los sistemas de *civil law*; en los que pueden ser oídas de varias maneras aunque no propiamente como testigos (véase *infra* § 51). Los peritos son, en general, interrogados oralmente en los sistemas de *common law*, donde se les denomina «testigos expertos», por la sencilla razón de que son oídos como testigos, mientras que, en los sistemas de *civil law*, los peritos suelen entregar un documento escrito al tribunal y, si se les escucha, no es como testigos en sentido propio (véase *infra* apartado 4, §§ 73-75). Ahora bien, la distinción entre testigos, partes y peritos puede resultar útil para poner cierto orden en lo que sigue.

45. *Testigos.* En todos los sistemas procesales, un testigo (o *Zeuge, témoin, testimone* o *witness*) es una persona de quien se supone que sabe algo relevante sobre los hechos del caso y a quien se interroga bajo juramento con el fin de saber lo que ella conoce sobre tales hechos¹¹. Según la tradición histórica, un importante rasgo distintivo de un testigo era que no podía ser parte en el proceso en el cual se le estaba interrogando como testigo¹². Este principio todavía está presente en la mayoría de los sistemas de *civil law*, aunque existen algunas tendencias a borrar la distinción entre quien es parte y quien no lo es en el contexto de las pruebas orales (véase *infra* § 52). En los sistemas de *common law*, por el contrario, se permite que todas las partes sean interrogadas como testigos en apoyo de sus propias causas (véase *infra* § 51).

¹¹ Para referencias a varios sistemas probatorios, véanse los ensayos reunidos en SAVI, 1995. Véase también KIELMANOVICH, 1996, 127.

¹² Acerca de la historia del testimonio véanse LEVY, 1963a: 49; GRUSSEN, 1963: 800; KIELMANOVICH, 1996: 119.

Para que pueda ser útil como fuente de declaraciones fiables, un testigo debe ser competente y creíble¹³. Este parece un requisito muy obvio para una persona que se supone que dice la verdad, que normalmente jura decir la verdad y que emite declaraciones que pueden ser usadas como medios de prueba para hallar la verdad sobre los hechos en disputa. Por lo tanto, se suele suponer que los testigos son creíbles, aunque todos los sistemas tienen mecanismos cuyo objeto es controlar la competencia y la credibilidad de los testigos e identificar testimonios no fidedignos.

46. *Características de los testigos.* Un primer tipo de mecanismos cuyo propósito es verificar la fiabilidad de los testimonios tiene que ver con la persona del testigo. Un criterio importante es la edad: normalmente los niños (en general los menores de catorce años — o incluso de dieciocho —) pueden ser interrogados como testigos cuando se considera necesario, pero no juran decir la verdad: el tribunal debe controlar cuidadosamente el interrogatorio al que se los somete y su testimonio puede ser excluido o interrumpido cuando pueda producir una situación embarazosa. Hay que agregar que el testimonio de los niños necesita ser valorado con cuidado¹⁴.

Otro mecanismo importante tiene que ver con la capacidad mental del testigo. El testimonio de una persona con deficiencia mental no es necesariamente inadmisibile en cuanto tal, pero la falta de capacidades mentales plantea serios problemas en relación con la fiabilidad del testimonio ofrecido por esa persona¹⁵. En cualquier caso, la persona que declara como testigo debería ser capaz de observar, registrar, re-

¹³ Véanse, por ejemplo, la regla 601 de las *Federal Rules of Evidence* de los Estados Unidos; GRAHAM, 2003: 182; 2002: 28; LEWISER, GROSS y LIBMAN, 2000: 132; GIANNELLI, 2003: 211; MUELLER y KIRKSVICK, 2003: 419; SALTZBERG, MARTIN y CARPA, 2003: vol. 3, 601-3; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 3, 601-10. El mismo principio existe en otros sistemas; cf., por ejemplo, MURRAY y STRUBER, 2004: 273; JAEGERSON, 1991: 192; SCHLOSSER, 1983: 271; el artículo 205 del Código Procesal Civil francés; MAZZEALD, MAZZEALD y CHAVARRA, 2000: vol. 1, 1, 61-7; BREIDEN, 1995: 82.

¹⁴ En general, acerca del testimonio infantil en los distintos sistemas, véanse ZUCKERMAN, 2003: 667; DENNIS, 1999: 419, 423; CROSS y TAPPER, 1990: 206; CURZON, 1986: 31; GIANNELLI, 2003: 214; MUELLER y KIRKSVICK, 2003: 423; GRAHAM, 2002: 33; SCHLOSSER, 1983: 271; JAEGERSON, 1991: 192; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 836; BREIDEN, 1995: 83; TARUFFO, 1988: 740; KIELMANOVICH, 1996: 147. Véase también la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículo 365.2. De la OLIVA SANTOS y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 318; MONTORO ARCOA, 2000: 289; GÓMEZ CALZADILLA, 2000: 253; FALCÓN, 2003: vol. 2, 256, 322; Código Modelo de América Latina, artículo 145; Código Procesal Civil brasileño, artículo 405.1.

¹⁵ Véanse, por ejemplo, GRAHAM, 2003: 186; 2002: 31; SALTZBERG, MARTIN y CARPA, 2002: vol. 3, 601-15; MUELLER y KIRKSVICK, 2003: 421; GIANNELLI, 2003: 213; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 3, 601-23; ANDREWS, 2003: 730; ZUCKERMAN, 2003: 667; DENNIS, 1999: 424; CROSS y TAPPER, 1990: 209; BREIDEN, 1995: 83; SCHLOSSER, 1983: 271; JAEGERSON, 1991: 192; ARENS y LUKKE, 1992: 216; De la OLIVA SANTOS y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 318; MONTORO ARCOA, 2000: 289; GÓMEZ CALZADILLA, 2000: 253; FALCÓN, 2003: vol. 2, 256, 322; Código Modelo de América Latina, artículo 145; Código Procesal Civil brasileño, artículo 405.1.

condar y reconstruir hechos, así como de entender la obligación de decir la verdad¹⁶.

47. *Interés de los testigos.* Otro criterio importante se basa en el interés que el testigo pueda tener en el desarrollo o en el resultado final de la causa. En realidad, los sistemas más modernos no consideran el interés del testigo en la causa como una razón para excluir su testimonio. Por lo general, un testigo con algún interés puede ser interrogado y su interés será tomado en cuenta como un factor relevante en la valoración de su credibilidad¹⁷. Sólo en el caso de Italia, un testigo con cierto interés en la causa sobre cuya base pudiera intervenir en el proceso es considerado no competente para testificar y, por lo tanto, se tiene que excluir su testimonio¹⁸.

48. *Testigos incompetentes.* Aparte del caso de Italia, en general sólo hay unas cuantas situaciones en las cuales un testigo es calificado como incompetente, y por consiguiente no puede ser interrogado. Las más importantes de estas situaciones tienen que ver con algunas consecuencias de las condenas penales¹⁹ y con el hecho de que el testigo haya estado previamente relacionado con la causa en calidad de juez, como miembro del jurado o como empleado del tribunal²⁰.

49. *Impugnación de los testigos.* Aunque un testigo sea competente, su credibilidad puede ser impugnada. Desde luego, hay muchas circunstancias y factores relacionados con la persona del testigo, entre ellos, su interés en la causa, pero también su conexión personal o laboral con las partes, sus condiciones físicas y mentales, sus prejuicios, carácter y comportamiento, y cualquier otra circunstancia relevante que el juzgador del hecho puede tomar en cuenta cuando evalúa la credibilidad del testigo para decidir sobre la fiabilidad de su testimonio. Dada la importancia de este aspecto de las pruebas testificales, todos los sistemas permiten a las partes impugnar la credibilidad de un testigo a partir de cualquiera de las circunstancias que puedan afectar a su credibilidad, mostrando las razones de la impugnación y presentando pruebas de tales circunstancias. En la mayoría de los sistemas de *civil law* es posible

¹⁶ Sobre la psicología del testimonio y los problemas relacionados con la forma en que se recuerdan los hechos véase *infra* parte V, n. 2.

¹⁷ Véanse, e. g., GRAHAM, 2003: 218; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 3, 601-17; GIANNICHAIO, 2003: 214; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 469; CROSS y TAPPER, 1990: 203; VINCENT y GUNFALCON, 2003: 774; JAUERBERG, 1991: 192; AERENS y LERE, 1992: 216; KRAMAROVICH, 1996: 253; FALCON, 2003: vol. 2, 258.

¹⁸ Véase el artículo 246 del Código Procesal Civil italiano; también TARUFFO, 1988: 736; COMODARO, FERRI y TARUFFO, 1998: 633; COMODARO, 2004a: 442.

¹⁹ Véanse, e. g., MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 491; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 3, 601-16; CROSS y TAPPER, 1990: 202, 315; VINCENT y GIANNICHAIO, 2003: 837.

²⁰ Véanse las reglas 605 y 606 de las *Federal Rules of Evidence*; GRAHAM, 2003: 196, 2002: 39, 40; SAITZBERG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 3, 605-2, 606-3, 606-13; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 434, 441; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 3, 601-35, 605-3, 606-13. Cf. también SCHLOSSER, 1983: 271; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 373, núms. 10-23.

hacerlo, pero no hay ninguna reglamentación especial de esta situación. En España, la «facha de los testigos» todavía está presente en el Código Procesal vigente como parte de una tradición histórica²¹. En los sistemas *common law*, la impugnación de un testigo parece ser mucho más importante y, por ejemplo, en Estados Unidos se regula específicamente en las reglas 607-610 de las *Federal Rules of Evidence*²². Si la impugnación de un testigo tiene éxito — como quiera que se haya hecho —, la consecuencia es que la credibilidad del testigo queda desvirtuada y, por ende, el valor probatorio de su testimonio tal vez se reduzca a cero.

50. *Testimonios escritos.* En todos los sistemas jurídicos, el testimonio es una especie de *idealtypus* de las pruebas orales. Sin embargo, la evolución reciente de algunos sistemas incluye la tendencia a admitir la presentación de testimonios por escrito. Estas tendencias pueden ser explicadas por la inclinación a ahorrar tiempo y dinero en la presentación de testimonios; cuando es fácil contactar al testigo para un interrogatorio oral, el testimonio se presentará oralmente, pero en muchos casos puede ser ventajoso presentarlo por escrito.

En los sistemas de *common law*, los testimonios escritos se usan con mayor frecuencia en la etapa preliminar al juicio, durante la fase de *discovery*. En Inglaterra se han aprobado en las últimas décadas diversas disposiciones que introducen cambios importantes en el ámbito del testimonio escrito. En la actualidad, se admiten normalmente las declaraciones escritas de los testigos y el interrogatorio oral de los testigos en el juicio, por lo general, se limita a un contrainterrogatorio sobre el contenido de sus declaraciones realizadas en la fase preliminar del juicio²³. El intercambio de declaraciones por escrito en esa fase se ha convertido, por ello, en la forma habitual de presentar testimonios en el sistema inglés²⁴.

En Estados Unidos, el *discovery* es más complejo y de más largo alcance, e incluye también un interrogatorio oral preliminar de los posibles testigos. El *discovery* incluye también deposiciones obtenidas por medio de preguntas y respuestas escritas, así como interrogatorios escritos

²¹ Véase la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículos 376 y 377; MONTERO AROCA, 2000: 293; DE LA OLIVA SANFOS y DIEZ-PECAZO GOMEZ, 2000: 377; GÓMEZ COLmener, 2000: 256. El sistema tradicional francés del *reproche*, que fue bastante común en Europa, ha sido abolido por los códigos procesales más modernos. El Código Procesal brasileño, artículo 405.3, regula algunos tipos de testigos «sospechosos», incluidos aquellos que pueden tener un interés personal en la causa.

²² Véanse GRAHAM, 2003: 203, 222, 233, 252; LEVAPERT, GROSS y LEBMAN, 2000: 381; SAITZBERG, MARTIN y CAPRA, 2002: 607-3, 609-6, 610-2; GIANNICHAIO, 2003: 249; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 3, 696-7, 609-46, 610-2; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 464. Véanse reglas similares en Inglaterra en DENNIS, 1999: 9.

²³ Véanse ZUCKERMAN, 2003: 600, 601; DENNIS, 1999: 370.

²⁴ Véanse ZUCKERMAN, 2003: 603; DENNIS, 1999: 370; CROSS y TAPPER, 1990: 261; CUNZON, 1986: 41.

de las partes²⁵. Estas deposiciones e interrogatorios por escrito pueden usarse en el juicio o en cualquier otra situación y para cualquier propósito²⁶. Sin embargo, normalmente las deposiciones escritas se usan para obtener información de rutina y la confirmación de documentos, más que como un sustituto real del interrogatorio oral de los testigos²⁷.

La tendencia a admitir algunas formas de testimonios escritos surge también en sistemas de *civil law*, como los de Francia, Alemania y España. En 1976, el *Code de procédure civile* de Francia introdujo una importante reforma en materia de pruebas testificales y admitió que el testimonio puede ser recibido por el tribunal a través de dos procedimientos diferentes pero equivalentes (véase el art. 199): el interrogatorio oral de los testigos, llamado *enquête*, y la presentación de *attestations*, es decir, *affidavits* o declaraciones juradas que ofrece un testigo por escrito sobre un hecho en litigio²⁸. La *attestation* puede ser presentada por una de las partes o puede ser ordenada de oficio por el tribunal. Debe ser otorgada por un testigo competente que conozca los hechos de primera mano; en ella se debe identificar e incluir información útil acerca del declarante y tiene que estar firmada por él. A pesar de ello, el tribunal puede decidir que el testigo sea interrogado oralmente²⁹.

En Alemania, la *Zivilprozessordnung*, § 377, apartado 3, establece la posibilidad de prestar testimonio por escrito después de la reforma aprobada en 1990. El tribunal, a su criterio y considerando el asunto a probar y la persona del testigo, puede ordenar que el testimonio sea rendido por medio de respuestas escritas. Sin embargo, siempre es posible ordenar un interrogatorio oral³⁰. En España, los testimonios escritos, llamados «informes», se admiten y están regulados especialmente por los artículos 265.1, 380 y 381 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*³¹. En otros países con sistemas de *civil law* no hay disposiciones expresas que admitan *affidavits* o testimonios por escrito. No obstante, debe considerarse que esos documentos escritos acerca de los hechos en litigio pueden presentarse como documentos «atípicos», según el punto de vista dominante, que admite tales tipos de medios de prueba (véase su-

²⁵ Véanse las reglas 30 y 33 de las *Federal Rules of Civil Procedure*. Véanse también WRIGHT y MILLER, 1969-1986; vol. 8, 361, 481; JAMES, HAZARD y LEIBSOOFE, 1997: 240, 242; FRIEDBERG, KANE y MILLER, 1985: 395, 398, 399; COVET, FISS y RESNIK, 1988: 826.

²⁶ Véase la regla 32.a) de las *Federal Rules of Civil Procedure*; WRIGHT y MILLER, 1969-1986; vol. 8, 449; JAMES, HAZARD y LEIBSOOFE, 1997: 240.

²⁷ Cf. JAMES, HAZARD y LEIBSOOFE, 1997: 241; FRIEDBERG, KANE y MILLER, 1985: 399.

²⁸ Véase MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 618; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 831; CABRET, 2000: 529; BLANC, 1974: 54, 56.

²⁹ Véase el Código Procesal Civil francés, artículos 201-203, y MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 618; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 832; CABRET, 2000: 530.

³⁰ Véase MURRAY y STERNER, 2004: 273; GOTTFWARD, 1995: 109; BAUMANN, LAUBERACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 377, párrs. 6-13, y en especial KOLKOWICZ, 1990: 58, 177.

³¹ Cf. DE LA OLIVA SANTOS y DIEZ-PEZADO GIMENEZ, 2000: 325; MONTIBRO ARCOA, 2000: 311, 313.

pra § 36). Estos documentos, empero, no serían tomados en consideración por el juzgador como el equivalente real de un testimonio en sentido estricto, aunque puedan tener valor probatorio en el contexto de los medios de prueba presentados.

51. *Las partes como fuentes de prueba.* En general, las partes son quienes mejor conocen los hechos en litigio. Sin embargo, lo que más les interesa es manipular, distorsionar y ocultar la verdad. Por consiguiente, aunque el conocimiento de las partes pueda ser útil para descubrir la verdad de aquellos hechos, el juzgador debe manejarlo con sumo cuidado. Durante muchos siglos, la máxima tradicional *nemo testis in causa propria* evitó que las partes fueran interrogadas como testigos: ésta era una manera de resolver negativamente, y a priori, el problema de si las partes merecen o no ser consideradas como testigos fiables³². No obstante, las partes fueron usadas como posibles fuentes de prueba de otras maneras, esto es, como autoras de confesiones civiles o de juramentos judiciales (véase *infra* §§ 54-55). Por otro lado, se han introducido y son habituales otras formas de interrogar a las partes, aunque éstas no puedan ser consideradas realmente equivalentes a un testimonio en el sentido estricto. Además, en algunos sistemas se ha abandonado la prohibición tradicional de interrogar a las partes como testigos.

Éste es el caso actualmente de los sistemas de *common law* como consecuencia de importantes cambios ocurridos durante el siglo XIX, cuando se derogaron las viejas reglas acerca de la descalificación como testigos de las partes. En Inglaterra, esto sucedió con algunas leyes promulgadas entre 1846 y 1869 y, en especial, con la *Lord Brougham's Act*, promulgada en 1851³³. Estas leyes transformaron las viejas reglas e introdujeron nuevas disposiciones que admitían interrogar a las partes como testigos en las causas civiles³⁴.

Algo similar sucedió en la misma época en Estados Unidos. El *Field Code* de 1849 fue la primera de varias leyes que cambiaron el viejo sistema³⁵. El resultado de esta transformación es que la regla actual de que «toda persona es competente para ser testigo» incluye también a las partes. Por lo tanto, las partes son interrogadas de acuerdo con la regulación acerca del interrogatorio de testigos³⁶.

³² Acerca de la historia del problema véase, en general, CAPPELLUZZI, 1962: vol. 2, 421, 485, 540, 701, 770.

³³ *Evidence Act* de 1851, 14 y 15 Vict., c. 99. Sobre la historia de la reforma inglesa consúltese ALLEN CHRISTOPHER, 1997: 98, 100, 104, 110. Véase también CAPPELLUZZI, 1962: vol. 2, 441; CROSS y TAPPER, 1990: 203.

³⁴ Este cambio fue uno de los aspectos de una transformación más general en relación con la estructura del juicio. Véase CAPPELLUZZI, 1962: vol. 2, 441.

³⁵ Sobre el *Field Code* véase LOWY N.Y., 1848, cap. 379, y también véase CAPPELLUZZI, 1962: vol. 2, 457; FRIEDMAN, 1985: 402.

³⁶ La única excepción que sobrevive es la establecida por las llamadas «leyes del hombre muerto» (*dead man's statutes*), que establecen que, en una transacción contractual, una de

52. *Interrogatorio de las partes en el civil law: el modelo austroalemán.* En los sistemas de *civil law* el problema de interrogar a las partes ha sido y sigue siendo mucho más complicado. Los procedimientos europeos conocieron durante mucho tiempo algunas formas de *interrogatio* de las partes, pero su evolución fue lenta y compleja.³⁷

En Austria se introdujo una novedad importante en el siglo XIX, cuando el viejo interrogatorio de las partes por parte del juez, que sólo tenía por objeto esclarecer los argumentos y alegaciones de los hechos, se transformó en un medio para obtener un testimonio de las partes.³⁸ El resultado final de esta evolución se alcanzó en la *Zivilprozessordnung* austriaca de 1895, todavía vigente, que estipula tres tipos de interrogatorio de las partes: a) El tribunal puede interrogar a las partes con el fin de obtener explicaciones acerca de sus argumentos y alegaciones sobre los hechos. Las respuestas no son pruebas en sentido estricto, aunque sí pueden ayudar al tribunal a evaluar las otras pruebas de prueba.³⁹ b) La llamada *Parteivernehmung* es un interrogatorio de las partes cuyo objetivo es obtener su testimonio. Puede ser necesaria para integrar los demás medios de prueba y tiene que ser ordenada previamente por el tribunal en relación con hechos específicos.⁴⁰ La *Parteivernehmung* puede ser hecha: b1) sin juramento, o b2) bajo el juramento de la parte en cuestión, a criterio del tribunal.⁴¹ En ambos casos, las respuestas dadas por la parte interrogada constituyen medios de prueba y su valor probatorio deberá ser apreciado discrecionalmente por el juez.

En Alemania existe un mecanismo similar: sin embargo, éste es resultado de una evolución histórica diferente y peculiar.⁴² En 1933, una importante reforma de la *Zivilprozessordnung* de 1877 abolió el juramento de las partes e introdujo la *Parteivernehmung* como un medio para obtener elementos de prueba acerca de los hechos litigiosos.⁴³ Tal interrogatorio debe ser distinguido del otro interrogatorio de las partes que únicamente tiene como propósito esclarecer los ale-

las partes no puede testificar al respecto si la otra parte ha muerto; véanse GIANNELLI, 2003: 217; GRAYM, 2003: 191; FRIEDENTHAL y SMOER, 1985: 189; LULX, 1987: 87.

³⁷ Consúltese, en general, CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 486, 540, 550.

³⁸ Véase CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 491.

³⁹ Cfr. el Código Procesal Civil de Austria, §§ 182-184; véanse CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 508; HOLZHAJMER, 1976: 272.

⁴⁰ Véase el Código Procesal Civil de Austria, §§ 371-375. Véanse FASCHING, 1990: 528; 1950-1974: vol. 3, §§ 371, 375; HOLZHAJMER, 1976: 272. Según CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 512, el papel subsidiario de la *Parteivernehmung* austriaca es la diferencia más importante con respecto al testimonio de las partes en Estados Unidos.

⁴¹ Véanse el Código Procesal Civil de Austria, §§ 376-378; FASCHING, 1959-1974: vol. 3, §§ 376, 378, 1990: 531; HOLZHAJMER, 1976: 273; CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 516. El tribunal puede ordenar que el interrogatorio sea bajo juramento cuando los resultados del interrogatorio libre no sean suficientes para establecer la verdad de los hechos.

⁴² Véase la detallada reconstrucción hecha por CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 540. Véase también MUNKS, 1991: 49, 79, 127.

⁴³ Véase CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 607; MUNKS, 1991: 157, 175.

gatos y que se conoce como *Anhörung der Partei*; éste es ordenado por el juez — que puede citar a las partes para que comparezcan en persona — sólo con el fin de clarificar los alegatos y los hechos en disputa. En este caso, las respuestas dadas por las partes no son medios de prueba en el sentido propio.⁴⁴

El interrogatorio de las partes tiene una reglamentación compleja en el Código Procesal alemán⁴⁵, en el que el § 445 establece que la parte que tiene la carga de probar un hecho puede promover un interrogatorio y provocar el interrogatorio de la otra parte sobre el mismo hecho, aunque el juez puede rechazar esta solicitud⁴⁶. Asimismo, el § 448 confiere al tribunal la facultad de ordenar de oficio el interrogatorio de una o ambas partes cuando el resultado de los otros medios de prueba no sea suficiente para establecer la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio⁴⁷. Cuando el resultado del interrogatorio libre de las partes no sea suficiente para decidir sobre los hechos, el tribunal puede ordenar que una o ambas partes presenten juramento sobre sus respuestas: el tribunal decide, a su criterio, sobre qué hecho rendirá juramento qué parte (§ 452)⁴⁸. En todo caso, las respuestas dadas por las partes en la *Parteivernehmung* son valoradas discrecionalmente por el tribunal de acuerdo con el principio de la libre valoración de la prueba (§ 453)⁴⁹. La *Parteivernehmung* es un mecanismo peculiar para interrogar a las partes y se suele considerar como un tipo particular de testimonio de las partes⁵⁰. En realidad, las partes son interrogadas del mismo modo en que se interroga a los testigos (véase el § 451) y el valor probatorio de las respuestas dadas por ellas se estima como se hace con las respuestas de los testigos. Existe entonces una coincidencia significativa entre el interrogatorio de las partes en los sistemas de *common law* y el mecanismo equivalente en el modelo austroalemán. La *Ley de Emjuiciamiento Civil* española ha introducido un mecanismo semejante, tras abandonar las formas tradicionales de confesión y juramento, adoptando una nueva modalidad de interrogatorio de las partes como una

⁴⁴ El Código Procesal Civil alemán, § 139, establece este tipo de interrogatorio. Véanse SCHLOSSER, 1983: 281; JÄGERING, 1991: 203; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: §§ 139, 141; ZPO-KOMM., 1987: § 139.

⁴⁵ Cfr., en general, MÜLLER, 1991.

⁴⁶ Véase MURRAY y STORNER, 2004: 291; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 445, núm. 8; ZPO-KOMM., 1987: § 445, núm. 3; ARENS y LÖKE, 1992: 229; JÄGERING, 1991: 202; SCHLOSSER, 1983: 280; MUNKS, 1991: 180.

⁴⁷ Véase MURRAY y STORNER, 2004: 292; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 448, núm. 1-14; ZPO-KOMM., 1987: § 448; SCHLOSSER, 1983: 280; ARENS y LÖKE, 1992: 229; JÄGERING, 1991: 203; MUNKS, 1991: 188.

⁴⁸ Véase MURRAY y STORNER, 2004: 293; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 452; ZPO-KOMM., 1987: § 452; JÄGERING, 1991: 204; ARENS y LÖKE, 1992: 229; MUNKS, 1991: 194.

⁴⁹ Véase BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 453; ZPO-KOMM., 1987: § 453; JÄGERING, 1991: 204; ARENS y LÖKE, 1992: 229.

⁵⁰ Véase, principalmente, CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 643; MÜLLER, 1991: 20.

clase de prueba en la cual éstas pueden contrainterrogarse mutuamente y el tribunal estimará discrecionalmente el valor probatorio de las respuestas dadas por ellas.⁵¹

53. *El interrogatorio de las partes en el modelo francés.* Los sistemas procesales que siguen el modelo francés mantienen un enfoque diferente en cuanto al papel de las partes como fuentes de prueba y prevén varias formas de declaraciones probatorias que ellas pueden hacer, cada una con un grado diferente de valor probatorio.

El mínimo valor probatorio es el de las respuestas que las partes pueden dar cuando son interrogadas por el juez en el curso de la *comparation personnelle* en Francia o del *interrogatorio libero* (o *non formale*) en Italia. En Francia, según el artículo 184 del Código Procesal Civil, el tribunal puede ordenar la *comparation personnelle* de las partes a fin de interrogarlas sobre cualquier aspecto relevante del caso.⁵² El juez interroga a las partes por separado o juntas y los abogados pueden pedir al juez que les formule algunas preguntas específicas.⁵³ Finalmente, las respuestas dadas por cada una de las partes son valoradas por el tribunal de una manera discrecional.⁵⁴ El rasgo más destacable de la *comparation personnelle* es que puede tener una función probatoria, pero no es sólo un mecanismo probatorio, pues su función es principalmente ayudar al tribunal a esclarecer las pretensiones y los argumentos de las partes.

Algo similar ocurre en Italia con el *interrogatorio libero*. El artículo 117 del Código Procesal Civil originalmente confirió al tribunal la facultad discrecional de ordenar a las partes comparecer personalmente ante él con el fin de que fuesen interrogadas por el juez; más adelante, en 1973, este interrogatorio se tornó obligatorio en los procesos laborales, y posteriormente — en 1990 — una nueva reforma lo estableció como obligatorio en todos los procesos civiles.⁵⁵ Una última reforma, introducida en 2005, confirió al juez la facultad de interrogar

⁵¹ Véase la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículos 301-316; De LA OLIVA SAINTE y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 313; MONTORO AROCA, 2000: 167; FISHER BARREROS, 2000: 114, 121, 145, 165.

⁵² Este es por ahora el único recurso que puede ser usado en Francia para interrogar a las partes; véase VINCENT y GUINCHARD, 2003: 827; CAUET, 2000: 523; BLANC, 1974: 45; CAFFRE-LETTI, 1962: vol. 2, 779.

⁵³ Véanse los artículos 189, 182 y 193 del Código Procesal francés; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 768.

⁵⁴ El artículo 198 del Código Procesal Civil dice que el tribunal puede extraer cualquier conclusión jurídica de tales respuestas, lo cual significa que pueden tener pleno valor probatorio. El tribunal también puede atribuir un valor probatorio al comportamiento de una parte que no haya comparecido ante el tribunal o que no haya respondido las preguntas del juez. Consúltense VINCENT y GUINCHARD, 2003: 839; CAUET, 2000: 525.

⁵⁵ Cfr., en general, TARUFFO, 1993: 57; CAUET y TARUFFO, 2002: 364, 561; COMOLATO, FISHER y TARUFFO, 1998: 588; COMOLATO, 2004: 520.

a las partes sólo si ellas lo piden de mutuo acuerdo (art. 183 del Código Procesal Civil). Los propósitos de este tipo de interrogatorio son varios: a) se puede usar con el fin de permitir que las partes clarifiquen el objeto de la causa y permitir al tribunal entender mejor sus posiciones; b) puede fomentar un arreglo voluntario del pleito, y c) se puede usar para obtener de las partes respuestas que pudieran brindar al juez algunos elementos de prueba relacionados con los hechos litigiosos.⁵⁶ En este tercer caso, las declaraciones de las partes acerca de los hechos en litigio tienen un valor probatorio muy bajo: según el artículo 229 del Código Procesal Civil italiano, no pueden ser tomadas como una confesión, y de acuerdo con el artículo 116.2, sólo pueden ser consideradas como *argomenti di prova*, es decir, como elementos de prueba clasificados en el nivel más bajo en la escala de valores probatorios.⁵⁷ Esto supone que la valoración de las respuestas dadas por las partes es discrecional para el tribunal, pero está limitada por la ley. En consecuencia, está claro que el *interrogatorio libero* no es un medio para obtener un testimonio de las partes y sólo eventualmente puede constituir prueba adicional sobre los hechos litigiosos.

54. *La confesión.* Algunos sistemas de *civil law* están todavía bajo la influencia de la tradición histórica europea en lo referente a algunas declaraciones peculiares que las partes pueden hacer sobre los hechos en litigio. Un ejemplo importante es la *confesión*, esto es, la admisión — por una de las partes — de la verdad de un enunciativo sobre los hechos que jurídicamente le resulta poco favorable. En Francia, en España, en Italia y en otros sistemas de *civil law*, la confesión se considera un tipo especial de prueba y está regulada por la ley en sus detalles, a veces con disposiciones procesales muy específicas.

La confesión puede llevarse a cabo de diferentes maneras. En Francia, sólo se puede hacer en el curso de la *comparation personnelle* de las partes (véase *supra* § 53).⁵⁸ En Italia y en España se puede hacer en el curso del proceso, sea de manera espontánea o mediante mecanismos procesales específicos que tienen por objeto pedir a una de las partes que responda un conjunto de preguntas formuladas por la otra parte, quien solicita la confesión.⁵⁹ Una de las partes somete sus preguntas al tribunal y es éste quien interroga a la otra tomando como base tales preguntas. Si la parte interrogada responde admitiendo la verdad de los he-

⁵⁶ Consúltense TARUFFO, 1993: 57; COMOLATO, 2004a: 523; VACCARELLA, 1972: 353.

⁵⁷ Véase TARUFFO, 1992a: 453 [trad. casl. 481]; CAUET y TARUFFO, 2002: 363; COMOLATO, FISHER y TARUFFO, 1998: 655; COMOLATO, 2004a: 524; RICCI, 1988: 1036.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, TASEL, 2003: 521; CAUET, 2000: 525.

⁵⁹ Cfr. los artículos 228-232 del Código Procesal Civil italiano; también CAUET y TARUFFO, 2002: 703; SALVERINI, 1988: 429; COMOLATO, FISHER y TARUFFO, 1998: 641; COMOLATO, 2004a: 511; los artículos 579-595 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española. Para regulaciones similares en Argentina y Perú, cfr. FALCÓN, 2003: vol. 2, 176; KILMASOVICH, 1996: 382; HINOSTROZA MINOUEZ, 2000: 139. Consúltense también el Código Procesal Civil brasileño, artículo 349.

chos que le son desfavorables, se logra la confesión; si la parte interrogada niega la verdad de esos hechos, no se produce ningún medio de prueba; si la parte no comparece o no responde, el tribunal puede considerar su conducta en el contexto de las pruebas y puede concluir que los hechos involucrados son verdaderos⁶⁶. Finalmente, si la parte admite los hechos desfavorables pero añade algunas circunstancias favorables, sus declaraciones no pueden ser «divididas» y se deben valorar en su conjunto⁶⁷. La valoración de la prueba queda, en ocasiones, a la discreción del tribunal, no pronunciándose el derecho al respecto⁶⁸; en otras, es el derecho mismo el que indica el valor probatorio que debe ser atribuido por el tribunal a la confesión⁶⁹.

Es posible también realizar una confesión fuera del proceso cuando una de las partes admite la verdad de los hechos desfavorables. Esta declaración puede ser considerada un elemento de prueba; pero, desde luego, necesita ser probada en el proceso en el cual se ofrece como tal⁶⁹.

Por lo general, la confesión tiene un valor jurídico establecido por el derecho: la declaración hecha por la parte en cuestión será considerada como verdadera. Por consiguiente, no puede ser objetada por elementos de prueba contrarios ni puede ser valorada discrecionalmente por el tribunal⁶⁵, excepto en unos pocos casos específicos regulados por el derecho⁶⁶. La justificación aducida habitualmente para justificar el efecto

⁶⁶ Véanse, *e. g.*, el artículo 232 del Código Procesal Civil italiano; también SILVESTR, 1988: 430; COMOLATO, FERRI y TARUFFO, 1998: 641; COMOLATO, 2004a: 513; CARO y TARUFFO, 2002: 703; 711; FALCON, 2003: vol. 2, 197; el artículo 343.2 del Código Procesal Civil brasileño.

⁶⁷ Véase el artículo 1.356 del Código Civil francés; también MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 612; GIESTIN y GOUBEAUX, 1977: 535; el artículo 2.734 del Código Civil italiano; SILVESTR, 1988: 429; COMOLATO, FERRI y TARUFFO, 1998: 644; COMOLATO, 2004a: 515; KIELBASOVICH, 1996: 383; FALCON, 2003: vol. 2, 178; el Código Procesal Civil brasileño, artículo 354.

⁶⁸ Véanse MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 612; GIESTIN y GOUBEAUX, 1977: 535; VERHEYDEN y JEANMART, 1991: 316, 341, 357.

⁶⁹ El artículo 2.734 del Código Civil italiano dice que la declaración en su conjunto es vinculante si la otra parte no niega las circunstancias añadidas, pero si éstas son negadas por la parte contraria, la declaración en su conjunto será valorada discrecionalmente por el tribunal.

⁷⁰ Véase el artículo 2.735 del Código Civil italiano y el artículo 1.239 del Código Civil español. Cfr. también COMOLATO, 2004a; RAMOS MENDEZ, 1990: vol. 1, 583; GIESTIN y GOUBEAUX, 1977: 537; VERHEYDEN y JEANMART, 1991: 332.

⁷¹ Cfr. el Código Civil francés, artículo 1.356; MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 610; TERRE, 2003: 522; LAGARDE, 1994: 191, 197; KIELBASOVICH, 1996: 432; el Código Civil italiano, artículo 2.733; COMOLATO, FERRI y TARUFFO, 1998: 642; COMOLATO, 2004a: 499; FALCON, 2003: vol. 2, 217.

⁷² Cfr., por ejemplo, el artículo 2.733 del Código Civil italiano; COMOLATO, FERRI y TARUFFO, 1998: 643. Una confesión hecha fuera del tribunal no constituye prueba en Francia (véase MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 613; GIESTIN y GOUBEAUX, 1977: 538) ni en Bélgica (véase VERHEYDEN y JEANMART, 1991: 336). En Italia es una prueba vinculante cuando la declaración fue dirigida a la otra parte, y es una prueba sujeta al criterio del tribunal cuando la declaración fue dirigida a una parte no interesada o está incluida en un testamento. Consúltense el artículo 2.735 del Código Civil italiano; SILVESTR, 1988: 430; COMOLATO, 2004a: 499. Para el caso de Argentina, cfr. FALCON, 2003: vol. 2, 219.

vinculante de la confesión es una especie de máxima del sentido común según la cual nadie admitiría la verdad de un hecho desfavorable a menos que tal hecho fuera verdadero. Sin embargo, ésta es una justificación muy endeble: el mismo argumento sería más racional si se usara para proponer un estándar para la valoración discrecional del valor probatorio de la confesión de una de las partes, y no como el fundamento para justificar su efecto vinculante. En realidad, la confesión como declaración probatoria vinculante es una reliquia del pasado que sigue existiendo simplemente por la inercia de algunos legisladores europeos.

55. *El juramento de las partes.* Otra reliquia histórica que todavía sobrevive en algunos sistemas procesales es el juramento que una de las partes puede prestar acerca de la verdad de un hecho. En realidad, durante mucho tiempo varios tipos de juramentos tuvieron un papel importante en el derecho probatorio europeo⁶⁷. No es ninguna sorpresa, por lo tanto, que algunos países no hayan logrado aún deshacerse de ellos.

También en este dominio el modelo fue el *Code Civil* francés, que fue imitado por muchos otros códigos. La idea básica es que una de las partes puede pronunciar en una forma solemne y bajo juramento una declaración sobre un hecho principal en el litigio. Tal declaración debe ser considerada como un medio de prueba vinculante, en virtud de su solemnidad y de las consecuencias que suelen acompañar al hecho de jurar en falso. No se puede suponer que alguien invoque a Dios en apoyo de una declaración falsa; además, por lo general, se aplican sanciones penales en caso de perjurio⁶⁸.

El juramento puede ser decisivo o suplementario⁶⁹. El juramento decisivo es instado por una de las partes, invitando a la otra a jurar la verdad de un hecho que es favorable a la parte que jura. Este hecho debe ser un hecho principal, de modo que el caso se puede decidir total o parcialmente sobre la base del juramento⁷⁰. Si la parte comparece ante el tribunal y jura, el caso debe resolverse en su favor: la declaración jurada no puede ser contrarrestada de ningún modo y el juez está obligado a considerar verdaderos los hechos⁷¹.

⁶⁷ Sobre la historia del juramento judicial véanse LEVY, 1963a: 43, 66; VILBERS, 1963: 355; GUSSEN, 1963: 781; FALCON, 2003: vol. 2, 163.

⁶⁸ Cfr., por ejemplo, MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 614; TERRE, 2003: 525; GIESTIN y GOUBEAUX, 1977: 538; VERHEYDEN y JEANMART, 1991: 367; COMOLATO, FERRI y TARUFFO, 1998: 646; COMOLATO, 2004a: 527; NICOLETTI, 1982.

⁶⁹ La *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, en su artículo 580, adopta un tipo de distinción diferente que habla de *juramento decisivo* o *indecisivo*. Sin embargo, estos tipos de juramento tienen por objeto confirmar la confesión de una de las partes.

⁷⁰ Véase el artículo 1.357 del Código Civil francés; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 857; CAOBIET, 2000: 3; GIESTIN y GOUBEAUX, 1977: 539; el Código Civil italiano, artículo 2.736; COMOLATO, 2004a: 534.

⁷¹ Consúltense el Código Civil francés, artículo 1.365; CAOBIET, 2000: 3; MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 615; TERRE, 525; GIESTIN y GOUBEAUX, 1977: 542; VERHEYDEN y JEANMART, 1991: 384; el Código Civil italiano, artículo 2.738; COMOLATO, FERRI y TARUFFO, 1998:

Si la parte que fue instada a prestar el juramento no comparece o rehúsa jurar, el juez tendrá que considerar los hechos como probados en contra de esa parte.⁷² Suele haber ciertos límites a la admisibilidad del juramento judicial: los hechos deben «pertencer» a esa parte, lo que significa que ésta tiene que haber realizado o conocido directamente los hechos; el juramento no puede utilizarse para probar lo contrario de lo que se certifica por medio de un documento público ni para probar un hecho ilegal. Además, el juramento no puede admitirse cuando las partes no pueden disponer del derecho sustancial involucrado.⁷³

El juramento suplementario se puede usar cuando existen algunos medios de prueba acerca de los hechos litigiosos (la llamada *semiplena probatio*), pero que no son suficientes para demostrar los hechos.⁷⁴ El juez decidirá cuál de las partes será instada a prestar juramento. Algunas veces el resultado del juramento será vinculante; mientras que otras veces el tribunal lo valorará discrecionalmente.

Un subtipo de juramento suplementario se utiliza para fijar el valor de algo o su monto económico cuando no hay otros medios de prueba para demostrar tal valor. Cuando los tribunales ordenan este tipo de juramento, también son ellos quienes eligen qué parte será instada a jurar. El propio tribunal puede fijar un límite máximo para el valor económico en cuestión, de modo que el juramento será vinculante sólo bajo este límite.⁷⁵

En algunos sistemas procesales, la supervivencia de los juramentos ha sido criticada duramente: como prueba legal, entra en conflicto con el principio de la libre valoración de la prueba; es un residuo de un formalismo pasado de moda y obsoleto en el derecho probatorio; es una especie de mecanismo ordálico de resolver disputas y no ofrece ninguna garantía de veracidad en las sociedades modernas y secularizadas. No obstante, los juramentos todavía sobreviven, por inercia y también porque pueden resultar útiles en unos pocos casos marginales en

651; COMODORO, 2004a: 533, 542; NICOLETTI, 1982: 75, 118. Incluso si la parte comete perjurio, y éste se ha demostrado en un proceso penal, el juramento no se invalida: la única consecuencia es que la otra parte tiene derecho a reclamar los daños sufridos por el perjurio (véase, por ejemplo, COMODORO, 2004a: 542).

⁷² Véanse, *e. g.*, el Código Procesal Civil italiano, artículo 239; COMODORO, 2004a: 548; CAPEL Y TARUFFO, 2002: 725; el Código Civil francés, artículo 1361; MAZEAUD, MAZEAUD Y CHABAS, 2000: vol. 1, 616; TERRÉ, 2003: 528; VINCENTY Y GINCHARD, 2003: 838.

⁷³ Consilience MAZEAUD, MAZEAUD Y CHABAS, 2000: t. 1, vol. 1, 615; TERRÉ, 2003: 526; GHESTIN Y GOUBEAUX, 1977: 540; VERHEYEN Y JEANMART, 1991: 373; COMODORO, 2004a: 539.

⁷⁴ Véase el Código Civil francés, artículo 1366; así como VINCENTY Y GINCHARD, 2003: 857; MAZEAUD, MAZEAUD Y CHABAS, 2000: t. 1, vol. 1, 621; TERRÉ, 2003: 528; GHESTIN Y GOUBEAUX, 1977: 542; VERHEYEN Y JEANMART, 1991: 391; el Código Civil italiano, artículo 2736, núm. 2; COMODORO, 2004a: 531; CAPEL Y TARUFFO, 2002: 729.

⁷⁵ Véanse el Código Civil francés, artículo 1369; TERRÉ, 2003: 529; GHESTIN Y GOUBEAUX, 1977: 543; VERHEYEN Y JEANMART, 1991: 395; el Código Civil italiano, artículo 2736, núm. 2; el Código Procesal Civil italiano, artículo 241; COMODORO, 2004a: 551; CAPEL Y TARUFFO, 2002: 732.

los cuales no existe otro medio de prueba disponible. Cabe cuestionarse, sin embargo, si estos casos podrían decidirse mejor basándose en la carga de la prueba y no a partir de declaraciones juradas dudosas y poco fiables.

2. PRUEBAS DOCUMENTALES

56. *Pruebas escritas.* Desde la Edad Media, las pruebas escritas se han usado como el principal medio para dar certeza a las transacciones jurídicas.⁷⁶ Las exigencias del comercio, los negocios financieros y la necesidad de contar con pruebas fiables de los contratos y de muchos otros tipos de transacciones produjeron un extenso uso de los documentos en la vida cotidiana y también en los procesos judiciales. La práctica fue creando varios tipos de documentos conforme a esas necesidades y de acuerdo con los rasgos institucionales y la evolución de cada sistema. La creciente importancia de esta práctica fue reconocida en el Derecho sustantivo y procesal. En consecuencia, en todos los sistemas jurídicos existen diversas reglas en relación con la forma escrita de las transacciones jurídicas y la presentación o práctica de pruebas escritas en los procesos judiciales. Ahora bien, la regulación sustantiva de la forma de los contratos no está incluida en la materia que estamos examinando aquí, y lo mismo puede decirse de las diversas teorías acerca de las funciones sustantivas de los documentos.

Si bien en el contexto procesal las cosas son un poco más sencillas, puede resultar útil hacer un par de observaciones generales acerca del concepto de documento o prueba documental. Estos conceptos son, en cierta medida, variables. En algunos sistemas se mantiene una definición muy amplia, según la cual un documento es «cualquier cosa que represente un hecho», independientemente de la naturaleza de la «cosa» que tenga esa función.⁷⁷ Por lo tanto, este concepto incluye documentos escritos, documentos no escritos (como los registros computarizados) y cualquier otra cosa que tenga la capacidad de representar un hecho, como pinturas, videos, grabaciones en cinta, etcétera.⁷⁸ Por el contrario, en algunos sistemas, el concepto de documento es mucho menos inclu-

⁷⁶ Sobre la historia de las pruebas escritas véase, en general, LEVY, 1963a: 51; GUSTERN, 1963: 812; VILLEGAS, 1963: 350; KEREMANDVOLI, 1996: 275.

⁷⁷ Esa definición amplia es bastante común, *e. g.*, en Italia. Véanse, por ejemplo, COMODORO, FERRI Y TARUFFO, 1998: 657; COMODORO, 2004a: 244; PARTI, 1991: 2; DENTI, 1988: 713; DE SAN-THS, 1988: 17.

⁷⁸ Véase la nota anterior. En Inglaterra se usó en ocasiones una definición igualmente extensa (véase CROSS Y TAPSCOTT, 1990: 679; pero, para una definición más estricta, consúltese DENNIS, 1999: 371). En España existen definiciones amplias y reducidas de las pruebas documentales; véase un panorama general en MONTAÑO ALCÁZAR, 2000; sobre las definiciones de «documento» exclusivamente como escritural, cfr. DE LA OLIVA SANCOS Y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 332.

sivo y equivale al concepto tradicional de documento escrito. En consecuencia, un documento se define como cualquier escrito que represente un hecho o que contenga una declaración acerca de un hecho⁷⁶. Cualquier otra cosa, aunque represente un hecho, no es un documento en sentido estricto. Por otro lado, la tendencia que parece imperar en los sistemas de *common law*, y en particular en Estados Unidos, es considerar las pruebas documentales no como un tipo especial de pruebas, sino como un caso del concepto más amplio de prueba real o demostrativa.

Esas diferencias son el resultado de distintas tradiciones y enfoques teóricos que no pueden ser discutidos aquí. En todo caso, con el fin de poner cierto orden en lo que sigue, las pruebas escritas se abordarían como un tipo especial de pruebas y los documentos no escritos se examinarían por separado. Se debe tomar en consideración, sin embargo, que un documento escrito puede ser utilizado de dos maneras diferentes: a) Cuando se usa como una manera de expresar algunos enunciados, tiene una función representativa en relación con sus contenidos. En esas circunstancias, el documento cumple una función similar a la de las pruebas testificales, dado que expresa el pensamiento de alguien con respecto a algo. b) Cuando se emplea como un objeto material — esto es, una cosa que lleva una inscripción —, es un medio de prueba real en sentido estricto, porque es la propia cosa material la que se usa como prueba, no las declaraciones⁸⁰.

57. *Documentos oficiales o públicos y privados.* La regulación de las pruebas escritas sigue patrones diferentes en los sistemas de *civil law* y en los de *common law*. Los primeros se ocupan de las pruebas escritas, sobre todo, para determinar el grado de valor probatorio que es típico de cada clase de documento, con disposiciones detalladas que suelen estar incluidas en las partes de los códigos sustantivos dedicadas a la regulación de los contratos o de otros tipos de transacciones. Los segundos no considerarían específicamente el valor probatorio de los documentos, porque, como ocurre con cualquier otra clase de pruebas, las pruebas escritas se dejan a la valoración discrecional del juzgador. Estos sistemas se ocupan principalmente de unos cuantos casos en los que el derecho requiere pruebas escritas.

En los sistemas de *civil law*, el problema principal es la distinción entre escrituras o documentos públicos u oficiales y escritos privados. En realidad, esa distinción es la base de las disposiciones acerca del papel de las pruebas escritas en el contexto judicial. Un documento público u oficial es un documento escrito que ha sido redactado por un

funcionario (principalmente, por un notario público) o por alguna otra persona a quien se ha conferido la función oficial de elaborar escrituras. El documento debe ser redactado en el cumplimiento apropiado de esa función y de acuerdo con los procedimientos específicos regulados por el derecho⁸¹.

A veces se hacen distinciones adicionales en el ámbito de los documentos públicos. Por ejemplo, en Alemania se distinguen los llamados *Tabelleurkunden* de los *Zeugniskunden*, dependiendo de si el documento incluye los términos de una transacción jurídica o un testimonio⁸². Sin embargo, la definición jurídica de documento público u oficial es muy general y se suele utilizar sean cuales sean los contenidos del documento, ya que se basa, sobre todo, en la función oficial del autor del documento y en que se ha adecuado a las normas que rigen la elaboración de documentos públicos.

58. *Valor probatorio de los documentos públicos.* Los sistemas que incluyen una regulación del valor probatorio de los documentos oficiales tienden, en general, a considerar que esos documentos constituyen pruebas legales. Un documento público u oficial — siempre que haya sido elaborado por el sujeto apropiado, de acuerdo con los procedimientos debidos — tiene, por lo general, un efecto vinculante para cualquiera y en particular para el tribunal. No obstante, este valor probatorio especial y fuerte no abarca todos los contenidos ni todos los aspectos del documento. Más concretamente, el valor probatorio fuerte se atribuye normalmente a las declaraciones del autor de la escritura, los hechos que declara haber percibido personalmente, el hecho de que alguien haya realizado alguna declaración en su presencia, las firmas de estas personas y la fecha del documento⁸³. En general, el valor proba-

⁸¹ Las disposiciones que regulan los documentos públicos u oficiales son similares en la mayoría de los sistemas. Consúltense, por ejemplo, el Código Procesal Civil alemán, § 415, y Merxav y Ströner, 2004: 276; Baumbach, Lauterbach, Aelens y Hartmann, 2003: § 415, núms. 1-2; ZPO-Kom., 1987: § 415; Müsselak, 1991: 241; Jaerens, 1991: 199; Schloesser, 1983: 275; Aelens y Luke, 1992: 227; Tesse, 1990: 115; el Código Procesal Civil austríaco, §§ 292 y 293; Fashing, 1990: 495; 1959-1974: vol. 3, 293; el Código Civil francés, artículo 1.317; Mazerand, Mazerand y Chavaz, 2000: t. 1, vol. 1, 598; Tarel, 2003: 484; Ghertin y Gombaux, 1977: 493; Tesse, 1990: 9, 11; la *Ley de Egiptización del Civil* española, artículo 317; De la Oliva Santos y Díez-Picazo Giménez, 2000: 335; Montero Aroca, 2002: 204; Ramos Meneses, 1990: vol. 1, 560; Mészáros Sabat, 1967: 239; Sava Metelko, 1963-1964: vol. 1, 261; el Código Civil italiano, artículo 2.699; Patti, 1991: 8; Comoglio, Ferrari y Taruffo, 1998: 658; Comoglio, 2004a: 301; el Código Civil belga, artículo 1.317; Vaherjõen y Jeannart, 1991: 210; Kiermanovich, 1996: 286; Hinojosa Méndez, 2000: 206; Falcon, 2003: vol. 1, 879.

⁸² Véanse Aelens y Luke, 1992: 227; Jaerens, 1991: 201; Schloesser, 1983: 275. Para una distinción similar entre *wirkenden Urkunden* y *bezeugenden Urkunden*, cfr. Merxav y Ströner, 2004: 277.

⁸³ Véanse el Código Procesal Civil alemán, §§ 415, 417, 418; Merxav y Ströner, 2004: 276; Baumbach, Lauterbach, Aelens y Hartmann, 2003: § 415, núms. 3-6, 417, 418; ZPO-Kom., 1987: §§ 415, 417, 418; Müsselak, 1991: 242; Tesse, 1990: 126; Aelens y Luke, 1992: 226; Jaerens, 1991: 201; el Código Procesal Civil austríaco, §§ 292, 294, 310, 312; Fashing,

⁷⁶ Consúltense, por ejemplo, Muzav y Ströner, 2004: 275; Müsselak, 1991: 241; Müsselak y Ströner, 1984: 61; Schloesser, 1983: 274; Jaerens, 1991: 198; Aelens y Luke, 1992: 225. Para una definición más amplia véase Schloesser, 1982: 19.

⁸⁰ Acerca de tal distinción véase Dennis, 1999: 372; Gross y Tapper, 1990: 44; Müsselak y Ströner, 1984: 61; De Santis 1988: 32.

torio formal del documento cubre «lo que el documento dice»: esto es, las declaraciones hechas por su autor. Ese valor no abarca la verdad de ningún otro enunciado, ni de las partes ni de ninguna otra persona, que se registre en el documento. Desde luego, sólo pueden tener este valor probatorio vinculante las escrituras auténticas que han sido redactadas de forma regular. Si falta alguno de los requisitos jurídicos, el documento puede ser usado como un escrito privado siempre y cuando tenga las características exigidas para los documentos privados.⁸⁴

59. *Documentos privados.* Cualquier documento que por alguna razón no sea una escritura pública u oficial es un documento privado. Este concepto incluye una gran cantidad y una variedad ilimitada de escritos: documentos públicos inválidos, contratos, pagarés, recibos, correspondencia privada, testamentos, entre otros. A veces, estos escritos están firmados por las partes o por alguna de ellas; pero a veces están firmados por personas ajenas a las partes o incluso pueden no estar firmados por nadie. Sin embargo, únicamente en unos pocos casos especiales se admiten documentos no firmados como medios de prueba, pues la firma identifica al autor de las declaraciones escritas en el documento.⁸⁵

Dentro de esta gran e indeterminada clase, las leyes toman en consideración específica algunos tipos de documentos privados. Éste es principalmente el caso de los escritos privados, incluidas las declaraciones acerca de una transacción contractual que atañe a las partes o a la parte que firmó el documento. Este tipo de documento, que es la clase de prueba que se usa más comúnmente para demostrar transacciones legales, no tiene formas predeterminadas ni especiales: puede estar escrito en su totalidad por el autor que lo firma, o puede haber sido escrito por cualquier otra persona, sin que esto importe.⁸⁶ En general, el rasgo distintivo de los documentos privados es la firma de la

1990; 497; el artículo 1.319 del Código Civil francés; MIZEAUD, MIZEAUD y CHABAS, 2000: I.1, vol. 1, 595; TERRE, 2003: 487; GHESTIN y GOURBEAUX, 1977: 496; LAGARDE, 1994: 174; TERRE, 1990: 18; el Código Civil belga, artículos 1.319 y 1.320; VERHEYDEN y JEANNAERT, 1991: 221; el Código Civil español, artículos 1.218 y 1.219; MONTEIRO AROCA, 2000: 231; RAMOS MENDEZ, 1990: vol. 1, 566; SILVA MERRINO, 1963-1964: vol. 1, 261; el Código Civil italiano, artículo 2.700; COMODORO, FERREI y TARUFFO, 1994: 305; PATRÌ, 1991: 8; el Código Civil argentino, artículos 993 y 994; KIELMANOVICH, 1996: 290; FACCHINI, 2003: vol. 1, 880.

⁸⁴ Véanse, e.g., el artículo 1.318 del Código Civil francés; MIZEAUD, MIZEAUD y CHABAS, 2000: I.1, vol. 1, 593; TERRE, 2003: 485; GHESTIN y GOURBEAUX, 1977: 498; el artículo 1.318 del Código Civil belga; VERHEYDEN y JEANNAERT, 1991: 227; el Código Civil italiano, artículo 2.701; COMODORO, 2004a: 318; PATRÌ, 1991: 9.

⁸⁵ Véase, en general, DENZI, 1971: 715.

⁸⁶ Sobre la concepción general del documento privado véanse, por ejemplo, MIRRAY y STRAUSS, 2004: 276; TERRE, 1990: 25; MIZEAUD, MIZEAUD y CHABAS, 2000: vol. 1, 1, 596; TERRE, 2003: 489; GHESTIN y GOURBEAUX, 1977: 499; DE LA OLIVA SANTOS y DIEZ-PICAZO GIMENEZ, 2000: 337; MONTEIRO AROCA, 2000: 208; RAMOS MENDEZ, 1990: vol. 1, 567; MENDOZ SARRAL, 1967: 340; SILVA MERRINO, 1963-1964: vol. 1, 262; COMODORO, FERREI y TARUFFO, 1998: 665; COMODORO, 2004a: 320; PATRÌ, 1991: 9; VERHEYDEN y JEANNAERT, 1991: 230; HINDUSTROZA MENDOZA, 2000: 208; FACCHINI, 2003: vol. 1, 859.

parte o de las partes que aparecen como los autores de la transacción consignada en el documento.

60. *Valor probatorio de los documentos privados.* El valor probatorio de los documentos privados algunas veces está regulado jurídicamente, principalmente cuando están firmados. En algunos casos, la norma establece que la persona que firmó el documento sea considerada jurídicamente como la autora de las declaraciones que ahí se asientan. Esta conexión entre las declaraciones y su autor suele ser cubierta por una regla de prueba legal: en consecuencia, este tipo de autoría se considera cierta, vinculante e irrefutable. No obstante, este valor probatorio especial sólo abarca la conexión entre el signatario y las declaraciones incluidas en el documento; no ampara el valor de verdad de tales declaraciones.⁸⁷ En ocasiones, el valor probatorio de un documento privado firmado se toma como equivalente del que tiene un documento público entre las partes que lo firmaron.⁸⁸

Se da este valor probatorio del documento privado firmado sólo cuando la autenticidad de la firma queda garantizada por la aplicación de mecanismos especiales, estipulados por el derecho precisamente para establecer la autenticidad de las firmas (véase *infra* §§ 66, 67).

61. *Otros tipos de pruebas escritas.* Los documentos oficiales y los escritos privados no son los únicos medios de prueba escritos que se usan en la práctica cotidiana del proceso civil. También se emplean muchas otras clases de pruebas escritas cuando son relevantes para demostrar los hechos en litigio. En muchos casos, estos documentos son considerados como pruebas «atípicas» y se admiten en cuanto tales, sobre la base de su relevancia (véase *supra* § 22). En los sistemas del *common law*, ésta es la regla para cualquier tipo de prueba escrita no regulada. Algunos sistemas de *civil law*, como, por ejemplo, el de Alemania, tienen el mismo enfoque y no incluyen disposiciones especiales en relación con documentos no regulados. Otros sistemas de *civil law*, en cambio, incluyen disposiciones concernientes a tipos específicos de pruebas escritas que no son ni documentos públicos ni privados.

62. *Telegramas.* A veces se establecen disposiciones especiales para determinar el valor probatorio de un telegrama. Por ejemplo, de acuerdo con el Código Civil italiano, artículo 2.705, el telegrama tiene el mismo valor probatorio que un escrito privado firmado por cualquier persona cuando el autor firmó el formulario original e hizo que lo en-

⁸⁷ Véanse el Código Procesal Civil alemán, § 416; BAUMBACH, LAUTNERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 416; ZPO-KOMM., 1987: § 416, núm. 1; ARENS y LUKA, 1992: 228; JÄGERING, 1991: 201; TERRE, 1990: 129; el Código Procesal Civil austriaco, § 294; FASCHING, 1990: 498; el Código Civil italiano, artículo 2.702; COMODORO, FERREI y TARUFFO, 1998: 667; COMODORO, 2004a: 322; PATRÌ, 1991: 10.

⁸⁸ Véanse, por ejemplo, el artículo 1.322 del Código Civil francés; GHESTIN y GOURBEAUX, 1977: 508; TERRE, 1990: 30.

tregaran. Se presume que el formulario entregado es idéntico al original según el artículo 2.706. Estas reglas ayudan a resolver algunos problemas relacionados con el uso de un telegrama como medio de prueba, pero siempre admiten una prueba en contra cuyo objetivo sea contrariar lo que presumen.⁸⁹ Tales reglas se aplican por analogía a tipos similares de pruebas escritas, como el telex y el fax.⁹⁰

63. *Papeles de uso doméstico.* A veces el derecho determina el valor probatorio de documentos escritos que no suelen estar firmados por sus autores. Éste es el caso de registros y papeles del ámbito doméstico, que pueden ser usados como pruebas en contra de su autor cuando contienen, por ejemplo, el reconocimiento de un pago recibido.⁹¹ Esto también vale para declaraciones no firmadas añadidas por el acreedor a un documento, cuando lo añadido dice que el deudor ya no está obligado a pagar.⁹²

64. *Libros y registros de empresas.* Otra clase importante de documentos no firmados que pueden tener valor probatorio incluye los libros y registros de las empresas mercantiles. Estos documentos pueden ser usados como pruebas en contra de la empresa, pero la parte que los presente tiene que hacer referencia a su contenido completo. Esos documentos también son pruebas de transacciones realizadas entre empresas, cuando se redactan y se mantienen de conformidad con disposiciones jurídicas especiales.⁹³

65. *Copias.* En ocasiones, existen algunas disposiciones específicas que tienen por objeto determinar el valor probatorio de copias de documentos escritos, cuando éstas se presentan en lugar de los originales. El principio general es que cuando la copia de un documento público u oficial se hace en las formas exigidas por el derecho, ésta tiene el mismo valor probatorio que el documento original.⁹⁴

⁸⁹ Véanse Comoglio, Ferreri y Taruffo, 1998: 674; Partt, 1991: 11; Comoglio, 2004a: 345. Cfr. también Verheyden y Jeanmairt, 1991: 408; Falcon, 2003: vol. 1, 863.

⁹⁰ Cfr. Comoglio, Ferreri y Taruffo, 1998: 674; Partt, 1991; De Santis, 1988: 84; Falcon, 2003: vol. 1, 866.

⁹¹ Véanse el artículo 1.331 del Código Civil francés; también Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 2000: t. I, vol. 1, 610; Teresi, 2003: 509; Ghessin y Goubeaux, 1977: 519; Teresi, 1990: 40; el Código Civil italiano, artículo 2.707; Comoglio, 2004a: 348.

⁹² Considérese el Código Civil francés, artículo 1.332; Teresi, 2003: 510; Ghessin y Goubeaux, 1977: 520; Teresi, 1990: 41; el Código Civil italiano, artículo 2.798; Comoglio, 2004a: 350.

⁹³ Véanse los artículos 1.329 y 1.330 del Código Civil francés; Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 2000: t. I, vol. 1, 609; Teresi, 2003: 510; Ghessin y Goubeaux, 1977: 518; Teresi, 1990: 39; el Código Civil italiano, artículos 2.709 y 2.710; Comoglio, 2004a: 351; Falcon, 2003: vol. 1, 868; Verheyden y Jeanmairt, 1991: 298; Kiselmanovich, 1996: 297.

⁹⁴ Cfr. el artículo 2.714 del Código Civil italiano; también Comoglio, Ferreri y Taruffo, 1998: 671; Comoglio, 2004a: 375; el Código Procesal Civil alemán, § 435; Baumbach, Lauterbach, Albers y Hartmann, 2003: § 435, párrs. 1-4; ZPO-Kommentar, 1987: § 435, párrs. 1-2. El sistema francés es más complejo porque distingue si el documento original todavía existe o no. En

El mismo principio vale también para las copias de un documento privado cuando se realizan de la forma exigida jurídicamente o cuando su conformidad al original se certifica oficialmente o no se impugna.⁹⁵ En general, las mismas reglas se aplican a las fotocopias de documentos públicos y privados. Cuando las copias se hacen sin cumplir con los requisitos jurídicamente establecidos, éstas no pueden tener el mismo valor probatorio que los originales y serán valoradas discretionalmente por el tribunal.⁹⁶

En los sistemas de *common law*, las copias de documentos escritos también son importantes, pero desde una perspectiva diferente. El problema no es determinar cuándo una copia tiene el mismo valor probatorio que el original, sino cuándo se puede presentar una copia en lugar del documento original. La regla general es que cuando una de las partes tiene que probar los contenidos de un documento, tiene que presentar pruebas directas del mismo, esto es, el documento original. En algunos casos, sin embargo, es posible presentar una copia en vez del original con el propósito de demostrar los contenidos del original.⁹⁷

66. *Autenticidad de los documentos en el common law.* El uso como pruebas y el valor probatorio de los documentos se basa en la posición de que éstos son genuinos y auténticos. Es obvio que sólo cuando un documento tiene estos requisitos puede utilizarse como medio de prueba de un hecho o de una transacción jurídica. Por ello, el problema es garantizar y verificar la autenticidad y la fiabilidad de los documentos escritos.

el primer caso, la copia sólo prueba los contenidos del original (art. 1.334 del Código Civil francés); en el segundo caso, la copia tiene el mismo valor probatorio que el original cuando fue elaborada en ciertas condiciones (en esencia, ante la presencia o con el consentimiento de ambas partes) o cuando es muy antigua. De otro modo, la copia tiene un valor probatorio limitado (art. 1.335 del Código Civil). Véase Teresi, 2003: 504.

⁹⁵ Cfr., por ejemplo, los artículos 2.715 y 2.719 del Código Civil italiano; también Comoglio, 2004a: 376.

⁹⁶ Una imitación especial es la que se estipula en el artículo 2.717 del Código Civil italiano, según el cual tales copias sólo pueden tener un valor probatorio limitado.

⁹⁷ En Inglaterra, éste es el caso cuando la otra parte no presenta el original, cuando éste se ha perdido, cuando no es posible presentarlo, cuando el documento es público y para registros bancarios. Véase Cross y Tapper, 1990: 684. En el sistema federal de Estados Unidos, los duplicados se suelen admitir bajo el amparo de la regla 1003 de las *Federal Rules of Evidence*, a menos que se impugne la autenticidad del original o cuando el uso de un duplicado sea injusto (véase Graham, 2003: 584; 2002: 264; Saltzburg, Martin y Caba, 2002: vol. 5, 1003-2; Giannelli, 2003: 396; Furedentzhal y Singer, 1985: 255). También se admiten otras pruebas «distintas del original» bajo la regla 1004, cuando el original se ha perdido o no se puede conseguir, o cuando está en posesión de la otra parte o tiene que ver con asuntos colaterales (véase Graham, 2003: 386; 2002: 274; Saltzburg, Martin y Caba, 2002: vol. 5, 1004-2; Giannelli, 2003: 397; Furedentzhal y Singer, 1985: 256; Metzler y Kirschenrick, 2003: 1092). Sobre las copias de registros públicos, véase la regla 1005 de las *Federal Rules of Evidence*. Graham, 2003: 590; Giannelli, 2003: 399; Metzler y Kirschenrick, 2003: 1100.

En los sistemas de *common law*, las pruebas documentales suelen ser admitidas como cualquier otro medio de prueba y su valor probatorio no está determinado por el derecho. Sin embargo, el problema puede ser de terminar si el documento es fiable: dado que se presenta para probar sus propios contenidos, el documento debe ser genuino. Dicho con más propiedad: la parte en cuestión debe mostrar que el documento es realmente lo que parece ser. En Estados Unidos, éste es un problema de autenticación y atañe a los documentos del mismo modo que a cualquier otra cosa usada como medio de prueba⁹⁸; no obstante, diversas reglas sobre la autenticación tienen que ver exclusiva o principalmente con los documentos escritos. Cuando la relevancia del documento depende de la certeza de su autoría, el documento tiene que apoyarse en pruebas que muestren la autenticidad de su autoría en un nivel superior al requerido en la vida ordinaria⁹⁹. Según la regla 901 de las *Federal Rules of Evidence*, existen varias clases de autenticación, algunas de las cuales se usan especialmente para la autenticación de documentos. Éste es el caso, por ejemplo, de un testimonio relacionado con la escritura y la firma de un documento por parte de una determinada persona, de la opinión de un testigo no experto familiarizado con la escritura del presunto autor, de la comparación (tal vez hecha por un perito) entre el documento y otros escritos no documentados, y en general de la valoración de los caracteres distintos del documento hecha por el tribunal¹⁰⁰. La prueba de custodia suele ser suficiente para la autenticación de los registros públicos y también para autenticar información almacenada en ordenadores¹⁰¹. Sin embargo, los métodos listados en la regla 901 sólo son ilustrativos y se puede usar cualquier otro medio real con el mismo propósito. Con el fin de reducir la carga de la autenticación, la regla 902 regula no menos de diez casos de documentos «auto-autenticados»; es decir, documentos que razonablemente se presumen auténticos y, por lo tanto, no requieren más medios de prueba¹⁰². Entre ellos están los casos de documentos públicos nacionales y extranjeros, las copias certificadas de registros públicos y documentos mercantiles. La presunción de autenticidad de dichos documentos se basa en la relativa baja probabilidad de mentira o error,

⁹⁸ Véase la regla 901 (a) de las *Federal Rules of Evidence*; GRAHAM, 2003: 551; 2002: 223; SAITZBURG, MARTIN y CARA, 2002: vol. 5, 901-5; GIANNELLI, 2003: 375; LILLY, 1987: 514; ROTHSTEIN, RAEDER y CRUMP, 2003: 587; FRIEDENTHAL y SINGER, 1985: 240; LEPPER, GROSS y LIEBMAN, 2000: 1151; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 995; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 5, 901-15.

⁹⁹ Véase ROTHSTEIN, RAEDER y CRUMP, 2003: 588; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 1000.

¹⁰⁰ Cf. GRAHAM, 2003: 531; 2002: 225, 229, 231, 233; GIANNELLI, 2003: 377; FRIEDENTHAL y SINGER, 1985: 241; SAITZBURG, MARTIN y CARA, 2002: vol. 5, 901-9, 901-17, 901-26; SAITZBURG y REIDEN, 1977: 640; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 5, 901-20, 901-23, 901-29, 901-46.

¹⁰¹ Véase la regla 901(b)(7); GRAHAM, 2003: 545; 2002: 238; SAITZBURG, MARTIN y CARA, 2002: 5, 901-15; GIANNELLI, 2003: 379; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 1003, 1015; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 5, 901-92.

¹⁰² Consultense GRAHAM, 2003: 552; 2002: 243; FRIEDENTHAL y SINGER, 1985: 248; SAITZBURG, MARTIN y CARA, 2002: vol. 5, 902-6; LEPPER, GROSS y LIEBMAN, 2000: 1162; GIANNELLI, 2003: 380; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 1027; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 5, 902-8.

pero esa presunción no puede ser absoluta. El carácter genuino de un documento auto-autenticado siempre puede ser impugnado por la otra parte y tiene que ser valorado por el juzgador.

En Inglaterra se ha adoptado un sistema similar pero mucho menos complicado. La regla general en el caso de los documentos públicos es que basta la presentación de copias como medio de prueba¹⁰³. En el caso de los documentos privados, se debe probar que han sido elaborados debidamente. La debida elaboración de un documento privado puede ser demostrada mediante pruebas testimoniales de la escritura del autor, a través de la opinión de un testigo familiarizado con su escritura o por medio de una comparación con otras muestras manuscritas indiscutibles¹⁰⁴. Cuando es necesario dar fe, como en el caso de los testamentos, esto se puede hacer por medio de testigos. Y sólo cuando los testigos no están disponibles se pueden usar otras pruebas de escritura. Se han creado algunas presunciones con el fin de aligerar, en algunos casos, la carga de probar la debida elaboración de un documento escrito: sin embargo, la autenticidad del documento tiene que ser probada en la mayoría de los casos y siempre tiene que ser valorada por el tribunal¹⁰⁵.

67. *Autenticidad de los documentos en el civil law*. En los sistemas de *civil law* se suele presumir el carácter genuino y auténtico, a partir de su apariencia, de los documentos públicos y oficiales¹⁰⁶. No obstante, se ofrecen diversos mecanismos para los casos en que el documento sea dudoso o resulte impugnada su autenticidad. Los sistemas alemán y austriaco aplican un enfoque sencillo: cuando existen dudas en relación con un documento, el juez, incluso por iniciativa propia, puede pedir explicaciones acerca de la autenticidad del documento al funcionario o a quien lo haya escrito o elaborado¹⁰⁷. Si esas explicaciones no son suficientes para resolver la duda, la parte que presentó el documento tiene la carga de probar que es auténtico. En todo caso, la presunción de autenticidad puede ser superada por las pruebas en contrario presentadas por la parte que afirma que el documento es falso. En consecuencia, el problema de la fiabilidad del documento se considera como cualquier otro problema disputado por las partes y se resuelve tomando como base los medios de prueba presentados por ellas y mediante una valoración discrecional del tribunal¹⁰⁸.

¹⁰³ Consultense, por ejemplo, el *Civil Evidence Act* de 1995, sec. 8(b); DENNIS, 1999: 372, 377; GROSS y TAMPER, 1999: 690.

¹⁰⁴ Véase DENNIS, 1999: 378; GROSS y TAMPER, 1999: 690; CURZON, 1986: 96.

¹⁰⁵ Cf. DENNIS, 1999: 378; GROSS y TAMPER, 1999: 694; CURZON, 1986: 98.

¹⁰⁶ Véase, e. g., el Código Procesal Civil alemán, § 437; BAUMACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 437; ZPO-KOMM, 1987: § 437; el Código Procesal Civil austriaco, § 310, apartado 1; FASCHING, 1990: 497.

¹⁰⁷ Véase el Código Procesal Civil alemán, § 437, apartado 2, y el Código Procesal Civil austriaco, § 310. También las referencias de la nota anterior.

¹⁰⁸ Cf., por ejemplo, MURAV y STORNER, 2004: 279.

Las cosas son mucho más complicadas en los sistemas de *civil law* que siguen el modelo francés. En esos sistemas, la autenticidad de los documentos públicos y oficiales sólo puede ser impugnada a través de medios muy formales y mediante procedimientos especiales. La objeción de la autenticidad de un documento público se conoce con el nombre de *inscription de faux* en Francia, *querrela di falso* en Italia y *coitejo* en España. Puede ser iniciado como un proceso autónomo o bien en el marco del proceso en el que se ha presentado el documento como prueba. En el primer caso, el litigio específico tiene por objeto establecer con un fallo final ordinario si el documento es auténtico o falso.¹⁰⁹ En el segundo caso, se hace un tipo de subproceso dentro del proceso principal sobre el fondo. El derecho regula detalladamente este subproceso, establece la forma de la pretensión, el papel y las facultades del tribunal, y el papel del fiscal o ministerio público.¹¹⁰ El problema de la autenticidad de un documento se trata y decide entonces como una pretensión objeto de una causa autónoma y específica.

El problema de la autenticidad de los documentos privados se trata como una cuestión distinta y se resuelve basándose principalmente en el comportamiento de las partes. Cuando un escrito privado se presenta contra su supuesto autor, éste puede elegir qué hacer: Si reconoce que su firma en el documento es auténtica, entonces el documento tiene el valor probatorio determinado por el derecho (véase *supra* § 59). Si la parte no se manifiesta en ningún sentido, el documento se considera reconocido y, por consiguiente, auténtico.¹¹¹ Por tanto, si la parte en cuestión quiere evitarlo tiene que negar expresamente la autenticidad de la firma que se le atribuye.¹¹² En tal caso, el documento tiene que ser verificado por medio de un procedimiento especial en el que la parte que presentó el documento puede demostrar que la firma de la otra es genuina.¹¹³ Para

¹⁰⁹ Véanse los artículos 303 y 314 del Código Procesal Civil francés; MAZZAUO, MAZZAUO y CHAVAS, 2000, t. I, vol. 1, 595, 607; THARE, 2003, 487; VINCENT y GUINCHARD, 2003, 806; CAHIER, 2000, 509; el artículo 221 del Código Procesal Civil italiano; COMOGGIO, FERRI y TARUFFO, 1998, 661; COMOGGIO, 2004a, 310; CARRI y TARUFFO, 2002, 692. Véanse también KIEJMANOVICH, 1996, 320; HINOSTROZA MINQUEZ, 2000, 216.

¹¹⁰ Cf. el Código Procesal Civil francés, artículos 303-305 y 306-309; el Código Procesal Civil italiano, artículos 221-225; la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículos 340, 341, 349 y 350; el Código Modelo Latinoamericano, artículo 162.

¹¹¹ Véanse el Código Procesal Civil alemán, § 439; MURRAY y STRASSER, 2004, 279; BAUM-BACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARMANN, 2003, § 439; ZPO-KOMM, 1987, § 439; el Código Procesal Civil italiano, artículo 215; COMOGGIO, FERRI y TARUFFO, 1998, 669; COMOGGIO, 2004a, 334; la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículo 326, 1; DE LA OLIVA SANTOS y Díez-Picazo GIMÉNEZ, 2000, 337.

¹¹² Véanse de nuevo el Código Procesal Civil alemán, § 439, y las referencias de la nota anterior. Cf. también el Código Procesal Civil austriaco, § 314; FASCHING, 1990, 497; el Código Procesal Civil francés, artículo 287; VINCENT y GUINCHARD, 2003, 799; CAHIER, 2000, 507; el Código Procesal Civil italiano, artículo 214; COMOGGIO, 2004a, 335; CARRI y TARUFFO, 2002, 679; el Código Modelo Latinoamericano, artículo 161; KIEJMANOVICH, 1996, 299, 318.

¹¹³ A veces es posible pedir la verificación de un documento en un proceso autónomo iniciado por una de las partes que plantea usar el documento posteriormente. Véanse el Código Pro-

verificarlo es posible hacer una comparación con otros escritos no impugnados y el tribunal puede ordenar que éstos sean presentados. Sobre la base de esta comparación y de las demás pruebas disponibles, el tribunal decidirá si la firma en disputa es genuina.¹¹⁴

En algunos sistemas se prevé otro mecanismo para garantizar la autenticidad de la firma de documentos privados: la autenticación oficial de la firma, que se puede hacer en el mismo momento en que el documento es firmado. Un notario público o algún otro funcionario autorizado declara que el documento ha sido firmado en su presencia y por cierta persona. Este método tiene por objeto asegurar la autenticidad de la firma, de modo que el valor probatorio del documento privado será cierto cuando el documento sea presentado como medio de prueba. Sin embargo, la declaración oficial sobre la firma puede ser impugnada por los mismos medios que se establecen para los documentos públicos.¹¹⁵

3. PRUEBAS INFORMÁTICAS

68. *Los ordenadores como fuentes de prueba.* Los avances de la informática y la telemática y el uso cotidiano de ordenadores en un número creciente de dominios tienen un amplio abanico de efectos sobre la experiencia jurídica y sobre la práctica del derecho. Algunos de estos efectos tienen que ver con las pruebas en el proceso civil: cada vez con más frecuencia las transacciones se estipulan o documentan por medio de ordenadores, y los registros informáticos y las copias impresas se suelen usar como pruebas.¹¹⁶ Así, dada la naturaleza singular de los datos almacenados en los ordenadores y las importantes diferencias existentes entre esos datos y los documentos escritos,¹¹⁷ surge el problema de establecer cuándo son admisibles estos muy peculiares datos y documentos como pruebas judiciales, cómo se pueden reunir y presentar, y qué valor probatorio pueden alcanzar.

cesal Civil francés, artículo 296; VINCENT y GUINCHARD, 2003, 802; CAHIER, 2000, 509; el Código Procesal Civil italiano, artículo 216, § 2; COMOGGIO, FERRI y TARUFFO, 1998, 670; COMOGGIO, 2004a, 335; CARRI y TARUFFO, 2002, 687; la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículo 326, 2; MONTEJO ARCOA, 2002, 230.

¹¹⁴ Consídelase el Código Procesal Civil alemán, §§ 441 y 442; MURRAY y STRASSER, 2004, 279; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARMANN, 2003, § 441, 442; el Código Procesal Civil francés, artículo 288; VINCENT y GUINCHARD, 744; el Código Procesal Civil italiano, artículo 218; COMOGGIO, 2004a, 340; CARRI y TARUFFO, 2002, 690.

¹¹⁵ Cf., por ejemplo, el Código Civil italiano, artículo 2, 703, y el Código Modelo Latinoamericano, artículo 162, 1.

¹¹⁶ Véase GARTMAN, 1999, I, 137. Para un panorama general véanse también HÖR y MAJSA, 1989, 50, 656, y los ensayos recopilados en THAMMIX DE L'ASSOCIATION HERRI CAPTANT, 1988, 137-236. Cf. también VON SPOENCK, 1991, 269; FALCON, 2003, vol. 1, 894.

¹¹⁷ Consídelase GARTMAN, 1999, 7.

En algunos casos, esto no plantea problemas importantes. Cuando se usa un ordenador simplemente como procesador de textos, en lugar de una máquina de escribir, o cuando una copia impresa se usa como un texto que está firmado personalmente por las partes, el resultado final es un documento común y corriente que puede ser presentado como cualquier otro tipo de prueba escrita. Cuando un sistema informatizado se usa para reproducir un documento o un texto, el resultado es una copia que puede ser usada como cualquier otra copia de un documento (véase *supra* § 65).

Si surgen, en cambio, problemas importantes cuando los datos y archivos informáticos se usan en lugar de los documentos escritos ordinarios. En realidad, la práctica actual en todo el mundo es usar los registros computarizados como único soporte en muchas transacciones. Y cuando estas transacciones tienen que ser probadas en un proceso judicial pueden plantearse varios problemas: los datos pueden estar almacenados en diferentes sitios; es posible emplear distintas bases de datos y sistemas de *software*; la información relevante puede estar oculta o protegida, etcétera.¹¹⁸ Asimismo, aun cuando las pruebas electrónicas se impriman, los documentos resultantes no son «escritos» en el sentido tradicional y en la mayoría de los casos no han sido firmados personalmente por sus autores. Por tanto, el peligro de falsificación, errores y mal uso o abuso se da de forma especialmente frecuente y relevante, siendo su alcance, en alguna medida, todavía desconocido. Los distintos sistemas jurídicos empezaron a reaccionar a esta situación en un intento de ofrecer una regulación adecuada del nuevo ámbito de las «pruebas informáticas».

69. *Las pruebas informáticas en el common law.* En los sistemas de *common law*, el problema de las pruebas informáticas fue abordado principalmente desde la perspectiva de la regla del testimonio de oídas (véase *supra* § 25). Ya que admitir pruebas informáticas significaría admitir el uso de una fuente de prueba que no está bajo el control directo del juzgador. Tras años de debates se dejó a un lado la regla del testimonio de oídas y se consideraron admisibles las pruebas informáticas. En Estados Unidos fueron en esencia los tribunales quienes lo hicieron: crearon una nueva excepción a la regla del testimonio de oídas al admitir pruebas informáticas, aunque su fuente original no pueda ser contrainterrogada. Así, la regla 803(6) de las *Federal Rules of Evidence* se interpreta que incluye las pruebas electrónicas entre los «archivos» o «grabaciones» que se admiten por la vía de la excepción a la regla del testimonio de oídas, y la regla 803(8) de esas mismas *Federal Rules* se interpreta que incluye los documentos electrónicos en el concepto general de «archivo público» o «grabación pública»¹¹⁹. El problema de controlar la fiabilidad de las

pruebas informáticas se resuelve, entonces, exigiendo la prueba de diversas condiciones, al menos cuando la autenticidad o la fiabilidad de las pruebas informáticas se impugne: el equipo de cómputo debe ser estándar, el proceso tiene que haber sido ejecutado correcta y apropiadamente, y el programa tuvo que haber sido puesto en marcha adecuadamente. En pocas palabras: se debe probar que toda la maquinaria que produjo el archivo funcionó correcta y apropiadamente.¹²⁰

En Inglaterra se adoptó una solución similar a través de la *Civil Evidence Act* de 1968, que hacía referencia a una amplia definición de «documentos» en la que se incluían también los archivos informáticos. La sección 5 se ocupaba de manera específica de la admisibilidad de documentos producidos por ordenador y exigía que se cumplieran varias condiciones específicas. Posteriormente, sin embargo, se prescindió de esas disposiciones¹²¹ y los documentos informáticos fueron tratados como cualquier otra clase de documento, presumiendo su autenticidad a menos que se demuestre lo contrario¹²². Más recientemente, los legisladores ingleses tuvieron que ocuparse de la regulación de documentos electrónicos para acatar la Directiva núm. 93/1999 de la Unión Europea. En consecuencia, el problema de la firma electrónica de documentos generados por ordenador ha quedado regulado por la *Electronic Communications Act 2000*¹²³ y por la *Electronic Signatures Regulation 2002*.

Así pues, puede decirse que en ambos sistemas se ha establecido la admisibilidad de las pruebas informáticas, abandonando reglas tradicionales de exclusión, y que la fiabilidad de tales pruebas se ha garantizado exigiendo que se cumplan condiciones especiales en relación con el funcionamiento y el uso de los ordenadores.

70. *Pruebas informáticas en el civil law.* En los sistemas de *civil law* el problema de las pruebas informáticas es más complicado debido a las reglas acerca de la forma de los contratos y de las características de los documentos escritos. En muchas transacciones, las pruebas tradicionales estaban constituidas por documentos escritos públicos o privados firmados por las partes o por su autor (véase *supra* apartado 2). Las pruebas informáticas no concuerdan con este modelo de medios de prueba documentales, porque los archivos informáticos no son escritos,

vol. 4, 803-135; LEAFERT, GROSS y LEBMAN, 2000: 606, 608; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 851, 861.

¹¹⁸ Véase la nueva regla 901(b)(9) de las *Federal Rules of Evidence*, que se ocupa de la autenticación de los archivos informáticos; cf. GRANAM, 2003: 549; 2002: 241; SALTZBURG, MARTIN y CARA, 2002: vol. 5, 901-21; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 1022; GARTMAN, 1999: 159; WEINSTEIN y BERGER, 1973: vol. 5, 901-106.

¹¹⁹ Véase DENNIS, 1999: 385.

¹²⁰ Cf. la *Civil Evidence Act 1995*, apartado (13), que utiliza una definición amplia de «documentos», incluyendo también los documentos generados por ordenador; DENNIS, 1999: 386.

¹²¹ El apartado 7 de esta ley establece la validez jurídica y la admisibilidad de los archivos electrónicos.

¹¹⁸ Véase, principalmente, GARTMAN, 1999: 31, 39.

¹¹⁹ Consultense GRANAM, 2003: 455, 469; 2003: 241; SALTZBURG, MARTIN y CARA, 2002:

en el sentido tradicional del término, y porque en muchos casos el archivo no está firmado. Asimismo, los métodos habituales para verificar la autenticidad y el carácter genuino de los documentos no son aplicables a las pruebas informáticas (véase *supra* § 67).

En cuanto al hecho de que los datos almacenados en un ordenador no son «escritos» en el sentido tradicional, la respuesta dominante subraya analogías posiblemente existentes entre pruebas informáticas y pruebas documentales, y reconoce que los documentos pueden ser creados también por medio de los nuevos recursos técnicos¹²⁴. Este punto es importante porque permite abordar el problema de los contratos que exigen una forma escrita para que la transacción sea válida, o al menos una prueba escrita de ella¹²⁵.

Con posterioridad a la Directiva núm. 93 emitida por la Unión Europea el 13 de diciembre de 1999, diversos países europeos promulgaron leyes específicamente relacionadas con las pruebas informáticas. Por ejemplo, en Francia, el 13 de marzo de 2000 se promulgó la Ley 2000-230, que se basa en la asunción de la plena equivalencia entre las pruebas informáticas y las pruebas escritas, siempre que el autor de la declaración pueda ser identificado fácilmente y el documento electrónico haya sido creado y conservado debidamente¹²⁶. En Italia se han promulgado varias leyes en los últimos años; actualmente, las pruebas informáticas están reguladas por una ley de 15 de febrero de 2002. También en este caso, la nueva regulación sigue el principio básico de una equivalencia entre las pruebas informáticas y las pruebas documentales, con disposiciones detalladas en cuanto a las técnicas que se deben adoptar para crear documentos electrónicos¹²⁷. Esta solución puede ser satisfactoria cuando no se requieren tipos especiales de pruebas documentales, ya que los documentos informáticos se consideran, en esencia, equivalentes a los documentos privados. Sin embargo, esto no funciona cuando el derecho exige documentos especiales, como escrituras oficiales o públicas¹²⁸.

Otro problema no menos importante tiene que ver con la firma de los documentos. En los documentos ordinarios se suele exigir una firma para identificar al autor de las declaraciones asentadas en ellos, y se establecen mecanismos especiales para controlar este aspecto (véase *supra*

¹²⁴ Cf., e. g., Varese, 1990: 718. Véanse también Montero Aroca, 2000: 367; FALCÓN, 2003: vol. I, 898.

¹²⁵ Von Sponneck, 1991: 270, por ejemplo, pone énfasis en estas analogías, pero las mismas son cuestionadas por otros autores; véase, entre ellos, REIBER, 1984: 2394.

¹²⁶ Otro decreto, el 2001-272, promulgado el 30 de marzo de 2001, modificó el artículo 1.316 del Código Civil francés para incluir en el supuesto de la firma electrónica y para admitir el uso de archivos electrónicos como medios de prueba. Véase LACROIX, 2000: 100; TERRÉ, 2003: 511; MAZEAUD, MAZEAUD Y CHEVAL, 2000: t. I, vol. 1, 557, 559, 597.

¹²⁷ Cf., principalmente, GRAZIOSI, 2003: 61. Véase también COMARRO, 2004a: 384, 395.

¹²⁸ Véase, e. g., Vaire, 1990: 722.

§ 59). Y dado que los archivos informáticos no están firmados, éstos no podrían utilizarse normalmente como medios de prueba de transacciones contractuales. Se ha dado una solución práctica a esta dificultad reconociendo que la firma electrónica, formulada conforme a métodos técnicos y jurídicos específicos, es equivalente a la firma manuscrita¹²⁹. Sin embargo, queda sin resolver el problema de la admisibilidad como medio de prueba de los documentos electrónicos que no están firmados.

71. *El valor probatorio de las pruebas informáticas.* Cuando los archivos informáticos se admiten como medios de prueba tiene que determinarse su valor probatorio. En general, se puede decir que éste es estimado discretionalmente por el juzgador¹³⁰ y que, en todo caso, un archivo informático nunca tiene la fuerza vinculante de algunos documentos especiales regulados por el derecho¹³¹. No obstante, en algunos sistemas un documento escrito tiene valor probatorio sólo cuando reúne ciertos rasgos específicos previstos jurídicamente. Dado que es posible que los documentos informáticos no tengan estos rasgos, surge de nuevo el problema de su valor probatorio. Una opinión bastante común es que los archivos informáticos deben tener el valor probatorio limitado que se atribuye a las pruebas circunstanciales, pues sólo estamos ante una prueba documental con pleno valor probatorio cuando el documento se adecúa a las exigencias jurídicas¹³². Algunas veces se considera que un archivo informático es el *commentement* de una prueba escrita que puede justificar la admisión de pruebas testificales¹³³; otras, se asume que se puede admitir el archivo informático como prueba cuando se exige una prueba escrita pero la parte que debe producirla no tuvo la oportunidad de que el documento obrara en su poder¹³⁴. Queda claro, sin embargo, que éstas son sólo unas cuantas situaciones excepcionales en las que se puede usar un simple archivo informático como medio de prueba cuando el derecho exige una prueba escrita. Por otra parte, cuando un documento informático está firmado por los medios especiales jurídicamente establecidos resulta equivalente a un documento privado con una firma certificada¹³⁵. En suma, decir que el valor probatorio de los medios de prueba informáticos se deja a la valoración dis-

¹²⁹ Véase, e. g., la ley italiana de 2002 antes mencionada, que incluye una regulación detallada de la «firma electrónica». Cf. GRAZIOSI, 2003: 64; COMARRO, 2004a: 392, 395. Cf. también la ley francesa citada *supra* en la nota 126, y las *Electronic Signatures Regulations 2002* de Inglaterra. Para el caso de España, consúltense MONTEIRO AROCA, 2000: 197, y MONTEIRO AROCA, 2002: 371, 375.

¹³⁰ Consúltense TERRÉ, 2003: 515; LACROIX, 2000: 101; GRAZIOSI, 2003: 63; COMARRO, 2004a: 397; FALCÓN, 2003: vol. I, 908.

¹³¹ Véanse, e. g., Von Sponneck, 1991: 270; HUET y MASSI, 1989: 664, 668.

¹³² Véanse HUET y MASSI, 1989: 664, 670, 690; REIBER, 1984: 2394; VERHEYDEN y JEANMAIR, 1991: 407.

¹³³ Consúltense, por ejemplo, LACROIX, 2000: 103.

¹³⁴ Véase HUET y MASSI, 1989: 664.

¹³⁵ Cf., por ejemplo, GRAZIOSI, 2003: 69; COMARRO, 2004a: 397, 399.

crecional del juzgador puede parecer como una forma de evadir el problema, más que una solución al mismo.

4. PRUEBAS PERICIALES

72. *La función de las pruebas periciales.* Ni los jueces ni los jurados son omniscientes, y éste es un problema en todos los sistemas probatorios. Esta limitación tiene consecuencias muy diversas, la más importante de las cuales es que el juzgador puede no tener el conocimiento científico o técnico que se requiere para establecer y evaluar algunos hechos en litigio. Por otra parte, cada vez con más frecuencia las materias de litigio civil involucran hechos que van más allá de las fronteras de una cultura común o promedio, que es el tipo de cultura no jurídica típica de un juez o de un jurado.¹³⁶ Cuando la cultura del juzgador no es adecuada para ocuparse de los rasgos técnicos o científicos específicos de los hechos litigiosos es necesario complementarla. Por ello, todos los sistemas procesales tienen que utilizar algunas formas de prueba pericial. Esto significa que hay que recurrir a peritos expertos en diversos ámbitos para ofrecer al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para decidir el caso.

73. *Las pruebas periciales en el common law.* En los sistemas de *common law*, el mecanismo típico para la presentación de pruebas periciales pasa por la consideración del perito como testigo: de ahí la noción de «testigo experto». En otras palabras, el principio básico es que las pruebas periciales se tienen que presentar aplicando los mismos mecanismos procesales que se utilizan para las pruebas testificales. El perito es, pues, interrogado como testigo, aunque se trata de un testigo muy especial.¹³⁷ En su calidad de testigo, en Estados Unidos, el perito normalmente es presentado por una de las partes.¹³⁸ Ambas partes presentan a sus propios testigos expertos con el fin de ofrecer al tribunal los conocimientos especiales necesarios para decidir sobre los hechos. En consecuencia, las partes deciden si presentan o no testigos expertos, los eligen, los preparan para el juicio y les pagan.¹³⁹ Se genera así la figura del perito o testigo experto como un «pistolero a sueldo», dispuesto a servir a la parte que lo convoca.¹⁴⁰

La necesidad de presentar testigos expertos suele ser definida en términos muy amplios, que incluyen, por ejemplo, la oportunidad «de entender las pruebas» y «determinar un hecho litigioso»¹⁴¹. En Estados Unidos, el tribunal puede nombrar peritos de oficio y puede designar a un perito indicado por las partes o seleccionarlo de manera autónoma¹⁴², pero en la práctica casi nunca se aplica esta facultad¹⁴³.

En Inglaterra, el sistema era muy parecido, pero la práctica de que las partes nombren a sus propios peritos fue abandonada y en 1999 se introdujo un cambio total: actualmente, las partes no pueden utilizar pruebas periciales sin la autorización del tribunal y éste tiene amplios poderes de control sobre las pruebas periciales. El tribunal determina el número de expertos, las materias sobre las que se pueden admitir pruebas periciales y las formas en que éstas deberán ser presentadas. Una novedad particularmente interesante es la del «perito único conjunto», aunque esto sólo parece apropiado para casos sencillos¹⁴⁴.

La identificación de las personas que se pueden presentar como testigos expertos es bastante vaga: el experto o perito está calificado «por conocimientos, destrezas, experiencia, entrenamiento o educación»¹⁴⁵, aunque en muchos casos las calificaciones específicas son importantes. El tribunal puede controlar cuidadosamente la calificación profesional del perito, con el fin de garantizar su capacidad de ofrecer al tribunal información científica y técnica fiable (véase *infra* § 76).

Según la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence*, la prueba pericial se puede presentar «en la forma de un dictamen pericial o de otro modo». Por lo tanto, puede suceder que se permita al perito expresar su propio dictamen acerca de los hechos litigiosos, o que se le pida que anuncie algunos conocimientos o principios generales a partir de los cuales el juzgador pueda extraer inferencias relevantes sobre los he-

sin embargo, se dice que el testigo experto tiene un deber absoluto de ayudar al tribunal a llegar a una decisión justa, y este deber tiene prioridad sobre cualquier otro que se pueda tener con el cliente. Véase DENNIS, 1999, 665.

¹⁴¹ Regla 702 (*supra*, n. 137); GRAHAM, 2003: 314; LILLY, 1987: 484; SMITH Y WYNN, 1989: 4.

¹⁴² Cfr. la regla 706; GRAHAM, 2003: 363; 2002: 706; SALTZBURG, MARTIN Y CARA, 2002: vol. 3, 706-3; GIOANNELLI, 2003: 311; MUELLER Y KIRKPATRICK, 2003: 648. En Inglaterra, actualmente, se favorece especialmente la práctica de nombrar expertos señalados de manera conjunta por las partes; véase *Civil Procedural Rules*, 35.7; ZICKERMAN, 2003: 623.

¹⁴³ Véase CECIL Y WILLIAMS, 1993: 3, para un amplio análisis de la práctica estadounidense. Consúltese también LEMPERT, GROSS Y LERMAN, 2000: 1056; SALTZBURG, MARTIN Y CARA, 2002: vol. 3, 706-3.

¹⁴⁴ Véanse las *Civil Procedural Rules*, 35.4(1); ZICKERMAN, 2003: 616, 619, 620; ANDREWS, 2003: 739, 743, 744, 754; BLUM Y COOPER, 2002: 341. Sobre cómo era el sistema antes de la reforma y los problemas que planteaba, cfr. ANDREWS, 2003: 740; CROSS Y TAPPER, 1990: 496.

¹⁴⁵ Véanse la regla 702; GRAHAM, 2003: 335; 2002: 294; SALTZBURG, MARTIN Y CARA, 2002: vol. 3, 702-10; LEMPERT, GROSS Y LERMAN, 2000: 1025; ROTHSTEIN, RAIDER Y COOPER, 2003: 313; WEINSTEIN Y BERGER, 1975: vol. 3, 702-4; MUELLER Y KIRKPATRICK, 2003: 616. Sobre estándares similares aplicados en Inglaterra, consúltese ZICKERMAN, 2003: 619; DENNIS, 1999: 661.

¹³⁶ Según LEMPERT, GROSS Y LERMAN, 2000: 1011, en los tribunales de California los testigos expertos participaron en el 95 por 100 de los juicios en el periodo (1990-1991).

¹³⁷ Véase la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas; GRAHAM, 2003: 314; 2002: 292; SALTZBURG, MARTIN Y CARA, 2002: vol. 3, 702-7; GIOANNELLI, 2003: 295; LEMPERT, GROSS Y LERMAN, 2000: 1019, 1030; ROTHSTEIN, RAIDER Y COOPER, 2003: 312; LILLY, 1987: 483; MUELLER Y KIRKPATRICK, 2003: 615; FRECHETON, 1987: 3, 203. Acerca del sistema inglés, véase ZICKERMAN, 2003: 616; DENNIS, 1999: 657; GROSS Y TAPPER, 1990: 497, 501; COZZON, 1986: 211.

¹³⁸ Sobre la presentación del testimonio experto consúltese MALONE Y ZWIER, 2000: 85; 143; LUBERT, 1998: 51, 79, 95, 111.

¹³⁹ Véase MALONE Y ZWIER, 2000: 5, 43; LUBERT, 1998: 31.

¹⁴⁰ Véase FARUPO, KAYE, SAKS, SANDERS Y CHENG'S, 2002b: vol. 1, 100. En Inglaterra,

chos en litigio¹⁴⁶. El perito emitirá su dictamen a partir de su conocimiento personal de los hechos relevantes o respondiendo preguntas hipotéticas planteadas por el tribunal o por las partes¹⁴⁷. Desde este punto de vista, el rasgo distintivo más importante de la prueba pericial es que al experto se le permite expresar su propia opinión sobre los hechos en disputa, ya que ésta es una excepción a la regla general según la cual a ningún testigo se le permite expresar su opinión personal sobre los hechos¹⁴⁸. No obstante, el dictamen pericial debe basarse en hechos que tienen que ser probados y debe sustentarse en datos e información científica y técnicamente fiable (véase *infra* § 76). En las últimas décadas, este sistema tradicional de presentación de pruebas periciales en los sistemas de *common law* ha recibido severas críticas, principalmente en Estados Unidos. Aunque son diversos los aspectos del sistema criticados, dos de ellos lo han sido especialmente: a) el hecho de que los peritos sean elegidos por las partes, quienes tienden a seleccionar al perito —y a pagarlo— siempre que éste exprese una opinión a su favor; b) el hecho de que en un buen número de casos los peritos no estén bien cualificados; son nombrados en un «mercado de peritos» en función de su disponibilidad para favorecer a una parte o a la otra, de modo que el «conocimiento» que ofrecen al tribunal es sesgado, no neutral, no independiente y, con frecuencia, poco fiable¹⁴⁹. Ahora bien, este sistema ha calado tan profundamente en los hábitos de la práctica jurídica estadounidense —tanto de los abogados como de los jueces— que no es posible prever cambio real alguno. En todo caso, la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence* fue enmendada en el año 2000 para codificar los estándares sobre la admisibilidad de pruebas científicas que ya habían sido propuestos anteriormente. Así, para admitir pruebas periciales el tribunal tiene que determinar que el experto se base en hechos o datos suficientes, que utilice métodos y principios fiables, y que éstos se apliquen correctamente a los hechos de la causa¹⁵⁰.

Hasta cierto punto, la situación era similar en Inglaterra, con peritos que «tendían a actuar más como defensores de la parte contratante que como testigos independientes cuyo deber era auxiliar al tribunal en la determinación de la verdad»¹⁵¹. Sin embargo, en 1999 el sistema se transformó drásticamente y ahora el perito tiene una obli-

¹⁴⁶ Cfr. la regla 703 de las *Federal Rules of Evidence*; GRAHAM, 2003: 346; 2002: 295; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 3, 702-14; MITCHELL y KARAPINROK, 2003: 612; ZICKERMAN, 2003: 621.

¹⁴⁷ Véase SAUTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 3, 702-15; LEPPER y SAUTZBURG, 2000: 935; ROTHSTEIN, RAIBER y CAHAP, 2003: 54, 59; GRAHAM, 2002: 296.

¹⁴⁸ Véase ZICKERMAN, 2003: 617; DENNIS, 1999: 657; GROSS y TAPPER, 1990: 493.

¹⁴⁹ Véase, principalmente, GRAHAM, 2002: 336; LEPPER, GROSS y LIEMAN, 2000: 1054; FARMAN, KAYE, SAKS, SANDERS y CHENG'S, 2002: vol. 1, 93, 103; GROSS, 1991: 1123.

¹⁵⁰ Cfr. SAUTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 3, 702-48; GRAHAM, 2003: 341; ROTHSTEIN, RAIBER y CAHAP, 2003: 353.

¹⁵¹ Véase ZICKERMAN, 2003: 616.

gación fundamental de proceder con verdad, imparcialidad y transparencia ante el tribunal¹⁵².

74. *Las pruebas periciales en el civil law*. En los sistemas de *civil law*, el perito o experto no es un testigo y las pruebas periciales no tienen nada en común con las pruebas testificales. La figura del perito se distingue claramente de la figura del testigo. El testigo ofrece al tribunal su propio conocimiento personal de hechos relevantes específicos, mientras que el perito ofrece al tribunal datos e información científica o técnica general que éste necesita para valorar los hechos objeto de litigio¹⁵³. Ahora bien, el perito también puede expresar sus opiniones y evaluaciones de hechos específicos, o tomar conocimiento personal de algunos hechos o determinar, además, algunos hechos relevantes¹⁵⁴. Ello no obsta para que la principal función del experto sea ofrecer al tribunal conocimiento especializado que éste usará para su veredicto final sobre los hechos en disputa¹⁵⁵.

Desde este punto de vista, el principio más importante es que el perito tiene que ser neutral. El perito es un ayudante del tribunal cuya función consiste justamente en brindarle la información especializada que necesita, en términos objetivos, independientes e imparciales. En consecuencia, es asunto del tribunal elegir al experto y existen disposiciones especiales que tienen por objeto garantizar su neutralidad y fiabilidad¹⁵⁶. La tarea del perito puede incluir varias actividades: puede

¹⁵² Véanse las *Civil Procedural Rules*, 35:3; ANDREWS, 2003: 748; ZICKERMAN, 2003: 629.

¹⁵³ Véanse, por ejemplo, MORRAY y STORNER, 2004: 280; MISHKAK y STADLER, 1984: 56; ARENS y LOKE, 1992: 221; JACOBINO, 1991: 196; SCHLOSSER, 1983: 273; BAUMWACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 402, núms. 1-5; el artículo 335 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española; DE LA OLIVA SANTOS y DIEZ-PECAZO GIMENEZ, 2000: 351; MONTERO AROCA, 2002: 241; KIRILANOVICH, 1996: 439; HINOSTROZA MIRAZET, 2000: 227; FALCÓN, 2003: vol. 2, 4.

¹⁵⁴ El caso es distinto cuando el perito se ha enterado de algún hecho de la causa por su experiencia profesional. En este caso, también en el *civil law*, el perito o experto puede ser escuchado como testigo; cfr. el Código Procesal Civil alemán, § 414; MORRAY y STORNER, 2004: 282, 284; BAUMWACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 414, núm. 2; ZPO-KOMM, 1987: § 414; SCHLOSSER, 1983: 274; ARENS y LOKE, 1992: 216; JACOBINO, 1991: 197. Véanse también el Código Procesal Civil austriaco, § 350; FASCHING, 1990: 504. La *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, en su artículo 370.4, admite el testigo perito; véanse DE LA OLIVA SANTOS y DIEZ-PECAZO GIMENEZ, 2000: 354; MONTERO AROCA, 2002: 263. En el caso de Argentina véase FALCÓN, 2003: vol. 2, 17. Este tipo especial de testimonio puede existir aun cuando no esté especialmente previsto por el derecho; véase DENZI, 1983: 310.

¹⁵⁵ Cfr. JACOBINO, 1991: 196; ARENS y LOKE, 1992: 221; FASCHING, 1990: 516; 1959-1974: vol. 3, 466; MONTERO AROCA, 2000: 242, 251; FORT SERA, 2000: 70; RAMOS MÉRIZET, 1990: vol. 1, 625; SILVA MEJIA, 1963-1964: vol. 1, 273; KIRILANOVICH, 1996: 448; FALCÓN, 2003: vol. 2, 20.

¹⁵⁶ Constituyente, *et. g.*, el Código Procesal Civil italiano, artículos 61 y 191-193; COMOLIO, FERRI y TARUFFO, 1998: 679; COMOLIO, 2004a: 639; CARRI y TARUFFO, 2002: 186, 628; VILLANI, 1988: 326; el Código Procesal Civil francés, artículo 232; VINCENTI y GUINCHARD, 2003: 797; el Código Procesal Civil alemán, §§ 404 y 406; MORRAY y STORNER, 2004: 281; BAUMWACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: §§ 404, 406; ZPO-KOMM, 1987: § 404, núms. 1-9; § 406, núms. 1-13; el Código Procesal Civil austriaco, §§ 183 y 351; FASCHING, 1990: 517; la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículos 125-128; MONTERO AROCA, 2000: 247, 249; para el caso de Argentina consúltese FALCÓN, 2003: vol. 2, 46.

ofrecer al tribunal principios o información abstractos o también una evaluación de hechos específicos del caso. El experto puede incluso cooperar con el tribunal para determinar algunos hechos cuando a éste no le es posible establecerlos por sí solo.¹⁵⁷

75. *Presentación de pruebas periciales.* En los sistemas de *civil law* hay algunos principios comunes en relación con la presentación de pruebas periciales, pero existen ciertas diferencias en los mecanismos procesales utilizados para ello. En Alemania, la regla básica es que las pruebas periciales se presentan de acuerdo con las disposiciones relativas a la presentación o práctica de pruebas testificales.¹⁵⁸ No obstante, el tribunal puede elegir entre interrogar al perito oralmente o pedirle un dictamen escrito que éste elaborará ajustándose a su petición.¹⁵⁹ El tribunal conduce la actividad de los peritos y les ofrece las directrices necesarias.¹⁶⁰ El experto puede inhibirse del caso por las mismas razones que justifican la inhibición de un juez y puede negarse a actuar por las mismas razones que justifican la negativa de un testigo a rendir testimonio; finalmente, también puede ser descalificado por las partes.¹⁶¹ Si el perito acepta el nombramiento, tiene la obligación de llevar a cabo su tarea con rapidez y personalmente bajo la dirección del tribunal.¹⁶²

En otros sistemas de *civil law* no existen similitudes entre el perito y el testigo. El perito o experto es simplemente un ayudante del tribunal y su función está regulada sólo en este sentido. En consecuencia, los mecanismos procesales para la presentación de pruebas periciales no tienen relación con la prueba testifical. Un modelo de este tipo de sistemas es el Código Procesal francés, que incluye una regulación amplia y muy articulada de las pruebas periciales.¹⁶³ La regla general prevista en el artículo 232 establece que el tribunal puede elegir a cualquier persona para que lo ayude a resolver problemas relacionados con los hechos litigiosos.¹⁶⁴ Esa persona puede ser recusada por las mismas razones por las que puede serlo el juez y se puede inhibir también por las mismas

razones.¹⁶⁵ El experto está obligado a desempeñar su tarea personalmente y con objetividad e imparcialidad¹⁶⁶ bajo la dirección y control del juez.¹⁶⁷ El perito puede emitir su dictamen sobre cualquier asunto, cuando es requerido para ello, y puede recopilar toda información y obtener cualquier documento que pueda necesitar.¹⁶⁸ El código francés distingue y regula detalladamente varios tipos de pruebas periciales: a) El tribunal puede pedir al perito que haga las llamadas *constatations*, esto es, que establezca y verifique algo.¹⁶⁹ En este caso, el perito sólo describirá la situación fáctica sin emitir ninguna opinión sobre ella.¹⁷⁰ b) Cuando hay un problema técnico pero no es necesaria una investigación compleja, el juez puede pedirle al experto una consulta, esto es, una opinión que puede ser emitida de forma oral o por escrito.¹⁷¹ c) Cuando no hay otros medios al alcance, el tribunal puede pedir al experto que elabore un dictamen pericial. En ese caso, se nombra formalmente al perito, se fijan plazos y el juez plantea las preguntas que el experto habrá de responder. El perito puede hacer todas las investigaciones y experimentos que necesite, actuando sólo o con el juez, y éste resolverá cualquier problema que surja durante las actividades del peritaje.¹⁷² Las partes tienen derecho a participar en tales actividades también a través de sus propios peritos y sus observaciones deben ser tomadas en cuenta por el perito judicial.¹⁷³ El resultado de la *expertise* es un dictamen que contiene la opinión del perito y las respuestas a las preguntas planteadas por el tribunal, pudiendo ser emitido oralmente o por escrito.¹⁷⁴

La reciente *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, por otro lado, ha adoptado un sistema interesante. Se prevé la existencia de dos formas principales de pruebas periciales: una ordinaria, presentada por las par-

¹⁵⁵ Véase el Código Procesal Civil francés, artículo 234; VINCENT y GUNCHARD, 2003: 843. Para disposiciones similares, cfr. el Código Procesal Civil italiano, artículos 63 y 192; VALLANI, 1988: 530; COMOLATO, 2004a: 658; CARRI y TARUFFO, 2002: 195, 631.

¹⁵⁶ Cfr. el Código Procesal Civil francés, artículos 233 y 237; BOURRIEUX, JULIEN y ZAVARO, 1999: 164, 51; VINCENT y GUNCHARD, 2003: 844. Sobre el sistema italiano, cfr. COMOLATO, 2004a: 659.

¹⁵⁷ Véase el Código Procesal Civil francés, artículos 236, 239, 241 y 245.

¹⁵⁸ Cfr. los artículos 238 y 242-244 del Código Procesal Civil francés. Según el Código Procesal Civil italiano, artículo 194, el perito o experto puede recibir autorización para recopilar información de las partes y de terceros, así como para hacer experimentos.

¹⁵⁹ Véase los artículos 232 y 249; VINCENT y GUNCHARD, 2003: 846; CARRI, 2000: 531. Una regulación similar puede verse en el Código Procesal Civil italiano, artículos 62 y 194. Según el artículo 260 de ese Código, el juez puede ordenar al perito que haga inspecciones corporales.

¹⁶⁰ Véase el Código Procesal Civil francés, artículo 249.2.

¹⁶¹ Cfr. el artículo 256 del Código Procesal Civil francés; VINCENT y GUNCHARD, 2003: 848. Un mecanismo similar es establecido por el Código italiano en sus artículos 62, 194 y 197; según estos, el juez puede ordenar que el experto esté presente en las vistas y también cuando el tribunal se reúna a puerta cerrada a decidir el caso; véase VALLANI, 1988: 531.

¹⁶² Véase COMOLATO, 2004a: 672; VINCENT y GUNCHARD, 2003: 845.

¹⁶³ Cfr. COMOLATO, 2004a: 669.

¹⁶⁴ Véase, por ejemplo, el Código Procesal Civil francés, artículos 160, 161, 264-272, 273, 276, 278, 279, 282 y 283, para la regulación detallada de todos estos aspectos. Consúltense BOURRIEUX, JULIEN y ZAVARO, 1999: 115, 135; VINCENT y GUNCHARD, 2003: 848, 855; CARRI, 2000: 540.

¹⁵⁷ Véase MURRAY y STRONER, 2004: 282; ARENS y LUKE, 1992: 221; FASHING, 1990: 519; FONT SIBRA, 2000: 90; MONTERO AROCA, 2002: 243.

¹⁵⁸ Véase el Código Procesal Civil alemán, § 402; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 402, núms. 1-2; ZPO-KOMM., 1987: 402, núm. 1; ARENS y LUKE, 1992: 222.

¹⁵⁹ Véase el Código Procesal Civil alemán, §§ 404.a) y 411; MURRAY y STRONER, 2004: 280, 282, 287; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: §§ 404.a), 411.

¹⁶⁰ Cfr. el Código Procesal Civil alemán, § 404.a); MURRAY y STRONER, 2004: 283.

¹⁶¹ Véase el Código Procesal Civil alemán, §§ 406 y 408; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 406, núms. 3-27; § 408.

¹⁶² Cfr. el Código Procesal Civil alemán, § 407.a); MURRAY y STRONER, 2004: 284.

¹⁶³ Artículos 232-284. Sobre la reforma de las pruebas periciales en Francia consúltense BLANC, 1974: 75.

¹⁶⁴ En Italia, el perito debe ser elegido de entre los que figuran en listas especiales de expertos en diversas materias, pero el tribunal también puede hacer una elección diferente. Véase el Código Procesal Civil italiano, artículo 61; VALLANI, 1988: 530; COMOLATO, PERRI y TARUFFO, 1998: 680; COMOLATO, 2004a: 656; CARRI y TARUFFO, 2002: 186. El sistema francés es similar; consúltense BOURRIEUX, JULIEN y ZAVARO, 1999: 37, 93.

tes, y otra en la que el experto puede ser nombrado por el tribunal, siguiendo posiblemente las sugerencias de las propias partes.¹⁷⁵

76. *Rasgos generales de las pruebas periciales.* Aunque los mecanismos procesales para la práctica o presentación de pruebas periciales son en alguna medida diferentes, existen ciertos principios generales comunes para todos los sistemas procesales porque en esencia afrontan los mismos problemas fundamentales. Un elemento común es que el campo de aplicación de las pruebas periciales tiende a ser muy extenso y a incluir muchas cosas, como conocimiento e información generales, reglas y principios científicos y técnicos, valoración de hechos, investigaciones y experimentos, inspecciones y descubrimientos de hechos, etcétera. En consecuencia, la relación entre el tribunal y el perito puede cambiar de un caso a otro: la tendencia general es, empero, que las pruebas periciales deben ser flexibles y versátiles, ya que la necesidad de conocimiento científico y técnico puede surgir en una gran variedad de situaciones.

Otra pauta general es que, también en el contexto de las pruebas periciales, las garantías del debido proceso deben quedar aseguradas. Esto es obvio en los sistemas de *common law*, ya que los peritos son interrogados como testigos por los abogados de las partes. Puede ser menos obvio en los sistemas de *civil law*, puesto que ahí el experto es una especie de funcionario del tribunal y normalmente no tiene obligaciones especiales hacia las partes. Sin embargo, la tendencia actual discurre en el sentido de asegurar que las partes tengan una oportunidad efectiva de participar en las actividades del perito.¹⁷⁶ Otro principio común es que en cualquier caso el resultado de las pruebas periciales, por persuasivas que sean, no vincula al juzgador; en efecto, las pruebas periciales siempre se dejan a la valoración discrecional del tribunal. Este deberé comprobar la plausibilidad y la habilidad del dictamen pericial y hacer una valoración libre de los datos y la información contenidos en su informe.¹⁷⁷ Como se dice tradicionalmente, el juez es un *peritus peritiorum* y, por lo tanto, debe ser capaz de valorar y controlar las bases y las conclusiones de la opinión del perito. No obstante, ésta es sólo la teoría; en la práctica, el juez o el jurado no tienen a menudo el entrenamiento técnico ni científico necesario para controlar de manera efectiva el trabajo del perito.¹⁷⁸ Por ello, la libre valoración de las pruebas periciales

¹⁷⁵ Cfr. la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículos 335, 339; De LA OLIVA SANTOS Y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 358, 361; MONTIÑO AROCA, 2002: 269, 273; FONT SERRA, 2000: 71, 75, 79, 81, 83.

¹⁷⁶ Véanse, principalmente, DENZI, 1983: 297; COMOGGIO, 2004a: 669; VINCENT Y GINSCHAD, 2003: 853; CADDET, 2000: 534.

¹⁷⁷ Consulte, principalmente, MARBURGER, 1986; Véanse también MURRAY Y STRASSER, 2004: 289; AGENS Y LÓPEZ, 1992: 224; JAUREGUI, 1991: 198; FACHING, 1990: 521; VELLANI, 1988: 537; COMOGGIO, 2004a: 681; VINCENT Y GINSCHAD, 2003: 845; CADDET, 2000: 532; MONTIÑO AROCA, 2002: 278; RAMOS MENDOZA, 1990: vol. 1, 634.

¹⁷⁸ Véase un amplio análisis de este problema en BREWER, 1998: 1535.

por parte del tribunal puede no ser nada más que una ficción, ya que el tribunal puede estar condicionado por una «deferencia epistémica» hacia el experto.¹⁷⁹ Y, entonces, puede ser el perito quien determine realmente el contenido del veredicto judicial.¹⁸⁰

77. *Pruebas científicas.* Todos estos problemas se magnifican cuando se centra la atención específicamente en la prueba científica. Tradicionalmente, el uso de datos e información científicos para decidir sobre los hechos en litigio no representó un problema especialmente importante, ya que tales datos e información solían provenir de expertos. Desde este punto de vista, las cosas no han cambiado, pero el fenómeno de las pruebas científicas ha tenido —en las últimas décadas— una especie de explosión que plantea problemas nuevos y aumenta la importancia de los viejos. En realidad, la frecuencia con que se recurre a la ciencia para suministrar pruebas de los hechos de un caso está creciendo en todos los sistemas procesales y, en algunos casos, los procesos ordinarios parecen ser inadecuados para hacer frente a estos nuevos avances.¹⁸¹ Por ello, en los últimos veinte años se ha desarrollado una amplia bibliografía sobre la materia, especialmente en Estados Unidos.¹⁸²

Entre los múltiples problemas concernientes a las pruebas científicas, uno de los más difíciles es la determinación de «qué ciencia» merece ser admitida y usada en los procesos judiciales. Aunque es un problema complejo que no puede ser examinado aquí en todas sus facetas, sí se pueden abordar brevemente algunos de sus aspectos más importantes.¹⁸³

Uno de estos aspectos es que la idea común de la ciencia como fuente de pruebas judiciales ha cambiado. Tradicionalmente, de hecho, el uso probatorio de la ciencia consistía esencialmente en pruebas periciales en los campos de la medicina, la química, la ingeniería y a veces la física y las matemáticas. En pocas palabras, sólo un número limitado de ciencias «duras» eran tomadas en cuenta. Todas las demás, excepto algunas materias «técnicas» como la mecánica o la construcción, quedaban al albur del sentido común o de la cultura media del juzgador. Hoy en día, el panorama de las ciencias que pueden ofrecer pruebas judiciales es completamente diferente. Por una parte, las ciencias duras tradicionales son cada vez más sofisticadas y especializadas: hablamos actualmente de genética, bioquímica, epidemiología, toxicología, etcétera. Por la otra, también las llamadas ciencias «blandas» o «sociales», como la psicología, la psiquiatría, la economía, la sociología, se

¹⁷⁹ Cfr. BREWER, 1998: 1550, 1559, 1162.

¹⁸⁰ Consulte, por ejemplo, sobre la experiencia alemana, MURRAY Y STRASSER, 2004: 290.

¹⁸¹ Véase, por ejemplo, SCHWARZBA y CEAL, 2000: 41.

¹⁸² Consulte, en general, FADMAN, KAYE, SAKS, SANDERS Y CHENG'S, 2002a; 2002b; GANNELLI e IAWINSKI-KAZIAN, 1993. Para un primer acercamiento general a los problemas relacionados con el uso de pruebas científicas, véase SAKS Y VAN DURENDO, 1983.

¹⁸³ Véase un panorama general en BREWER, 2000: 68.

consideran a menudo como posibles fuentes de prueba en el proceso civil¹⁸⁴. Esto significa que el espectro de las pruebas periciales es ahora mucho más extenso de lo que solía ser en el pasado: hay nuevos peritos o expertos en el mercado y el problema de controlar la fiabilidad de las pruebas periciales se torna mucho más complicado. Así pues, los ámbitos cubiertos por algún tipo de ciencia son ahora mucho más amplios que en el pasado y las áreas en las cuales el juzgador puede decidir de manera apropiada tomando sólo como base su cultura o sentido común se han vuelto relativamente más reducidas¹⁸⁵.

Otro aspecto muy importante tiene que ver con la calidad y la fiabilidad de los datos e informaciones científicas que se presentan como medios de prueba. La distinción básica se traza entre «buena» ciencia y «mala» ciencia o ciencia «basura»¹⁸⁶. El problema surge porque, en la experiencia práctica del uso de pruebas científicas, hay cientos de casos de errores, malentendidos y utilización de datos falsos o poco fiables que pretenden ser científicamente correctos. Por otro lado, el dominio de las ciencias incluye también una cantidad de métodos o técnicas que, en realidad, carecen de validez científica y, por tanto, que no deben ser considerados como fuentes de pruebas fiables. La lista de tales «ciencias no científicas» o «pseudociencias» es más bien larga e incluye varios métodos comúnmente aceptados, como la grafología, el análisis de huellas dactilares y el uso de máquinas de la verdad¹⁸⁷. Incluso pruebas científicas que fueron consideradas absolutamente fiables, por ejemplo, la de las «huellas genéticas» o de ADN, están ahora bajo escrutinio y su validez puede ser impugnada¹⁸⁸.

En los últimos decenios, este conjunto de problemas sufrió una gran explosión, sobre todo en Estados Unidos, como efecto de varios casos en los que se planteó con agudeza el problema de la fiabilidad de las pruebas científicas a partir del famoso *Agent Orange Case*¹⁸⁹ y hasta las miles de *causas por asbesto* y las docenas de *causas por Bendectin*¹⁹⁰. Es-

¹⁸⁴ Véase TARUFFO, JOHNSON, KARAKA y CRTL, 2000: 2, 3; FARMAN, KAYE, SANDERS y CHENG'S, 2002a: vol. 1, 331; vol. 2, 1, 73, 103, 144; vol. 3, 55, 111, 2002b: vol. 2, 1, 171, 308, 423; GIANNELLI e HANNEKEBIER, 1993: 427; MORGAN y WALKER, 1990: 83, 279; TARUFFO, 1996: 230. Sobre la admisibilidad de las pruebas científicas «*soft*», véase también LUTERMAN, 2000: 232.

¹⁸⁵ Véase TARUFFO, 2002: 121 [trad. cast.: 107], para un análisis más amplio de estos temas.

¹⁸⁶ Consulte también los ensayos recopilados en COMANOR y POWZANILL, 2004.

¹⁸⁷ Véanse, sobre todo, HÖRER, 1991: 1990-276; FOSTER y HÖRER, 1999: 17.

¹⁸⁸ En realidad, son diversas las «ciencias forenses» que no pueden ser consideradas verdaderas ciencias de acuerdo con los estándares generalmente aceptados. Cf. FARMAN, 1999: 70, 86; FARMAN, KAYE, SANDERS y CHENG'S, 2002b: vol. 1, 49, 95; vol. 2, 580; vol. 3, 113, 555; 2002a: 346, 400; GIANNELLI e HANNEKEBIER, 1993: vol. 1, 363, 737.

¹⁸⁹ Consulte, *et. g.*, KAYE y SENSABAUGH, 2000: 488; COMMITTEE ON DNA TECHNOLOGY IN FORENSIC SCIENCE, 1992: 22, 44, 74; FARMAN, KAYE, SANDERS y CHENG'S, 2002b: vol. 3, 697; 2002a: vol. 2, 207; TARUFFO, 1996: 225.

¹⁹⁰ Véase, entre la extensa bibliografía concerniente a este caso, SCHURC, 1986.

¹⁹¹ También sobre estos casos existe una amplia bibliografía. Véanse, por ejemplo, SANDERS, 1998; TARUFFO, 1996: 223, 225, 233.

tos y otros procesos, principalmente en el ámbito de los llamados *mass toxic torts*, dejaron claro que el uso de pruebas científicas es un aspecto del proceso civil extremadamente complejo y delicado: los datos científicos pueden ser poco fiables o insuficientes para apoyar una conclusión acerca de los hechos en litigio, las pruebas periciales pueden estar equivocadas o ser confusas, los peritos pueden no ser neurales ni tener credibilidad¹⁹¹, los jueces y jurados pueden ser engañados en la valoración de los datos científicos, las pruebas científicas pueden ser aplicadas de maneras poco apropiadas, etcétera.

En una situación tan compleja, el fallo sobre el caso *Daubert* emitido en 1993 por la Corte Suprema de Estados Unidos marcó un momento decisivo¹⁹². En el caso *Daubert*, la Corte llevó a cabo un intento muy interesante de establecer algunos criterios que el juez debería aplicar, a modo de «filtro» que hace una selección preliminar de pruebas científicas con el objetivo de admitir únicamente aquellas basadas en la ciencia «válidas». Estos criterios son: a) la contrastabilidad y la falsabilidad de la teoría o de la técnica aplicada; b) el conocimiento de la *ratio* de error real o potencial; c) la publicación de datos en revistas científicas con *peer-review*; d) la aceptación general de tales datos por parte de la comunidad científica relevante. Asimismo, la Corte subrayó que las pruebas científicas sólo debían ser admitidas cuando «se ajustaran» a los hechos litigiosos, es decir, cuando las pruebas sean específicamente relevantes para la decisión sobre esos hechos. Estos criterios impuestos por la Corte Suprema en el caso *Daubert* han sido discutidos, criticados e interpretados en cientos de ensayos¹⁹³. No obstante, la línea adoptada en el caso *Daubert* fue confirmada por otras resoluciones de la Corte Suprema¹⁹⁴ y, finalmente, condujo a la enmienda antes mencionada de la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence*.

No merece la pena entrar aquí en los detalles de esta discusión, aunque es sumamente interesante para el problema general del uso de la ciencia como medio de prueba en los contextos judiciales. Sin embargo, sí debe subrayarse que, hoy en día, los problemas afrontados en el caso *Daubert* son extremadamente importantes en esos casos pueden ser criticados desde distintos puntos de vista, pero no hay ninguna duda de que

¹⁹¹ En esas causas, y con el fin de garantizar la neutralidad y la imparcialidad de los peritos, a veces se propone el uso de equipos neurales de expertos; consúltese, por ejemplo, HOOVER, CECIL y WILKINS, 2001.

¹⁹² Véase *Daubert* vs. *Merrill Dow Pharmaceutical, Inc.*, 113, S.Ct. 2786 (1993).

¹⁹³ Es imposible ofrecer aquí una bibliografía completa en relación con el caso *Daubert* y los problemas que planteó. Cf. un análisis de estos problemas, así como referencias adicionales, por ejemplo, en FOSTER y HÖRER, 1999: 23, 37, 69, 111, 163; SANDERS, 1998: 153, 194, 210; TARUFFO, 1996: 237.

¹⁹⁴ Cf. GRAHAM, 2003: 331; 2000: 317; ROTHSTEIN, RAEBER y CROWE, 2003: 345, 350; FARMAN, KAYE, SANDERS y CHENG'S, 2002b: vol. 1, 38; 2002a: vol. 1, 69. Para una valoración diferente del caso *Daubert*, véanse, entre otros, CASWELL y LARRE, 2003; GATOWSKI, 2001: 433.

representan un intento importante por afrontar de un modo serio el problema de la validez, la fiabilidad y el uso correcto de la ciencia como fuente de prueba. En realidad «el caso *Daubert* exhorta a los científicos a hacer buena ciencia y espera de ellos que sean, en primer lugar, científicos y, en segundo, peritos (y defensores de un caso)»¹⁹⁵. Si bien en *Daubert* el problema fue abordado en términos de la admisibilidad de las pruebas periciales, dado que en el sistema estadounidense el problema es sobre todo de selección de pruebas que pueden ser presentadas, en otros sistemas procesales el problema de las pruebas científicas tiene también otro aspecto: como se mencionó anteriormente, uno de los problemas más importantes que plantean las pruebas periciales es la valoración que el juez debe hacer de los resultados del trabajo del perito. En realidad, en los sistemas de *civil law* éste es el verdadero momento en el que la validez científica de las pruebas científicas es evaluada por el juez. Desde este punto de vista, la solución consistente en decir que la valoración del perito y las pruebas científicas es discrecional para el juez suena como una solución muy deficiente. Ante problemas como los que actualmente caracterizan el uso de la ciencia como científicos y de la ciencia basura, no es suficiente confiar sólo en la «libre valoración» del tribunal para garantizar que la buena ciencia se utilice válidamente y se interprete correctamente como base para decidir sobre los hechos objeto de litigio. Lo que se requiere para que las pruebas científicas válidas ofrezcan fundamentos racionales a la decisión sobre los hechos es un análisis judicial profundo y claro de las mismas, acorde con estándares fiables de evaluación.

78. *Pruebas estadísticas*. En el ámbito de las pruebas científicas, un tema peculiar es el del uso de las estadísticas como elementos de prueba. En realidad, las pruebas estadísticas han adquirido cada vez más importancia en las últimas décadas y se puede encontrar una extensa bibliografía que discute los principales problemas involucrados en el valor probatorio de los datos estadísticos¹⁹⁶. Estos datos se usan sobre todo en los procesos por discriminación¹⁹⁷ y *mass torts*¹⁹⁸, pero las pruebas es-

¹⁹⁵ Cf. FARGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS y CHENG'S, 2002b: vol. 1, 53. En realidad, el caso *Daubert* influyó en la práctica de los tribunales federales, ya que los jueces son ahora más cuidadosos cuando controlan la admisibilidad de las pruebas periciales. Cf. TREVADAY, JOHNSON, KAFRA y CESTI, 2000: 4.

¹⁹⁶ Véase, e. g., FROSSINI, 2002 *passim*; KAYE y FRIEDMAN, 2000b: 83; RUMBERG, 2000: 179; GIANNELLI e IWINIKELRIED, 1999: vol. 1, 655; FARGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS y CHENG'S, 2002b: vol. 1, 150; 2002a: vol. 1, 155; GASTWIRTH, 2000; FLEISBERG, 1989; FINKELSTEIN y LEVIN, 1990; FINKELSTEIN, 1978; WEINROBER, 1985.

¹⁹⁷ Consúltense, por ejemplo, SALTZBURG, MARTIN y CARA, 2002: vol. 3, 702-237; GASTWIRTH, 2000: 227; FARGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS y CHENG'S, 2000b: vol. 1, 153; RUMBERG, 2000: 182; PARTZOLD y WILLBORN, 1994; KAYE y ACKIN, 1986.

¹⁹⁸ Véase, e. g., FROSSINI, 2002: 37; TARUFFO, 1992a: 126 [trad. cast.: 149]; GIUSSANI, 1989: 1033.

estadísticas pueden resultar útiles en una amplia gama de casos. Sin embargo, se plantean diversos problemas relevantes en relación con el uso apropiado de las estadísticas como medios de prueba. Algunos de estos problemas tienen que ver con el hecho de que la utilización apropiada de las estadísticas es una tarea muy compleja y delicada, en la que los errores y malentendidos son muy frecuentes¹⁹⁹. Otro problema es si las llamadas «estadísticas puras» pueden ser usadas para probar la ocurrencia de un suceso específico. A pesar de los argumentos aducidos en favor del uso probatorio de las estadísticas puras²⁰⁰, la opinión ampliamente mayoritaria es que las estadísticas no pueden ofrecer un apoyo probatorio válido a un enunciado sobre un hecho específico, puesto que sólo pueden determinar la frecuencia relativa de clases de sucesos²⁰¹. Desde luego, esto no significa que las estadísticas no puedan o no deban ser usadas como pruebas; lo que significa es que, en general, no son suficientes per se para establecer la probabilidad de la ocurrencia de un hecho específico. En cambio, si el «hecho» que tiene que ser probado es simplemente la frecuencia relativa de dos clases de sucesos, las estadísticas pueden ser medios de prueba adecuados para ese hecho. Si, no obstante, el objetivo es demostrar una conexión causal específica entre dos sucesos, las cosas se complican mucho más. Éste es el caso de las estadísticas epidemiológicas que se usan como pruebas en las causas de *mass torts*: si el hecho que tiene que ser probado es sólo una «relación» entre clases de eventos — como cuando el hecho principal o relevante es el aumento del índice de riesgo —, es posible que las estadísticas epidemiológicas resulten ser pruebas suficientes; en algunos otros casos también puede haber prueba suficiente si se trata de establecer una conexión de «causalidad general» entre las dos clases de sucesos. Sin embargo, casi nunca logran demostrar la causalidad individual en un caso específico²⁰². Por lo tanto, se puede decir que no hay buenos argumentos generales en contra del uso de las pruebas estadísticas cuando éstas son directamente relevantes para los hechos en litigio, pero debe subrayarse que hacer un uso correcto de tales pruebas puede ser extremadamente difícil y arriesgado. Establecer la relevancia de los datos estadísticos en un caso particular y determinar el valor probatorio de esos datos para probar un hecho específico requiere cautela y un entrenamiento especial en el uso del cálculo estadístico.

¹⁹⁹ Cf., en general, FROSSINI, 2002: 17, 55, 65, 86, 98, 129. Véase también FARGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS y CHENG'S, 2002b: vol. 1, 159, 182, 198.

²⁰⁰ Consúltense, entre otros, SHAWIRO, 1989: 530; KOENIGER y SHAWIRO, 1990: 247. Para una discusión reciente del problema y argumentos en apoyo del uso probatorio directo de las frecuencias estadísticas, véase SCHAUER, 2003: 94.

²⁰¹ Cf., un análisis de este problema en FROSSINI, 2002: 11, 65, 73, 79. Véase también GIANNELLI e IWINIKELRIED, 1999: vol. 1, 731; TARUFFO, 1992a: 198 [trad. cast.: 222].

²⁰² Véase por ejemplo, algunos panoramas generales sobre casos problemáticos complejos en GREEN y FREEDMAN GORDIS, 2000: 374, 381; LOPE, 2000: 263; FARGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS y CHENG'S, 2002b: vol. 1, 286, 299, 307, 321; GIANNELLI e IWINIKELRIED, 1999: vol. 1, 703.

5. PRUEBAS REALES Y CIRCUNSTANCIALES

79. *Pruebas reales y demostrativas.* Bajo el rótulo de pruebas «reales» o «demostrativas» se suelen agrupar muchos tipos de pruebas. El rasgo común de esta diversidad de elementos probatorios es que se trata de sucesos, comportamientos, situaciones u objetos que son o pueden ser directamente percibidos por el juzgador²⁰⁵. En algunos sistemas, la característica más evidente es que aquello que se percibe tiene una función probatoria, tal como se pone de manifiesto a través del uso de palabras como «real» (esto es, algo que existe empíricamente) y «demostrativa» (esto es, aquello que puede mostrar algo relevante). En otros sistemas se pone especial énfasis en la percepción del juzgador. Así, por ejemplo, se usa el término *Augenscheinbeweis* en Alemania y Austria, el vocablo *ispezione* en Italia, la expresión *verifications personnelles du juge* en Francia y el término *reconocimiento* en España, definiendo claramente la naturaleza de este tipo de pruebas sobre la base de que son percibidas de manera directa por el juez.

Vale la pena subrayar, empero, que la definición general de «prueba real» se formula de una forma muy amplia. Lo que es percibido por el juez puede ser cualquier objeto posible de percepción directa: un objeto material movable (un automóvil, una pintura), un terreno o un edificio, un hecho principal, un comportamiento o, incluso, el cuerpo de una persona²⁰⁴.

Dos tipos de pruebas reales merecen especial mención por sus rasgos distintivos. Uno de estos tipos incluye todas las cosas que tienen típicamente una naturaleza «demostrativa» y cuya función propia es mostrar, demostrar, expresar o representar un hecho. Esta función es característica de las grabaciones en cintas de audio y vídeo, las películas, los rayos X, las fotografías y cualquier otra clase de reproducción hecha a través de cualquier medio técnico²⁰⁵. Lo mismo vale para los

²⁰⁴ Consúltese, en general, RYCHLAK, 1995. Véase también GRAHAM, 2002: 406; MUELLER y KIRSNERICK, 2003: 1049; LEMPERT y SALTZBURG, 1982: 1043; DENNIS, 1999: 379; GROSS y TAFFER, 1990: 45.

²⁰⁵ Consúltese MURRAY y STUBNER, 2004: 270; MUSILAK, 1991: 234; JAUERBERG, 1991: 190; AERNS y LOKE, 1992: 213; FASCHING, 1990: 524; GROSS y TAPPER, 1990: 45; FRIEDENSTHAL y SINGER, 1985: 226; GRAHAM, 2003: 93; WHIGHT y GRAHAM, 1977-1980: vol. 22, 177, 236; RYCHLAK, 1995: 6, 8. A veces hay disposiciones especiales relacionadas con la inspección del cuerpo de una persona; véanse, por ejemplo, el artículo 260 del Código Procesal Civil italiano, que exige un cuidado especial para proteger los derechos de la persona, COMODORO, FERRI y TAUERRO, 1998: 679; CAHÉN y TAUERRO, 2002: 785. Cfr. también la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículo 353; ORDOÑO ARTES, 2000: 205; MONTORO AROCA, 2002: 325, 329.

²⁰⁶ Cfr. RYCHLAK, 1995: 149, 182, 191, 231, 277; GIANNELLI, 2003: 361; WHIGHT y GRAHAM, 1977-1980: vol. 22, 122; LEMPERT, GROSS y LIEBMAN, 2000: 1146, 1202, 1211; GRAHAM, 2003: 95; 2002: 415; MUELLER y KIRSNERICK, 2003: 1052; GROSS y TAPPER, 1990: 48; BACHMACH, LATTEBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 371, núm. 10; JAUERBERG, 1991: 191; SCHLOSSER, 1983:

datos computarizados²⁰⁶ y los objetos como mapas, diagramas y duplicados²⁰⁷. El carácter especial de estas cosas es claro: son objetos materiales que desempeñan la función de reproducir o representar una cosa o un hecho. Conociéndolas, el juzgador obtiene información relacionada con un hecho relevante en litigio. Por ello, un problema importante es verificar la autenticidad y la fiabilidad de esas «cosas demostrativas»; esto es, hasta qué punto se conforman a la realidad que registran y representan. Por lo general, la verificación se puede hacer valiéndose de cualquier medio disponible: es posible recurrir a peritos y a veces el derecho prevé también mecanismos de autenticación²⁰⁸.

Las pruebas reales se presentan de diferentes maneras en los distintos sistemas, en función de la naturaleza específica de cada elemento de prueba. En los sistemas de *common law*, estos medios de prueba suelen ser exhibidos en el juicio para que puedan ser observados por el juzgador. El principio básico que rige su admisión es el estándar general de la relevancia respecto del hecho litigioso. Sin embargo, el tribunal puede rechazar la exhibición de alguna prueba si hay peligro de que genere un prejuicio indebido por ser escandaloso, innecesario, acumulativo, truículo o indecente²⁰⁹. El tribunal también puede permitir demostraciones durante el juicio²¹⁰. Y cuando se considere necesario, también puede ordenar la inspección de una propiedad, de un objeto o de una persona²¹¹.

En los sistemas de *civil law* hay algunos principios comunes que rigen la admisión de pruebas reales. En general, esa admisión depende del criterio discrecional del juez, quien decide cuándo es realmente necesario conocer un medio de prueba real²¹². La percepción que el juzgador

277; FASCHING, 1990: 525; MONTORO AROCA, 2002: 353. El artículo 2.712 del Código Civil italiano considera la reproducción técnica y mecánica como un tipo de prueba documental; véanse COMODORO, FERRI y TAUERRO, 1998: 672; COMODORO, 2004a: 361.

²⁰⁸ Véanse RYCHLAK, 1995: 333; LEMPERT, GROSS y LIEBMAN, 2000: 1200; GROSS y TAPPER, 1990: 48; MONTORO REDONDO, 2000: 191.

²⁰⁹ Véanse RYCHLAK, 1995: 245; GRAHAM, 2003: 95.

²¹⁰ En Estados Unidos, estos mecanismos están regulados por la regla 901 de las *Federal Rules of Evidence*, y también pueden ser usados en la autenticación de medios de prueba demostrativos. Véanse GRAHAM, 2003: 531; SALTZBURG, MARTIN y CAHÉN, 2002: vol. 5, 901-9, 901-33, 901-42, 901-53; LEMPERT, GROSS y LIEBMAN, 2000: 1151; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 5, 901-61.

²¹¹ Véanse la regla 403 de las *Federal Rules of Evidence*; GRAHAM, 2003: 108; GIANNELLI, 2003: 363.

²¹² Consúltese GRAHAM, 2003: 101; LEMPERT y SALTZBURG, 1982: 1087; FRIEDENSTHAL y SINGER, 1985: 234.

²¹³ Cfr. GRAHAM, 2003: 103; LEMPERT y SALTZBURG, 1982: 1084; FRIEDENSTHAL y SINGER, 1985: 239; GROSS y TAPPER, 1990: 47.

²¹⁴ Véase BACHMACH, LATTEBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 371, núm. 3; JAUERBERG, 1991: 191; FASCHING, 1990: 526. Consúltese también el Código Procesal Civil francés, artículo 179; VINCENT y GUNTHER, 2003: 764; el Código Procesal Civil italiano, artículo 258; COMODORO, FERRI y TAUERRO, 1998: 678; COMODORO, 2004a: 630; CAHÉN y TAUERRO, 2002: 781. Según el artículo 118 del Código Procesal Civil italiano, la inspección de una propiedad sólo puede ser ordenada cuando sea necesaria para conocer los hechos en disputa. Cfr. CAHÉN y TAUERRO, 2002: 365.

puede tener del elemento de prueba puede ser de cualquier clase: visual, fáctil, gustativa, auditiva, olfativa, etcétera. De ser necesario, el juez tiene la posibilidad de nombrar a un perito para que lo auxilie o puede incluso delegar en el experto para que éste lleve a cabo la inspección.²¹⁴ El tribunal dirige el proceso por medio del cual se observa el elemento de prueba real y puede ordenar todos los medios necesarios para inspeccionar lugares u objetos. El tribunal también tiene facultades para inspeccionar demostraciones, experimentos, fotografías o grabaciones de alguna cosa o lugar.²¹⁴ Los criterios generales que guían la discrecionalidad del tribunal son la relevancia de las pruebas y la utilidad de las diversas actividades para conocer los hechos en litigio.

En general, el valor probatorio de las pruebas reales o demostrativas es determinado por el juzgador de acuerdo con su apreciación discrecional. Ésta es la regla para las exhibiciones y para el resultado de las inspecciones llevadas a cabo personalmente por el juez o a través de un experto. También la fiabilidad de los resultados de las demostraciones y los experimentos, y la autenticidad de las reproducciones y grabaciones suele ser apreciada discrecionalmente por el tribunal. Cuando sea necesario, el tribunal tomará en consideración la opinión de un perito o algún otro medio de prueba de corroboración. Ahora bien, existen algunas excepciones a este principio general: por ejemplo, el Código Civil italiano, en su artículo 2.712, establece que las reproducciones y grabaciones de hechos o cosas brindan una prueba plena de esos hechos o cosas cuando su correspondencia con la realidad no es impugnada por la parte contraria.²¹⁵

80. *Pruebas circunstanciales.* Cuando las inferencias acerca de la verdad de un enunciado sobre un hecho principal se obtienen asumiendo otro hecho como premisa, este último se considera un medio de prueba indirecto sobre aquel hecho principal. Esta clase de pruebas se suele denominar *circunstancial* en los sistemas anglofonos, *Indizbeweis* en los de habla alemana, *présomption de l'homme* en Fran-

²¹⁴ Cf. el Código Procesal Civil alemán, § 372; MURRAY y STRNER, 2004: 271; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 372; AMENS y LÖBE, 1992: 215; MISELAK, 1991: 234; SCHOSSER, 1983: 277; el Código Procesal Civil francés, artículo 181; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 765; el Código Procesal Civil italiano, artículos 259 y 290; COMOGIO, 2004: 619; CABRÍ y TARUFFO, 2002: 783, 785; HINOSTROZA MINQUEZ, 2000: 249; DE LA OLIVA SÁENZ y DíEZ-PIQUAZO GÁMEZ, 2000: 366; MONTERO AROCA, 2002: 342.

²¹⁵ Considérese de nuevo el Código Procesal Civil alemán, § 372. Desde 2002, los tribunales alemanes pueden ordenar a individuos o entidades que no son parte en el proceso que pongan a disposición del tribunal lugares u objetos para su inspección; véase MURRAY y STRNER, 2004: 270. Sobre la práctica de la inspección de cosas y lugares, considérense el Código Procesal Civil francés, artículos 179, 180 y 182; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 765; el Código Procesal Civil italiano, artículos 259, 261 y 262; CABRÍ y TARUFFO, 2002: 783, 786; la *Ley de Enriquecimiento Civil* española, artículo 169; MONTERO AROCA, 2002: 338; Código Modelo Latinoamericano, artículos 175 y 176.

²¹⁶ Véase COMOGIO, 2004a: 361.

cia, presunzione semplice en Italia y *presunción* en España. Las pruebas de este tipo tienen algunos rasgos generales comunes en todos los sistemas procesales.

Uno de estos rasgos generales es que no es posible identificar a priori las circunstancias que se pueden usar como pruebas a través de inferencias sobre los hechos en litigio. Se han hecho algunos intentos por clasificar las posibles fuentes de pruebas circunstanciales²¹⁶, pero no logran abarcar la infinita variedad de hechos que pueden ser utilizados como premisas de inferencias cognitivas sobre otros hechos. Esto no obsta para que, en ocasiones, se individualice alguna circunstancia específica: un ejemplo interesante es la conducta de las partes, que puede ser interpretada como una circunstancia con algún significado probatorio.²¹⁷

Se puede suponer que todo hecho, en el sentido más amplio de la palabra, puede ser asumido como un medio de prueba circunstancial. El único criterio significativo para la consideración de que una circunstancia tiene valor probatorio es que, a partir de ella, el juez pueda obtener conclusiones inferenciales sobre la verdad o la falsedad de un hecho en disputa.²¹⁸ En cierto sentido, entonces, un hecho se convierte en un medio de prueba circunstancial simplemente porque el juez lo considera como tal. Cualquier hecho puede ser calificado como un elemento de prueba *circunstancial* exclusivamente sobre la base de su relevancia para la determinación de un hecho en litigio. Esta es la razón por la cual ninguna disposición jurídica puede definir estrictamente qué constituye un medio de prueba circunstancial.

La estructura fundamental de las pruebas circunstanciales está determinada por la conexión inferencial por medio de la cual el juzgador vincula una circunstancia (el *factum probans*) con un hecho en disputa (el *factum probandum*).²¹⁹ El *factum probandum* se describe por medio de un enunciado acerca de un hecho principal (véase *supra* § 5) y el *factum probans* describe una circunstancia que el juzgador conoce por haberla percibido directamente (como un medio de prueba real; véase *supra* § 79) o porque esta circunstancia ha sido demostrada a través de medios de prueba específicos. El rasgo más importante de la estructura

²¹⁶ Cf., por ejemplo, la distinción entre medios de prueba prospectivos, concomitantes y retrospectivos (*prospectant, concomitant, retrospectant*) propuesta por WILMORE, 1983: t. 1, 1144, 1703, 1744.

²¹⁷ Véase MASSIPERU, 1991: 695. El Código Procesal italiano, en su artículo 116, apartado 2, regula expresamente la posibilidad de que el juez extraiga inferencias del comportamiento judicial de las partes. Considérense COMOGIO, 2004: 129; CABRÍ y TARUFFO, 2002: 363. Para una regla similar en Argentina, véase FALCÓN, 2003: vol. 2, 469.

²¹⁸ Considérense, en general, TARUFFO, 1992a: 381, 444 (trad. cast.: 408, 471). Véanse también HINOSTROZA MINQUEZ, 2000: 249; FALCÓN, 2003: vol. 2, 454.

²¹⁹ Véanse, por ejemplo, DENNIS, 1999: 7; CROSS y TAPPEER, 1990: 20; COMOGIO, 2004a: 470; MONTERO AROCA, 2002: 128; FALCÓN, 2003: vol. 2, 458.

lógica básica de las pruebas circunstanciales es la inferencia que el juzgador realiza al conectar el *factum probans* con el *factum probandum*. A partir del *factum probans* es posible extraer una cantidad teóricamente ilimitada de inferencias: el problema es si ese hecho puede ser o no la premisa de una inferencia que conduzca a una conclusión relacionada específicamente con el *factum probandum*. Si esta inferencia es posible, la circunstancia es realmente *probans*, porque servirá para sustentar una conclusión sobre la verdad de un enunciado sobre un hecho en litigio; si no lo es, esa circunstancia carece de cualquier valor probatorio y no puede ser considerada propiamente como un medio de prueba. Por consiguiente, el núcleo de este razonamiento son las reglas en función de las cuales el juzgador puede realizar las inferencias que vinculan esos dos hechos. Las reglas más habituales son generalizaciones o la cultura media existente en la época y el lugar en los cuales se toma la decisión. Estas reglas se conocen como *Erfahrungssätze* o máximas de experiencia. El concepto ha sido definido y discutido principalmente en la literatura especializada alemana y en la italiana, con el fin de identificar algunas reglas generales o cuasigenerales derivadas de la experiencia y de proponer el uso de dichas reglas como premisas de inferencias deductivas o cuasideductivas que vinculen el *factum probans* con el *factum probandum*.²²⁰ Sin embargo, esa clase de racionalización de la experiencia común es criticada y debatida en la doctrina jurídica moderna; además, muchos especialistas no comparten la concepción deductiva de las inferencias en el contexto de las pruebas circunstanciales.²²¹ En cualquier caso, no hay duda de que el juzgador tiene que basarse en su *background* de conocimientos y en nociones de sentido común para poder establecer una conexión significativa entre el *factum probans* y el *factum probandum*. Algunas veces, cuando se dispone de ellas, puede recurrir a leyes y generalizaciones científicas, en cuyo caso sus inferencias serían generales o cuasigenerales: en la mayoría de los casos, sin embargo, las inferencias se basan en generalizaciones aproximadas, nociones vagas y máximas extraídas del sentido común y de la cultura media.²²² En consecuencia, la fuerza racional de las inferencias y el valor probatorio de las pruebas circunstanciales están en relación directa con el valor cognitivo y la fiabilidad racional de las reglas o estándares que el juzgador emplea como criterios para fundar inferencias. La verdad del enunciado acerca del *factum probandum* está más o menos corroborada, el enunciado resultará

más o menos creíble, razonable o probable, dependiendo de la fiabilidad de esos estándares.²²³ En todo caso, cuando se obtiene la inferencia de una manera racional, ésta representa el fundamento lógico de las pruebas circunstanciales y convierte un hecho «bruto» en una circunstancia con valor probatorio.

A veces sólo existe un único medio de prueba circunstancial a partir del cual se puede extraer una conclusión cognitiva sobre un hecho litigioso. En la mayoría de los casos, sin embargo, la prueba basada en medios circunstanciales está compuesta de varias inferencias extraídas de distintas circunstancias, que convergen consistentemente en la misma conclusión.²²⁴ En ocasiones, la estructura de este razonamiento es muy compleja, especialmente porque el enunciado sobre el *factum probandum* puede ser justamente el último eslabón de una cadena — o el centro de una red — de varias inferencias.²²⁵ Los nombres de «pruebas en cascada» o «pruebas concatenadas» también se utilizan para hacer referencia a causas complejas en las cuales se emplean sofisticadas estructuras lógicas para poder desarrollar el razonamiento sobre las pruebas circunstanciales.²²⁶

81. *El valor probatorio de las pruebas circunstanciales.* Como regla general, el valor probatorio de las pruebas circunstanciales es determinado por el juzgador de acuerdo con su propia estimación discrecional. Sin embargo, esta valoración discrecional puede ser incierta y peligrosa por varias razones: la inferencia puede ser dudosa, el valor probatorio de las circunstancias relevantes puede ser bajo, las diversas circunstancias pueden conducir a conclusiones inconsistentes o contradictorias y a veces su valor probatorio es sobreestimado o subestimado por el juzgador. Por ello, el intento de evitar, al menos, los errores más frecuentes en la valoración de las pruebas circunstanciales conduce a la construcción de los modelos racionales que se espera que el juzgador utilice como guías en su toma de decisiones. La mayoría de los análisis lógicos del concepto de relevancia (véase *supra* §§ 20-22) o del de libre valoración de la prueba (véase *infra* § 95) se han desarrollado, especialmente, en relación con los problemas de las pruebas circunstanciales. El objetivo de estos análisis es construir un conjunto de criterios racionales que logren reducir los peligros de uso indebido o malentendidos en las decisiones basadas en pruebas circunstanciales.²²⁷

²²⁰ Para un análisis más amplio de estos temas véase TARUFFO, 1992a: 233, 426, 443 [trad. cast.: 257, 453, 470].

²²¹ Véase, por ejemplo, CROSS y TAPPIN, 1990: 21.

²²² Para un análisis más amplio de estas situaciones cfr., e. g., TARUFFO, 1992a: 241, 248, 256 [trad. cast.: 265, 273, 282].

²²³ Véase TARUFFO, 1992a: 248 [trad. cast.: 273]; SCHMID y MARTIN, 1982: 105; ANDERSSON y TWINSKY, 1991: 58, 89, 94.

²²⁴ Para discusiones más amplias y panoramas críticos véase, e. g., TARUFFO, 1992a: 166, 199, 217 [trad. cast.: 190, 223, 241]; WICKOWSKI, 1983: I, 1004.

²²⁵ Véase el primero y más influyente análisis de este concepto en STRIN, 1893. De la bibliografía alemana moderna consíglense, por ejemplo, KOCH y ROSSMAN, 1982: 285; MUSELAK, 1975: 113. Véase también MONTANO ARCOA, 2000: 56; FALCON, 2003: vol. 2, 457.

²²⁶ Cfr., e. g., TARUFFO, 2002: 140 [trad. cast.: 125]; 1992a: 194, 246 [trad. cast.: 218, 272].

²²⁷ Véase, de nuevo, TARUFFO, 2002: 140 [trad. cast.: 125]; 1992a: 194, 246 [trad. cast.: 218, 272].

A veces, sin embargo, existen disposiciones legales cuyo objetivo es hacer frente a estas dificultades. Esas disposiciones limitan la discrecionalidad del juzgador y lo obligan a cumplir con determinados criterios legales en la estimación de pruebas circunstanciales. En algunos casos, el uso de estas pruebas se limita a situaciones en las cuales se admiten pruebas testificales, en sistemas en los que las pruebas testificales están excluidas en muchos casos (véase *supra* § 57).²²⁸ Otra solución es admitir el uso de pruebas circunstanciales sólo cuando las inferencias que permiten realizar acerca del *factum probandum* son serias, precisas y coincidentes.²²⁹ Esas disposiciones se orientan a imponer estándares racionales en la estimación del valor probatorio de las pruebas circunstanciales. En la práctica, sin embargo, esos estándares son vagos y confusos y los tribunales no suelen aplicarlos de manera estricta y consistentemente.²³⁰ En realidad, las pruebas circunstanciales no se ajustan fácilmente a reglas analíticas ni a restricciones formales y las garantías necesarias de equidad y fiabilidad deben fundarse, más bien, en la racionalidad de las inferencias formuladas por el juzgador. Cuando son fiables, las pruebas circunstanciales pueden tener el mismo valor probatorio que cualquier otro tipo de pruebas.

²²⁸ Cfr., por ejemplo, el artículo 1.353 del Código Civil francés, el artículo 2.729.2 del Código Civil italiano y el artículo 1.253 del Código Civil español.

²²⁹ Véanse las disposiciones citadas en la nota anterior. En Italia, sin embargo, una inferencia circunstancial puede ser suficiente para sustentar la resolución del juez. Consiliense, *o. g.*, *Comociao*, 2004a: 478. La *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, en su artículo 386.1, no exige la coincidencia de varias inferencias, pero sí dice que la presunción se debe basar en una conexión precisa y directa entre el *factum probans* y el *factum probandum* establecida de acuerdo con las «reglas del criterio humano».

²³⁰ Véanse, *o. g.*, *Taruffo*, 1992a: 443 [trad. cast.: 470]; *Comociao*, 2004a: 470, 484, 490.

CAPÍTULO IV RASGOS PROCESALES DE LA ASUNCIÓN DE LA PRUEBA

82. *Sistemas centrados en las partes y sistemas centrados en el tribunal.* En cierto sentido, el núcleo del proceso civil es la asunción de las pruebas. En realidad, describir un proceso de primera instancia equivale, en buena medida, a dar cuenta de cómo se ofrecen, solicitan, admiten y asumen las pruebas. Por ello, la asunción de las pruebas se ve influenciada por toda la estructura, la organización y el funcionamiento de los procesos civiles. Por otro lado, la estructura de tales procesos está en buena parte determinada por los principios, las disposiciones y los mecanismos procesales específicamente relacionados con la asunción de las pruebas. Efectivamente, un caso civil puede ser fácil y simple cuando no hace falta ninguna prueba; y, por el contrario, será complejo y difícil cuando sea necesario establecer varios hechos litigiosos y que se practiquen muchas pruebas. Estas interconexiones entre la estructura de los procesos civiles y la asunción o práctica de las pruebas no pueden ser examinadas detalladamente en estas páginas. Por ello, las referencias a los rasgos generales del proceso civil se limitarán a unos cuantos puntos imprescindibles. La asunción de las pruebas puede ser discutida, así, como una especie de subproceso inserto en el contexto más amplio del proceso civil.

Una manera muy común de abordar los rasgos generales de la asunción de pruebas es distinguiendo sistemas que puedan ser etiquetados como «centrados en las partes», dado que en ellos la presentación de pruebas depende principal o exclusivamente de la actividad de las partes, y sistemas que pueden ser calificados de «centrados en el tri-

bunal», ya que en ellos la presentación de pruebas depende, en su mayor parte o por completo, del papel activo que desempeña el tribunal. Una forma tradicional de establecer tal distinción consiste en hablar de *systemas adversarial e inquisitorial* en los países de *common law*, y de *Dispositionsmaxime y Verhundlungsmaxime* en Alemania, o del *principio dispositivo y principio inquisitorio* en Italia. Distinciones similares pueden encontrarse también en la mayoría de los demás sistemas de *civil law*. Esta manera de afrontar el problema es muy habitual¹; sin embargo, la solidez científica y la validez de tales distinciones es discutible. Por un lado, tales definiciones son extremadamente vagas y multifacéticas, ya que hacen referencia a modelos muy imprecisos de proceso civil. Expresan ideas muy generales y abstractas sobre el papel de las partes y del tribunal en un proceso civil, que, en el mejor de los casos, pueden corresponder a tendencias generales en la justicia civil que pueden vincularse con la organización del poder y con los propósitos más básicos de la administración de justicia². Por otro lado, vale la pena subrayar que las categorías de aquellas distinciones se suelen utilizar como medios, polémicos y retóricos, para apoyar o rechazar ideologías específicas del proceso civil. Por ejemplo, el término «*adversarial*» se emplea para apoyar la idea de un proceso que se deja por completo a la dirección de las partes, en contraste con las tendencias «*inquisitivas*»³. Así, «*adversarial*» se usa como sinónimo de libertad, iniciativa individual, democracia, igualdad, competición equitativa y decisión imparcial, mientras que «*inquisitorial*» se usa como sinónimo de poder autoritario, falta de libertad, paternalismo, parcialidad y poder público que interfiere en la vida privada⁴. En realidad, estas etiquetas se utilizan, en la mayoría de los casos, sin que haya una correspondencia efectiva con la realidad de los sistemas procesales. Por lo tanto, deberíamos abandonarlas, en especial cuando se discuten problemas acerca de la prueba. De hecho, nunca ha existido ningún sistema realmente inquisitivo de proceso civil —es decir, un sistema en el cual las partes no cumplen ningún papel y todo queda en manos del juez— y tampoco existe hoy en día en ningún lugar. Para darse cuenta de ello basta advertir que en todos los sistemas procesales modernos se reconocen y garantizan los derechos de las partes (véase, con referencia a la presentación de pruebas, *supra* § 37).

¹ Sería imposible ofrecer aquí una bibliografía completa. Las citas se harán en las siguientes notas. Para una visión panorámica del tema véanse, entre otros, PARRA, 2004; BRIDGEMAN, 1968: 100, 164; NORMANO, 1965; CABELLETTI, 1962: vol. 1, 303; CAVALLONE, 1991: 3, 289.

² Véase, principalmente, DAMASKA, 1986: 3, 16, 71, 88, 97, 147, 181.

³ Esto sucede sobre todo en Estados Unidos; véanse, *e. g.*, LAWDSMAN, 1984: 5, 36; SAITZ-BURC, 1978: 9.

⁴ Respecto de la cultura jurídica estadounidense consúltese, principalmente, KAGAN, 2001: 99. Véanse también DAMASKA, 1986: 5, 2002: 25, 30; LANGBEIN, 1985: 824; TARUFFO, 1979: 259. Esta forma ideológicamente cargada de distinguir diferentes modelos de proceso civil se encuentra también en Europa; véase, por ejemplo, MONTORO ARCCA, 2002: 79; 2004: 570.

Se puede usar una distinción más correcta y menos cargada de ideología para afrontar estos problemas: la distinción entre sistemas probatorios «centrados en las partes» y «centrados en el tribunal». Esta distinción identifica únicamente los polos de una escala en la cual se pueden situar los sistemas probatorios reales⁵. De hecho, ningún sistema es puramente «centrado en las partes» o «centrado en el tribunal»: los sistemas reales pueden ser más o menos centrados «en las partes» o «en el tribunal», dependiendo de cómo se definan y combinen entre sí los papeles de las partes y del tribunal.

83. *El papel del tribunal.* Vale la pena subrayar, sin embargo, que las diferencias más importantes entre los grados de la escala mencionada tienen que ver con el papel del tribunal en la recopilación de las pruebas. En realidad, un principio básico del proceso civil en todos los sistemas modernos —también reconocido en disposiciones constitucionales— es que las partes tienen la facultad y el derecho de presentar todo medio de prueba relevante y admisible a su alcance (véanse *supra* §§ 37 y 38). Por ello, puede considerarse que todos los sistemas modernos de pruebas están centrados en las partes, ya que cada parte tiene una libertad ilimitada de presentar todos los medios de prueba admisibles que sean relevantes para demostrar los hechos motivo de litigio. En consecuencia, las diferencias reales atañen sólo al alcance de las facultades que el tribunal tiene en la asunción de pruebas y, en particular, de la facultad de ordenar de oficio la asunción y práctica de pruebas. Así, hay diferencias en cuanto al campo de aplicación de esta facultad: mientras que algunos sistemas se apoyan exclusivamente en las partes para la recopilación y la presentación de las pruebas, otros invisten al tribunal con poderes activos más o menos extensos para incorporar pruebas no ofrecidas por las partes. Vale la pena tener en cuenta, sin embargo, que en muchos casos los tribunales no hacen uso efectivo de los poderes de los que están dotados, con la consecuencia de que, en realidad, estos sistemas están mucho menos centrados en el tribunal de lo que parece si se consideran únicamente las normas escritas en los códigos.

En cuanto al ofrecimiento de pruebas, un principio general aplicado en todos los sistemas es que las partes soportan la carga y tienen el derecho de aportar cualquier elemento de prueba relevante y admisible (véanse *supra* §§ 37 y 38, e *infra* § 100). Un tema más interesante es el poder del tribunal para incorporar de oficio más elementos de prueba. En los sistemas puramente centrados en las partes, este tema carece de sentido. Si el proceso civil se concibe como una mera *Sache der Parteien* o como una actividad libre entre individuos privados, la consecuencia obvia es que el tribunal no tiene ningún papel activo que desempeñar en la aportación de pruebas. El juzgador decidirá sobre los

⁵ Véanse JOLOWICZ, 2003; HAZARD, TAIT y FLETCHER, 1999: 34.

hechos tomando únicamente como base las pruebas ofrecidas por las partes. Esta es la idea fundamental que subyace en el concepto tradicional del *adversarial system* en los países de *common law*⁶. Esta es también la idea fundamental que subyace en los sistemas procesales de *civil law* del siglo XIX⁷ y también en algunos de los sistemas actuales⁸.

Sin embargo, esta idea tradicional perdió buena parte de su fuerza en los sistemas procesales modernos. Las razones históricas y teóricas de este cambio son muy complejas. Las más importantes fueron: el surgimiento de concepciones del proceso civil como mecanismo «público» para la protección de derechos y del papel del juez como *longa manus* del Estado que procura tal protección; la tendencia en favor de la búsqueda de la verdad en el proceso civil y la falta de confianza en la iniciativa de las partes; la creciente necesidad de dirección y control por parte del tribunal sobre el procedimiento y la exigencia de suplementar las iniciativas probatorias de las partes cuando no son suficientes para probar los hechos en disputa. La combinación de estos factores y su influencia en la regulación de la asunción de las pruebas determinó el surgimiento de una tendencia generalizada en favor de que el tribunal tenga un papel activo en la búsqueda de pruebas adicionales a las ofrecidas por las partes⁹. Vale la pena subrayar que el concepto de proceso civil como mecanismo público ofrecido por el Estado para la protección de los derechos de los ciudadanos no está vinculado con la existencia, en algunos países, de regímenes autoritarios; y mucho menos se puede interpretar dicho concepto como producto de tales regímenes. Algunos autores sostienen la teoría de que un papel activo del tribunal, sobre todo en la recopilación de pruebas, es autoritario per se y determina una naturaleza autoritaria del proceso civil¹⁰; pero esto carece de fundamento. Históricamente no hay conexión significativa alguna entre la idea de un papel activo del tribunal y la naturaleza autoritaria de los regímenes políticos, dado que esta idea surgió también en muchos países no autoritarios. Lo mismo vale actualmente, pues existen tribunales activos en la mayoría de los sistemas procesales modernos, en muchos de cuyos países no hay regímenes políticos autoritarios¹¹. Asimismo, un papel activo del tribunal en la recopilación de pruebas tiene una base racional en el propósito de establecer la verdad de los hechos en disputa¹², un propósito que por sí

⁶ Véanse, e. g., KAGAN, 2001: 99; LANDSMAN, 1984: 36; TARUFFO, 1979: 19; CLEARLY, STRONG, BROTON Y MOSTELLER, 1988: 2; JAMES, HAZARD Y LEUSDOERF, 1992: 4.

⁷ Cf., en general, NORMAND, 1965: 397; BRÜGEMANN, 1968: 42; TARUFFO, 1980: 128, 143.

⁸ Cf., e. g., MONTEIRO ARCOA, 2002: 77; 2000: 29.

⁹ Véase un amplio análisis en SCHOFFELEERS, 1991: 24, 46, 81, 121. Consultense también PARRA, 2004: 9, 15, 67; BRÜGEMANN, 1968: 61, 91, 116, 127, 164, 345; NORMAND, 1965: 386, 393, 400; JACOB, 1985: 230; JOLOWICZ, 1975: 188.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, MONTEIRO ARCOA, 2002: 78; 2004: 533; CRIPIANI, 1997: 27.

¹¹ Para un examen crítico de estas concepciones véase TARUFFO, 2000b: 451 [trad. cast., en este mismo volumen: 159].

¹² Consultese, e. g., PARRA, 2004: 15, 17.

mismo no tiene carácter autoritario alguno, al fundarse —por el contrario— en la exigencia de posibilitar a los tribunales tomar decisiones justas (véase *supra* § 7).

La tendencia en favor de un papel activo del tribunal en la recopilación de pruebas adopta rasgos diferentes dependiendo de la diversa evolución histórica de los distintos sistemas procesales. En los sistemas de *common law*, la concepción *adversarial* del proceso civil viene de muy lejos y está todavía presente en la actualidad, aunque la idea de dejar la presentación de pruebas sólo a las partes ha recibido muchas críticas¹³. Sin embargo, la creciente necesidad de que el tribunal mantenga un control razonable sobre el proceso y la tendencia a favorecer el logro de decisiones adecuadas y que se correspondan con la verdad ha influido en la visión global del papel del tribunal y ha conducido a la concepción de un «papel directivo» del juez en el proceso civil¹⁴. En este cambio general hacia una nueva concepción del juez estadounidense, un aspecto importante ha sido precisamente el paso de un papel completamente pasivo en la recopilación de las pruebas a uno relativamente activo¹⁵. Este cambio ha sido codificado por las *Federal Rules of Evidence*, que confieren al juez la facultad de citar a testigos, interrogar de oficio a los testigos de las partes y nombrar a peritos judiciales¹⁶. Estas reglas han sido criticadas severamente¹⁷ y se aplican muy pocas veces, porque es común sostener que el tribunal no debería ser realmente activo en la búsqueda de pruebas en un proceso de tipo *adversarial*¹⁸. Sin embargo, esas reglas pueden ser interpretadas como signo de un cambio importante en la concepción general del papel del tribunal en la búsqueda de la verdad: en realidad, el sistema estadounidense parece estar en el camino de una transformación global en la que los rasgos más interesantes son una mayor atención a la búsqueda de la verdad y una fe más endeble en las ventajas de un sistema de pruebas *adversarial*¹⁹. No obstante, el problema de determinar si un sistema *adversarial* es o no eficiente en la búsqueda de la verdad sobre los hechos en litigio parece estar todavía abierto. Por un lado, los partidarios de ese sistema

¹³ Véanse, e. g., FRANKEL, 1975: 1041; FRANK, 1950: 80; TARUFFO, 1979: 6.

¹⁴ Sobre este relativamente nuevo papel de los jueces estadounidenses véanse, especialmente, REISCH, 1982: 414; MILLER ARTHUR, 1984: 14; PERKINS, 1981: 770; CHAVES, 1976: 1284.

¹⁵ Este cambio fue anunciado por una parte importante de los estudiosos del derecho estadounidense. Véanse, por ejemplo, FRANK, 1950: 93; FRANKEL, 1975: 1053; WRIGHT Y MILLER, 1969: 1986; vol. 8, 695; WEINSTEIN Y BERGER, 1975: vol. 3, 614-3; TARUFFO, 1979: 22.

¹⁶ Véanse las reglas 624 y 706 de las *Federal Rules of Evidence*: GRAHAM, 2003: 222, 253; WEINSTEIN Y BERGER, 1975: vol. 3, 614-5, 706-7; LALLY, 1987: 9; GANNETT, 2003: 18, 19; MUELLER Y KIRKPATRICK, 2003: 599, 648; SALTZRURG, MARTIN Y CARA, 2002: vol. 3, 614-2, 614-8, 706-3.

¹⁷ Véase, e. g., SALTZRURG, 1978: 11.

¹⁸ Consultense, por ejemplo, WEINSTEIN Y BERGER, 1975: vol. 3, 614-4, 614-9; SALTZRURG, MARTIN Y CARA, 2002: vol. 3, 614-2, 706-3.

¹⁹ Véase el interesante análisis hecho por DAVASKA, 1997: 94, 99, 101; 1986: 116, quien subraya que las restricciones de las facultades probatorias activas de los tribunales son mucho más fuertes en el proceso penal que en el civil.

afirman su superioridad «lógica» como un método para la búsqueda de la verdad, aunque se inclinan a admitir que «una preocupación por la verdad material puede ser no sólo inútil, sino también peligrosa para la sociedad»²⁰. Por el otro, los autores que conciben el proceso civil como orientado a la búsqueda de la verdad critican el sistema *adversarial* precisamente por su ineficiencia como método para llegar a una decisión que se corresponda con la verdad²¹. También se dice que estos sistemas ocultan la verdad en lugar de revelarla²², y que «pueden exaltar las aritméticas y la victoria sobre la ética y la verdad»²³. La historia confirma, en realidad, que una competición bilateral entre las partes es «un mal sustituto de la búsqueda de la verdad», pues el «proceso *adversarial* encomienda la responsabilidad de reunir y presentar las pruebas de las que depende la resolución a las partes, cuyo interés principal está en ganar, no en la verdad»²⁴. En consecuencia, la dinámica acusatoria incentiva la «distorsión y la supresión de pruebas [...] el adoctrinamiento de los testigos y la ocultación de pruebas desfavorables»²⁵ por parte de abogados que desarrollan una «destreza profesional que vence a la verdad»²⁶. Por ello, la superioridad del sistema *adversarial* como medio para la búsqueda de la verdad dista mucho de ser demostrada, a menos que nos inclinemos a asumir que «el combate promueve la verdad»²⁷.

84. *El papel del tribunal en los sistemas de civil law*. La experiencia histórica de los sistemas europeos ha sido mucho más compleja, debido principalmente a los importantes desarrollos acontecidos desde finales del siglo XIX hasta el presente. Una de las consecuencias de estos cambios ha sido la diversificación del papel de los tribunales en la asunción de las pruebas.

En algunos sistemas, el tribunal está dotado de una facultad general o cuasigeneral de ordenar de oficio la asunción y práctica de cualquier medio de prueba relevante. Esta facultad suele ser considerada adicional y suplementaria respecto de las pruebas ofrecidas por las partes. Sólo cuando las partes no presentan pruebas suficientes para demostrar los hechos en litigio, puede el tribunal ordenar la práctica de cualquier otra prueba que pueda ser útil para tomar una decisión ajustada a la verdad sobre los hechos. El ejemplo más significativo de este sistema es el que suministra el Código Procesal Civil francés promulgado

en 1976. El artículo 10 de ese código establece un principio general que rige en cualquier proceso civil, según el cual el tribunal puede ordenar —de oficio— la asunción de cualquier medio de prueba legalmente admisible. El artículo 144, por su parte, especifica que el tribunal puede usar este poder en cualquier momento, siempre que crea que las partes no ofrecieron pruebas suficientes para resolver el caso; sin embargo, el artículo 146 establece que esa facultad del tribunal no puede utilizarse con el objetivo de llenar las lagunas de las defensas de las partes²⁸.

El artículo 782 del Código Procesal Civil colombiano estipula una facultad general similar del tribunal para ordenar, de oficio, la asunción de cualquier prueba relevante²⁹. Otro buen ejemplo de facultades probatorias casi generales del tribunal se puede encontrar en el sistema alemán. Para entender este sistema se deben examinar un par de principios generales importantes. Uno de ellos se enuncia en el § 138 del Código Procesal Civil alemán, de acuerdo con el cual las partes están obligadas a proporcionar al tribunal una clarificación completa y veraz de sus alegaciones sobre los hechos³⁰. El otro principio es enunciado por el § 139, según el cual el tribunal tiene la tarea de llevar a cabo la llamada *materielle Prozessleitung*; esto es, un manejo del caso en el cual las controversias sobre los hechos tienen que ser determinadas clara y cabalmente y las pruebas relevantes tienen que ser identificadas por las partes y el tribunal³¹. En este contexto normativo, que define un papel nitidamente activo del tribunal, se establecen varias normas acerca de la facultad del tribunal de ordenar la asunción de medios de prueba³². Por ejemplo, el § 142 estipula que el tribunal puede ordenar a cualquier parte o a un tercero la presentación de pruebas documentales³³. En realidad, la única prueba cuya asunción de oficio no puede ser ordenada por un juez alemán es el testimonio de quienes no son partes, aunque ésta es una restricción que ha sido criticada por considerarse inconsistente y carente de cualquier justificación sistemática³⁴. El sistema alemán se orienta, pues, claramente a conferir al tribunal un papel activo en el esclarecimiento de las controversias sobre los hechos, alentando a las partes para que presenten medios de prueba relevantes adicionales y buscando y ordenando, de oficio, medios de prueba relevantes no

²⁰ Véase LANDSMAN, 1984: 37. Consultense también WALLEN, 2003: 175; FREEDMAN, 1975: 1063.

²¹ Cf., *et. g.*, JOLOWITZ, 1996: 200, 209; 2003: 2, 3; WEREND, 2003: 157, 158; JACKSON JOHN, 1988: 475, 484; HAZARD, TAIT Y FLETCHER, 1999: 36.

²² Véase SWARD, 1989: 317.

²³ Véase GERBER, 1987: 4.

²⁴ Véase LANGBEIN, 2003: 332.

²⁵ Cf. LANGBEIN, 2003: 332.

²⁶ Véase LANGBEIN, 2003: 334.

²⁷ Esta suposición, sin embargo, es «muy problemática»; véase LANGBEIN, 2003: 338.

²⁸ Consultense, en general, VINCENT Y GUINCHARD, 2003: 541; COBERT, 2000: 484.

²⁹ Véase PARRERA, 2000: 129, 125; PARRERA, 2004: 93.

³⁰ Cf., principalmente, STRÖMBER, 1976; MURRAY Y STÖRNER, 2004: 263. Véase también BRÜGGEMANN, 1968: 122, 345; JAEHRING, 1991: 81, 85.

³¹ Cf. MURRAY Y STÖRNER, 2004: 264; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS Y HARTMANN, 2003: § 139, núms. 1-19; ZPO-KOMM, 1987: § 139, núms. 1-46; SCHOPFELN, 1991: 162; MUSIELAK, 1991: 61; JAEHRING, 1991: 79; ARENS Y LÜKE, 1992: 146.

³² Véase MURRAY Y STÖRNER, 2004: 264. Para discusiones detalladas de los diversos casos específicos consultense SCHOPFELN, 1991: 192, 204, 234, 258; BRÜGGEMANN, 1968: 355, 363, 373, 390.

³³ Véase MURRAY Y STÖRNER, 2004: 263; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS Y HARTMANN, 2003: § 142; ZPO-KOMM, 1987: § 142.

³⁴ Cf. SCHOPFELN, 1991: 296, 299; NAGEL, 1967: 44; MUSIELAK Y STÄDLER, 1984: 6.

presentados por las partes. En Austria se ha adoptado un sistema semejante, donde, en algunos procedimientos especiales, podemos encontrar un sistema puro centrado en el tribunal, en el que en general el juez puede ordenar de oficio la asunción de cualquier medio de prueba relevante. La única limitación es que no puede ordenar la exhibición de documentos o el interrogatorio de un testigo si ambas partes expresamente se oponen a ello.³⁵

Si bien en estos importantes sistemas europeos la tendencia, nítidamente, es investir al tribunal de un papel central y activo en el manejo de las pruebas y en la búsqueda de la verdad, en otros sistemas de *civil law* las cosas son bastante diferentes y el papel que se atribuye al tribunal es relativamente menos activo. Un ejemplo significativo de esta situación intermedia es el que ofrece Italia. El Código Procesal Civil promulgado en 1942 tendió a ampliar el papel del tribunal en la asunción de las pruebas, pero esta tendencia no se llevó al extremo de conferir al tribunal la facultad de ordenar de oficio la asunción de cualquier medio de prueba relevante.³⁶ Se adoptó una solución intermedia: el tribunal puede interrogar a las partes y ordenar inspecciones, pruebas periciales, juramentos suplementarios, tests y reproducciones, solicitar información a funcionarios y oficinas públicas³⁷ y, de acuerdo con una reforma reciente, el testimonio de un tercero que no sea parte interesada cuando las partes hagan referencia a personas que pueden saber la verdad sobre los hechos litigiosos.³⁸ El tribunal no puede ordenar de oficio, en cambio, la exhibición de documentos, una confesión o un juramento decisivo, ni puede citar a testigos que no hayan sido señalados por las partes. El tribunal no tiene, pues, facultad para ordenar la práctica de algunos de los medios de prueba más importantes. La situación es diferente en algunos procedimientos civiles especiales, en los que el juez tiene una facultad casi general de buscar y ordenar la asunción de medios de prueba no ofrecidos por las partes. Este es el caso, principalmente, del proceso laboral, en el que el juez puede ordenar de oficio la asunción de cualquier medio de prueba relevante, excepto el juramento decisivo, y puede llegar incluso más allá de los límites definidos por el Código Civil.³⁹ Es también el caso de algunos procedimientos sumarios

³⁵ Véase FASCHINO, 1990: 473.

³⁶ La tesis de que el Código Procesal Civil italiano se inspiró en la ideología fascista (véase MONTEIRO AROCA, 2002: 79; 2004: 570) carece por completo de fundamentos históricos. En general, el código no era autoritario ni en su estructura ni en la definición de las facultades del juez. En cuanto al papel del tribunal en la recopilación de pruebas era, en esencia, moderado. Véase TARUFFO, 1980: 262, 263.

³⁷ Cfr. los artículos 61, 117, 118, 213 y 261 del Código Procesal Civil italiano y el artículo 2.736.2 del Código Civil italiano.

³⁸ Véase el Código Procesal Civil italiano, artículo 281, promulgado en 1998; CAIRI y TARUFFO, 2002: 863.

³⁹ Considérese el Código Procesal Civil italiano, artículo 421; CAIRI y TARUFFO, 2002: 1304; LUISO, 1992: 190; TARZIA, 1999: 130.

en los que el juez puede buscar cualquier información necesaria para resolver el caso.⁴⁰

Otro ejemplo interesante es el de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española: como regla general, el tribunal no puede buscar pruebas adicionales, pero una vez que las de las partes han sido presentadas y practicadas, y justo antes de resolver sobre el caso, el tribunal puede considerar que son necesarias otras pruebas. En tales circunstancias, el tribunal puede dictar una *diligencia final* (el nuevo nombre para las tradicionales diligencias para mejor proveer) que ordena la práctica de nuevas pruebas sobre hechos relevantes, si los medios de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes.⁴¹ Otros sistemas de *civil law* tienden, también, a investir al tribunal de facultades limitadas para ordenar de oficio la presentación de pruebas.⁴²

85. *Aportación y admisión de pruebas en el civil law.* Son varios los mecanismos procesales para la aportación y la admisión de pruebas que se usan en los sistemas de *civil law*. En general, estos mecanismos son bastante simples: el sistema básico consiste en que las partes buscan y encuentran por sí mismas, fuera del proceso y principalmente antes de que éste comience, los elementos de prueba que puedan usar, y luego solicitan la admisión de aquellos que consideren relevantes y admisibles. Normalmente, esta solicitud se hace con las primeras alegaciones o en una etapa inicial del proceso, pero pueden también admitirse solicitudes posteriores cuando sean necesarias, *i. e.*, cuando se aleguen nuevos hechos o se descubran otras pruebas. Las solicitudes de las partes son admitidas o rechazadas por el tribunal de acuerdo con los estándares de relevancia y admisibilidad (véase *supra* capítulo II).

En Alemania, el principio general es que las partes soliciten la admisión de pruebas relevantes y admisibles. Cualquier parte tiene la oportunidad de impugnar la admisibilidad o la relevancia de las pruebas presentadas por su oponente. La parte que solicita la admisión de un medio de prueba tiene que mostrar que éste merece ser admitido, además de especificar los hechos que se espera probar y el objeto de la prueba.⁴³ La decisión del tribunal está regulada detalladamente mediante disposiciones especiales según las cuales el tribunal debe tener en cuenta todas las posibles situaciones que pueden darse e identificar específicamente los medios de prueba que son admitidos.⁴⁴ Algo muy

⁴⁰ Véanse, *e. g.*, el Código Procesal Civil italiano, artículo 738; CAIRI y TARUFFO, 2002: 2196; CAIRI, 1990: 911; TARUFFO, 1992a: 462 [trad. cast.: 489].

⁴¹ Véase el artículo 435.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española; MONTEIRO AROCA, 2002: 385; 2000: 35; DE LA OLIVA SANTOS y DIEZ-PICAZO GABARRÓN, 2000: 338.

⁴² Para el caso de Argentina véase KIJELMANOVICH, 1996: 91. Sin embargo, el juez argentino tiene la facultad de llamar testigos de oficio (véase *ibid.*, 1996: 184).

⁴³ Cfr. MURRAY y STRICKER, 2004: 262; JUCKENB, 1991: 187; MUSELAK, 1991: 230; ARENS y LERKE, 1992: 210.

⁴⁴ Véase el Código Procesal Civil alemán, §§ 358, 350, 360; MURRAY y STRICKER, 2004: 265;

similar es lo que disponen los §§ 226, 243 y 277 del Código Procesal Civil austriaco.⁴⁵

Entre las disposiciones existentes en otros sistemas de *civil law*, las del Código Procesal Civil francés parecen particularmente interesantes. En general, las partes tienen el deber de aportar las pruebas y cooperar en su asunción (arts. 9 y 10). El juez puede ordenar la asunción de cualquier medio de prueba en cualquier momento del proceso (art. 144) y tiene la facultad de elegir las pruebas que pueden resolver la causa, dando preferencia a los medios de prueba más sencillos y menos onerosos (art. 147). Además, en cualquier momento el juez puede extender o reducir la lista de medios de prueba admitidos (arts. 148 y 149). Todas estas cuestiones se resuelven por medio de órdenes que no pueden ser cuestionadas por las partes. En el código francés se presta especial atención al papel del juez en la decisión acerca de la admisión de las pruebas y a cuándo y por qué medios serán éstas presentadas.⁴⁶

Otros sistemas de *civil law* tienen disposiciones menos sofisticadas. Por ejemplo, el Código Procesal Civil italiano establece que las partes deben hacer su proposición de prueba en sus primeras alegaciones, indicando los hechos en disputa y los medios de prueba.⁴⁷ En España, las partes proponen sus pruebas al final de una vista llamada *audiencia previa*, que concluye la fase preliminar del proceso, y el tribunal decide sobre la admisión de las pruebas en la misma audiencia.⁴⁸

86. *La discovery de las pruebas en el common law.* En los sistemas de *common law*, los mecanismos procesales para la proposición y la admisión de pruebas son diferentes, debido a la distinta estructura del procedimiento de primera instancia. El rasgo distintivo más importante de esos sistemas es la separación entre la fase procesal preliminar y la vista, y específicamente la *discovery* [descubrimiento] de pruebas, que es el núcleo de la fase preliminar. Tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, la demanda y la contestación deben identificar la acción que ejercen.⁴⁹ Esas alegaciones pueden incluir una descripción de los

BAUDRIBACH, LUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: §§ 359, 360; ZPO-KOMM., 1987: §§ 358, 359, 360; ENGEL, 1992: 141; MUSELAK, 1991: 231; JAUBENIG, 1991: 188; AERNS y LOKE, 1992: 210.

⁴⁵ Véanse FASCHING, 1990: 473, 474; 1959-1974, vol. 3, §§ 273, 277; HUCHZAMER, 1976: 253.

⁴⁶ Sobre el sistema francés consúltense VINCENT y GUINCHARD, 2003: 540, 808, 816, 822; CAOJET, 2000: 508, 518, 521; BLANC, 1974: 15.

⁴⁷ Véanse el Código Procesal Civil italiano, artículos 163, 167, 183; CONCICCO, FERRI y TARRIÑO, 1998: 250, 557; CARRI y TARRIÑO, 2002: 503, 524, 563, 574.

⁴⁸ Cfr. el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español; MONTORO ARCOA, 2002: 139; GÓMEZ COLONER, 2000: 272; DE LA OLIVA SANTOS y DIEZ-PECAZO GIMÉNEZ, 2000: 274.

⁴⁹ El tema de la función de las alegaciones y su historia es extremadamente complejo y no puede ser analizado aquí. Sobre el sistema inglés véase principalmente ZUCKERMAN (2003: 125, 216), que describe la situación después de las *Rules of Civil Procedure* de 1999. Sobre la regulación anterior en Inglaterra véanse, en general, JACOB, 1987: 87; DENNIS, 1999: 17; GRIVART DE KERSTRAT, 1981: 47. Sobre el sistema estadounidense consúltense principalmente JAMES, HAZARD

hechos que apoyan sus pretensiones, pero — en especial bajo el sistema de *notice pleading* introducido por las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses — no es necesario que se haga una especificación detallada de esos hechos.⁵⁰ Sin embargo, las alegaciones iniciales no incluyen la proposición de prueba de las partes. De hecho, las pruebas son «descubiertas» por las partes en la fase preliminar (en el *pre-trial*) y, por lo tanto, no pueden ser señaladas en las alegaciones iniciales. La *discovery* desempeña, precisamente, la función de permitir a las partes conocer qué elementos de prueba están en posesión o bajo control de la otra parte. Cada una de ellas tiene la obligación de revelar a las otras partes los medios de prueba con los que cuenta.⁵¹ Si se cumple apropiadamente con tal obligación, todas las partes lograrán un conocimiento adecuado de todos los medios de prueba disponibles para ser presentados en el juicio. Además, si una parte no revela alguna prueba de la que disponga, las otras pueden solicitar al tribunal que Ordene revelar los medios de prueba con los que aquella cuenta.⁵²

En Inglaterra, la *discovery* se limita esencialmente a documentos y elementos de prueba tangibles y no se admite, en cambio, para las pruebas testificales.⁵³

En Estados Unidos, el alcance de la *pre-trial discovery* es mucho más extenso e incluye la posibilidad de descubrir todos los medios de prueba relevantes acerca del asunto en disputa.⁵⁴ Por consiguiente, todos los medios de prueba que cualquier otra parte puede presentar en el juicio. Cada una de las partes puede inspeccionar cada medio de prueba real y documental, obtener información acerca de los peritos, interrogar a las otras partes y los posibles testigos y peritos, y obtener declaraciones escritas.⁵⁵ La única limitación es que las pruebas afecta-

y LEURSDORF, 1992: 137; FRIEDENTHAL, KANE y MILLER, 1985: 237; WRIGHT y MILLER, 1969-1986: vol. 4, 153; vol. 5, 9.

⁵⁰ Véanse principalmente JAMES, HAZARD y LEURSDORF, 1992: 145; FRIEDENTHAL, KANE y MILLER, 1985: 252; WRIGHT y MILLER, 1969-1986: vol. 5, 63; GRANSELL, 2003: 23. No obstante, se puede exigir una descripción de los hechos específica en los estados que siguen el sistema de *fact pleading* o de *code pleading* (cfr. HAZARD, TAIT y FLETCHER, 1999: 619). Sin embargo, también en la jurisdicción federal se suele dar en la práctica una descripción específica de los hechos; véanse *ibid.*, MARCUS, 1986: 433.

⁵¹ Véanse la regla 26(a) de las *Federal Rules of Civil Procedure*; JAMES, HAZARD y LEURSDORF, 1992: 231. Para el sistema inglés consúltense ANDREWS, 2003: 595; ZUCKERMAN, 2003: 462; *Civil Procedure Rules*, 31.2 y 31.3.

⁵² Véanse la regla 31.5 de las *Civil Procedure Rules* de Inglaterra; ZUCKERMAN, 2003: 466.

⁵³ Cfr., en general, ZUCKERMAN, 2003: 467; JACOB, 1987: 93; DENNIS, 1999: 52, 69; GRIVART DE KERSTRAT, 1981: 210, 279.

⁵⁴ Véanse la regla 26(b)(1) de las *Federal Rules of Civil Procedure*. Cfr., en general, HAZARD y TARRIÑO, 1993: 114; JAMES, HAZARD y LEURSDORF, 1992: 231; FRIEDENTHAL, KANE y MILLER, 1985: 381; HAYDOCK y HARR, 1983: 87, 183, 231.

⁵⁵ Cfr. la regulación detallada de los distintos mecanismos de descubrimiento en las *Federal Rules of Civil Procedure*, 27-36.

das por privilegios no pueden ser descubiertas.⁵⁶ En su desarrollo reciente, la *discovery* se ha convertido en un mecanismo que funciona también para la definición de los hechos del caso, ya que, en general, estos hechos no son enunciados previamente con detalle en las alegaciones (demanda y contestación); los hechos alegados se descubren al revelar las pruebas sobre los mismos, de modo que aquellos se van definiendo, paso a paso, durante el desarrollo de la propia *discovery*.⁵⁷ La *discovery* es, pues, un mecanismo jurídico por medio del cual todas las partes identifican los hechos y descubren y verifican los medios de prueba por anticipado. Tomando como base esta revelación y el descubrimiento formal o informal de las pruebas⁵⁸, las partes seleccionan los medios de prueba que consideraran realmente relevantes y que presentarán en juicio. Cuando el caso llega a juicio, las pruebas son admitidas (o no) de acuerdo con los criterios generales de relevancia y admisibilidad; esos criterios se aplican aquí estrictamente, mientras que en la fase preliminar la *discovery* se admite sobre una base mucho más amplia. Los medios de prueba irrelevantes o inadmisibles pueden ser excluidos durante o al final de la fase preliminar, *i. e.*, en la vista o audiencia previa.⁵⁹ Ahora bien, en general, cada medio de prueba es admitido o excluido cuando se presenta en juicio, mediante una decisión inmediata del juez, tomando también en consideración las objeciones planteadas por las otras partes.⁶⁰

87. *La asunción de las pruebas.* Los medios de prueba admitidos tienen que ser presentados y practicados ante el tribunal. Los rasgos procesales de la presentación de las pruebas dependen, en buena medida, de la estructura general del proceso. Por ello, se utilizan distintos procedimientos en los sistemas de *common law* y en la mayoría de los de *civil law*.

El modelo típico del *common law* se caracteriza por la existencia de un juicio concentrado en el que se presentan todas las pruebas, en una o más vistas, de forma ininterumpida. En la historia de los sistemas de *common law* esto fue necesario por la presencia del jurado como juzgador de los hechos, pero, aunque el juicio con jurado es todavía el modelo básico, los juicios sin jurado se han hecho cada vez más frecuentes.⁶¹ El «modelo de juicio concentrado» es muy habitual también en diversos sistemas de *civil law*, porque garantiza celeridad en la presen-

⁵⁶ Véase la regla 26(b)(1). Cfr. HAZARD, TART y FLETCHER, 1999: 902.

⁵⁷ Cfr. HARDOCK y HERR, 1983: 9, 17; JAMES, HAZARD y LEUBSDORF, 1992: 248.

⁵⁸ El descubrimiento informal suele utilizarse por los abogados estadounidenses sin recurrir a los mecanismos jurídicamente establecidos, muchas veces antes de iniciar el proceso. Véase HAZARD, TART y FLETCHER, 1999: 905.

⁵⁹ Véase WRIGHT y MILLER, 1969-1986: vol. 6, 588; GIANNELLI, 2003: 25.

⁶⁰ Cfr. JAMES, HAZARD y LEUBSDORF, 1992: 365; FRIEDENTHAL, KANE y MILLER, 1985: 457.

⁶¹ Sobre el proceso inglés véase ZUCKERMAN, 2003: 647; ANDREWS, 2003: 773; JACOB, 1987: 148. Sobre el proceso en Estados Unidos véase, en general, HAZARD y TARUFFO, 1995: 128; JAMES, HAZARD y LEUBSDORF, 1992: 313; FRIEDENTHAL, KANE y MILLER, 1985: 454.

nación de todos los medios de prueba relevantes, en una o más vistas. Por ejemplo, el sistema alemán está centrado en el llamado *Hauptverhandlung*, en el que se desahogan todas las pruebas⁶², y también otros países siguen el mismo modelo⁶³. Un sistema similar es el que establece la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española en su artículo 290, según el cual todas las pruebas relevantes deberán ser presentadas en una sola vista.⁶⁴

Este modelo parece eficaz para garantizar la aplicación de los principios generales acerca de la asunción y práctica de las pruebas en los procesos civiles modernos. De hecho, estos principios son tradicionales en los sistemas de *common law*, mientras que en la tradición europea son el resultado de un largo y complejo desarrollo histórico ligado al cambio de la tradición de procedimientos escritos y complicados al moderno modelo de juicios orales y concentrados.⁶⁵

88. *La práctica oral de pruebas.* Uno de los principios más importantes en relación con la práctica de pruebas es el principio de oralidad. Éste exige que las pruebas se practiquen a través del interrogatorio oral de las partes, de los testigos y de los peritos. La presentación escrita se admite únicamente en casos excepcionales o en diligencias especiales.⁶⁶ La puesta en práctica del principio de oralidad implica también otro principio: el del contacto inmediato del juzgador del hecho con los medios de prueba que se practican. Ese contacto directo se garantiza por medio de la práctica oral de las pruebas y es habitualmente considerado como una condición necesaria para la adecuada valoración de las pruebas con miras a lograr una decisión fiable y verdadera sobre los hechos.⁶⁷ Otro principio vinculado es el que exige la concentración de la práctica de las pruebas en una o más vistas, que es un rasgo inherente a una práctica oral de la prueba, y se considera una condición necesaria para la celeridad de los procedimientos.⁶⁸

Los principios que se sintetizan bajo la etiqueta de la «oralidad» tienen una fuerte influencia en los sistemas modernos de *civil law* y han sido la inspiración de diversas reformas durante el transcurso del siglo XX. Entre las reformas procesales recientes resulta interesante la de

⁶² Cfr. el Código Procesal Civil alemán, §§ 278 y 368; MIRKAV y STRÖNER, 2004: 249; MÜNCHKNER, 2000-2002: §§ 273, 278; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: §§ 278, 368; MUSIELAK, 1991: 55; JAEHRING, 1991: 68; ARENS y LÖKE, 1992: 138, 147.

⁶³ En Italia se establece la presentación de pruebas de acuerdo con el modelo concentrado en los procesos laborales; véase el Código Procesal Civil, artículo 420; CARRI y TARUFFO, 2002: 1287; TARZIA, 1999: 113; LUSO, 1992: 164, 199.

⁶⁴ Véase, *e. g.*, MONTORO ARCOA, 2002: 145.

⁶⁵ Cfr., en general, CAPPELLETTI, 1971.

⁶⁶ De la extensa bibliografía acerca de este tema véanse, principalmente, CAPPELLETTI, 1971; ARENS, 1971; MUSIELAK, 1991: 62; JAEHRING, 1991: 87; ARENS y LÖKE, 1992: 18.

⁶⁷ Cfr., por ejemplo, MIRKAV y STRÖNER, 2004: 184, 273; PASTLE, 1990: 15, 25, 108; KOIKOJISSELS, 1990: 8, 58, 172; MUSIELAK, 1991: 64; JAEHRING, 1991: 89; FASCHING, 1990: 478; CAPPELLETTI, 1971: 89.

⁶⁸ Cfr. BAUR, 1966; CAPPELLETTI, 1971: 89.

la Ley de Enjuiciamiento Civil española, en la que se han implantado los principios de oralidad, concentración e inmediación del juez respecto de las pruebas.⁶⁹ Sin embargo, estos principios no tienen un seguimiento general ni completo. De hecho, vale la pena subrayar que algunos sistemas de *civil law* no adoptan el «modelo de la vista concentrada» para la práctica de las pruebas ni hacen valer los principios de oralidad, concentración e inmediación. Así, por ejemplo, en Italia el procedimiento ordinario para la práctica de las pruebas se basa en una secuencia fragmentada de audiencias que a veces se distribuyen en un periodo de tiempo prolongado, con largas demoras entre las distintas vistas (una especie de proceso «por entregas»). Por lo tanto, no hay concentración en la práctica de las pruebas. La inmediación del juzgador con la práctica de la prueba suele garantizarse con la identidad personal del juez, pero los beneficios de ese contacto inmediato se debilitan por el prolongado tiempo que suele ser necesario para poner fin a la práctica de las pruebas. Además, en algunas causas en las que el tribunal está compuesto por un colegio de jueces los medios de prueba sólo se practican ante uno de ellos; en consecuencia, los demás miembros del tribunal no tienen contacto inmediato con las pruebas y simplemente dependerán de un registro escrito de la práctica.⁷⁰ En Francia, por su parte, se aplica un sistema similar de práctica no concentrada de las pruebas en varias audiencias, con un cumplimiento limitado del principio de oralidad e inmediación.⁷¹

89. *La participación de las partes.* Otro principio general fundamental que se aplica en todos los sistemas probatorios modernos es el de la «participación de las partes» en la práctica de las pruebas. Este principio se suele entender como un aspecto esencial de la garantía constitucional del debido proceso en la jurisdicción civil.⁷² El principio es intrínsecamente inherente a aquellos sistemas, como los de *common law*, donde son las partes las que, en esencia, llevan a cabo la presentación de las pruebas (véase *infra* § 90). Es menos obvio, en cambio, en algunos sistemas de *civil law* en los que es el juez quien principalmente lleva a cabo el desahogo de pruebas (véase también *infra* § 90). En esos sistemas, la participación de las partes en la práctica de las pruebas se suele asegurar por medio de disposiciones legales específicas y/o de normas constitucionales.⁷³

⁶⁹ Véase, e. g., MONTERO AROCA, 2002: 145, 147.

⁷⁰ Véanse los artículos 188 y 202-262 del Código Procesal Civil italiano; también CAEN y TARUFFO, 2002: 620, 648-789.

⁷¹ Véase, en general, VINCENTI y GUINCHARD, 2003: 822.

⁷² Cf., por ejemplo, COMODOLI, 1989: 6, 26; CARRELLETTI y TALON, 1973: 741.

⁷³ Véase el Código Procesal Civil alemán, § 357; niéms. 1-2; ZPO-KOMM., 1987: § 357, niéms. 1; MISELAK, 1991: 233; JAEHRING, 1991: 190; ARENS y LUKE, 1992: 213; SCHLOSSER, 1983: 266; el Código Procesal Civil austriaco, § 281; FASCHING, 1990: 914; el Código Procesal Civil francés, artículos 16 y 160-162; VINCENTI y GUINCHARD, 2003: 821; el Código Procesal Civil ita-

90. *Técnicas de interrogatorio oral.* Las pruebas orales se practican por medio de un interrogatorio oral a las personas que pueden ofrecer al tribunal su conocimiento de algún hecho relevante. Ahora bien, se utilizan diferentes mecanismos procesales para interrogar a las partes, los testigos y los peritos. En este ámbito, se da una distinción general entre sistemas de *common law* y sistemas de *civil law*, aunque en algunos casos esa distinción ha sido superada.

a) En los sistemas de *common law* utilizan, todavía, su técnica tradicional de interrogatorios realizados por los abogados de las partes. El papel del juez es el de un árbitro pasivo cuya función consiste únicamente en resolver los problemas y conflictos que puedan surgir en el curso del interrogatorio. Esa técnica, que se emplea para cualquier tipo de pruebas orales, incluye varias fases. La primera fase es la *direct examination* o *examination in chief*, y corre a cargo del abogado de la parte que llamó al testigo. Este interrogatorio tiene como objetivo principal obtener del testigo respuestas que, se espera, sean favorables a la versión de los hechos que alegó esa parte.⁷⁴ El interrogatorio directo es un mecanismo sofisticado que sigue directrices tácticas complejas y presta la debida atención a la psicología de la persona interrogada.⁷⁵ Está regulado por disposiciones especiales⁷⁶ y su objetivo general es presentar una «historia» consistente y fiable de los hechos en disputa, que debe ser construida tomando como base las respuestas del testigo.⁷⁷ Se utilizan también tácticas especiales para interrogar a testigos «hostiles» o «adversos».⁷⁸

llano, artículo 206; CAEN y TARUFFO, 2002: 656; TARUFFO, 1992a: 401 [trad. cast.: 427]; FAZZA, 1984: 635; la Ley de Enjuiciamiento Civil española, artículo 289 I; MONTERO AROCA, 2002: 52.
⁷⁴ Cf. MAUER y WOLFSON, 2001: 43, 79, 129, 169, 245; GRANVILLE, 2003: 235; MAUER, 1992: 71; DOMBOFF, 1985: 1; SPILLMANN, 1968; BOON, 1976: 331. A veces se permite un testimonio narrativo, pero se prohíbe el método tradicional de preguntas y respuestas. Véase MUELLER y KIRSCHTRUCK, 2003: 567.

⁷⁵ Véase, e. g., TIGAR, 2003: 47, 79, 107, 125.

⁷⁶ Cf., especialmente, la regla 611(c) de las *Federal Rules of Evidence*, que prohíbe las llamadas «preguntas capciosas» cuyo propósito es influir en el testigo insinuando la respuesta; véase SALZBURG, MARTIN y CAHA, 2002: vol. 3, 611-12; MAUER, 1992: 80; GRAYHAM, 2003: 201; 2002: 48; LIBERT, 2000: 34; MAUER y WOLFSON, 2001: 67; MUELLER y KIRSCHTRUCK, 2003: 574; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 3, 611-54; SALZBURG y REDDEN, 1977: 367, 374; DOMBOFF, 1985: 35. Sobre una regla similar en Inglaterra véase JACON, 1987: 163.

Otra regla prohíbe las preguntas dirigidas a provocar la expresión de opiniones o conclusiones personales del testigo; en cambio, estas opiniones o conclusiones pueden ser admitidas si se fundan racionalmente en la percepción del testigo y son útiles para entender el testimonio o determinar un hecho en litigio. Véase la regla 701 de las *Federal Rules of Evidence*; SALZBURG, MARTIN y CAHA, 2002: vol. 3, 701-3; GRAYHAM, 2003: 227; 2002: 287; LIBERT, 2000: 36; MAUER y WOLFSON, 2001: 58; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 3, 701-1; SALZBURG y REDDEN, 1977: 408; DOMBOFF, 1985: 39. Se admiten generalmente, por su parte, las opiniones de los peritos (véanse la regla 702; GRAYHAM, 2003: 230; SALZBURG y REDDEN, 1977: 413; DOMBOFF, 1985: 122).

⁷⁷ Véase, en general, las referencias señaladas *supra* en la nota 74 y, específicamente, MAUER, 1992: 74, 111, 139, 141; HAYS, 1976: 365; CROSS y TAPPEN, 1990: 269.

⁷⁸ Véase, e. g., SALZBURG, MARTIN y CAHA, 2002: vol. 3, 611-13; MAUER, 1992: 146; MUELLER y KIRSCHTRUCK, 2003: 577; GRAYHAM, 2002: 51; CROSS y TAPPEN, 1990: 295.

Cuando finaliza el interrogatorio directo de un testigo, el abogado de la parte contraria puede realizar un interrogatorio cruzado (*cross-examination*) a ese testigo. Parece que los sistemas de *common law* todavía comparten la famosa máxima de Wicmore de que el contrainterrogatorio o interrogatorio cruzado es «el instrumento jurídico más importante jamás inventado para el descubrimiento de la verdad».⁷⁹ En todo caso, los objetivos del contrainterrogatorio son al menos dos: el primero es obtener del testigo algunas respuestas que puedan ser favorables para la parte que está aplicando el contrainterrogatorio⁸⁰; el segundo, y probablemente más importante, es poner en duda al testigo adverso mostrando que es poco fiable y que carece de credibilidad por tener un interés personal en la causa o cualquier otra razón, sembrar dudas en torno a su personalidad, así como desacreditar su testimonio por cualquier motivo relevante⁸¹. El contrainterrogatorio es también una técnica muy sofisticada. Se requiere una cuidadosa preparación del caso para llevar a cabo un contrainterrogatorio de una manera adecuada y ventajosa, y, en especial, para tener éxito en desacreditar al testigo adverso.⁸² Vale la pena subrayar que existe una diferencia importante entre el contrainterrogatorio en Inglaterra y en Estados Unidos. En Inglaterra, el contrainterrogatorio puede versar sobre hechos que no fueron abordados en el curso del interrogatorio directo⁸³. En Estados Unidos, en cambio, el testigo sólo puede ser contrainterrogado sobre los hechos que se abordaron en el curso del interrogatorio directo⁸⁴.

Cuando termina el contrainterrogatorio, la parte que propuso al testigo puede realizar un re-interrogatorio directo (*re-direct examination*) del mismo con el fin de contrarrestar los efectos negativos producidos por un contrainterrogatorio exitoso.⁸⁵

En el contexto de esta compleja maquinaria regida por las partes, el juez tiende a desempeñar el papel de árbitro. Sin embargo, aun en una práctica de pruebas centrada en las partes, el juez tiene una función im-

⁷⁹ Cf. Wicmore, 1983: vol. 5, 29.

⁸⁰ Véase Maurer, 1992: 146; Gross y Tapper, 1990: 303.

⁸¹ La lista de posibles razones para poner en duda a un testigo y desacreditar su testimonio es muy larga. Cf. Maurer y Wolerson, 2001: 365, 381; Ticar, 2003: 199, 237; Lamer, 2000: 76, 117; Graham, 2002: 434; Maurer, 1992: 225, 234; Domboff, 1985: 170; Bohn, 1976: 433, 475; Galagher, 1976: 537.

⁸² El resultado ideal de un contrainterrogatorio efectivo es que el testimonio adverso «haya quedado prácticamente aniquilado»; cf. Jacob, 1987: 164. Es común encontrar definiciones similares en la bibliografía estadounidense; véanse, e.g., Bohn, 1976: 433; Domboff, 1985: 170.

⁸³ Véase la regla 611(b) de las *Federal Rules of Evidence*; Saltzburg, Martin y Capra, 2002: vol. 3, 611-3; Graham, 2002: 429, 2003: 206; Mueller y Kirkpatrick, 2003: 581; Giannelli, 2003: 238; Weinstein y Berger, 1975: vol. 3, 611-24; Saltzburg y Redden, 1977: 366.

⁸⁴ Cf. Gross y Tapper, 1990: 311; Jacob, 1987: 164; Maurer, 1992: 150; Lamer, 2000: 161; Domboff, 1985: 103.

portante que cumplir. Su tarea principal es controlar que el interrogatorio se lleve a cabo con equidad, además de afrontar cualquier problema que pueda surgir en su desarrollo. La regla 611(a) de las *Federal Rules of Evidence* dice que «el tribunal ejercerá un control razonable sobre el modo y el orden del interrogatorio a los testigos y la práctica de las pruebas de forma que 1) el interrogatorio y la práctica de la prueba sean efectivos para el establecimiento de la verdad, 2) se evite un despilfarro de tiempo innecesario y 3) se proteja a los testigos del acoso o de situaciones embarazosas indebidas»⁸⁶. Además de ello, el juez tiene que decidir sobre las objeciones que las partes puedan plantear durante el interrogatorio⁸⁷. El juez también puede interferir en el interrogatorio llevado a cabo por los abogados de las partes e interrogar directamente a los testigos, en general con el objetivo de obtener explicaciones adicionales sobre sus respuestas⁸⁸. El juez también puede llamar a testigos de oficio (véase *supra* § 83). En tal caso, serán interrogados y contrainterrogados de la manera habitual.

b) En la mayoría de los sistemas de *civil law*, el equilibrio entre los roles de las partes y del juez en la práctica de las pruebas orales es justamente el opuesto, ejerciendo el juez un papel dominante. El principio general es que el interrogatorio de los testigos, las partes y los peritos está precisamente entre las funciones del juez. Diversas disposiciones incluidas en muchos códigos procesales señalan expresamente que el juez llevará a cabo el interrogatorio⁸⁹. Normalmente, el juez interroga al testigo tomando como base las afirmaciones sobre los hechos realizadas por las partes cuando solicitan la admisión de un testimonio y que están determinadas en la decisión del juez de admitir los medios de prueba⁹⁰. A veces se permite al testigo narrar libremente lo que sabe acerca de los hechos⁹¹. El juez puede plantear preguntas al testigo di-

⁸⁶ Véase Graham, 2002: 47; 2003: 300; Saltzburg y Redden, 1977: 363; Mueller y Kirkpatrick, 2003: 570; Lampert, Gross y Liebman, 2000: 140; Weinstein y Berger, 1975: vol. 3, 611-3. También hay una regla inglesa similar; al respecto véase Jacob, 1987: 341.

⁸⁷ Para un análisis detallado de tales objeciones véase Maurer, 1992: 341.

⁸⁸ Cf. la regla 614(b); Saltzburg, Martin y Capra, 2002: vol. 3, 614-10; Mueller y Kirkpatrick, 2003: 599; Weinstein y Berger, 1975: vol. 3, 614-19; Graham, 2003: 222. En relación con el sistema inglés véase Jacob, 1987: 167.

⁸⁹ Cf., por ejemplo, el Código Procesal Civil alemán, §§ 375, 394-396, 402, 451; Mirreay y Strecker, 2004: 273, 294; Balmachi, Lauterbach, Albers y Hartmann, 2003: §§ 375, 394-396, 402, 451; ZPO-KOMM, 1987: §§ 375, 394-397, 402, 451; el artículo 208 del Código Procesal Civil francés; Vincent y Guinchard, 2003: 838; el Código Procesal Civil italiano, artículos 230 y 253; Capri y Taruffo, 2002: 706, 768; Comoglio, 2004a: 464; Taruffo, 1988: 752; el artículo 442 del Código Procesal Civil argentino; Kiermanowicz, 1996: 222.

⁹⁰ Cf., e.g., los artículos 230 y 253 del Código Procesal Civil italiano. Por el contrario, el Código Procesal Civil francés, en su artículo 213, permite al juez interrogar al testigo sobre cualquier asunto relevante y admisible, incluso sobre hechos que no se determinaron previamente.

⁹¹ Véase, por ejemplo, el Código Procesal Civil alemán, § 396, apartado 1; Mirreay y Strecker, 2004: 295.

rigidas a obtener explicaciones necesarias para entender el significado preciso del testimonio o de las deposiciones hechas por las partes o por los peritos.⁹² Además, el juez interrogará al testigo sobre sus posibles relaciones con las partes o con el objeto de la causa. Finalmente, el juez puede repetir el interrogatorio cuando lo estime necesario y ordenar un interrogatorio suplementario o un careo entre testigos que hayan dado respuestas contradictorias.⁹³

El papel de las partes en ese tipo de interrogatorio es obviamente menor. A veces se permite a los abogados de las partes formular preguntas directamente a la persona sometida a interrogatorio⁹⁴, pero normalmente sólo pueden solicitar al juez que se les permita hacer algunas preguntas al testigo y será el juez quien decida si esas preguntas son admitidas.⁹⁵

Queda claro, por tanto, que la práctica de las pruebas orales en los sistemas de *civil law* es un mecanismo oficial y burocrático centrado en el juez.⁹⁶ El tiene todas las facultades que pueda necesitar para interrogar a los testigos con el objetivo de obtener la verdad sobre los hechos en litigio.⁹⁷ No obstante, este papel del juez atañe únicamente al modo en que el testigo es interrogado, mientras que la definición de los hechos que son objeto de las pruebas orales corresponde, en muy amplia medida, a las partes.

Sin embargo, debe destacarse que algunos sistemas de *civil law* han abandonado recientemente la técnica tradicional de hacer que los testigos sean interrogados por el juez y han adoptado algunas formas de interrogatorio directo y contrainterrogatorio llevadas a cabo por las partes. Los principales ejemplos se encuentran en los sistemas español⁹⁸, argentino⁹⁹ y japonés.¹⁰⁰

Frente a estos dos modelos básicos de asunción de las pruebas orales cabe preguntarse cuál de ellos puede ser más efectivo para obtener

⁹² Véase, *e. g.*, el Código Procesal Civil alemán, § 396, apartado 2; el artículo 253 del Código Procesal Civil italiano; el artículo 151.2 del Código Modelo Latinoamericano.

⁹³ Véase, por ejemplo, el Código Procesal Civil alemán, §§ 392, 394.2, 395, 398; el Código Procesal Civil francés, artículos 210 y 215; el Código Procesal Civil italiano, artículos 252, 254 y 257.

⁹⁴ *Cfr.*, *e. g.*, el Código Procesal Civil alemán, § 397; MURRAY y STUBNER, 2004: 296.

⁹⁵ Véase, *e. g.*, el artículo 253.2 del Código Procesal Civil italiano; el Código Procesal Civil francés, artículo 214; la Ley de Enjuiciamiento Civil española, artículo 652.

⁹⁶ Véase DAWASKA, 1986: 161.

⁹⁷ Véase *ibid.*: 162.

⁹⁸ *Cfr.* la Ley de Enjuiciamiento Civil española, artículos 368 y 370.1; MONTORO AROCA, 2002: 304; GÓMEZ COLmener (2000: 266) subraya, sin embargo, que el código español no establece expresamente el contrainterrogatorio. El juez tiene, en todo caso, la facultad de plantear más preguntas al testigo. Véase el artículo 372.2 y MONTORO AROCA, 2002: 307.

⁹⁹ *Cfr.* KIKIAMANOVICH, 1996: 225.

¹⁰⁰ Consúltese el artículo 202 del Código Procesal Civil japonés; véase también TANIGUCHI (1997: 774), quien subraya que esta regla prevé un papel activo del juez aunque las partes todavía interroguen a los testigos, como se dispuso en 1948, por influencia estadounidense.

testimonios fiables y precisos sobre los hechos motivo de litigio. Éste es un problema complejo que no tiene soluciones claras. Por un lado, los defensores del método centrado en las partes afirman —siguiendo a WIGMORE— que ese modelo es especialmente eficiente para la búsqueda de la verdad, pues el enfrentamiento de los abogados de las partes es el mejor medio para inducir a un testigo a que diga todo lo que sabe y para comprobar su credibilidad.¹⁰¹ Sin embargo, no parece que la competencia entre partes interesadas sea una manera racional de búsqueda de la verdad.¹⁰² Es más, los abusos, aparentemente frecuentes, en la práctica estadounidense del contrainterrogatorio hacen que sea difícil creer que podría ser un medio adecuado para inducir a los testigos sometidos a esa práctica a decir la verdad. Más en general, el método centrado en las partes parece estar vinculado con los modelos de proceso civil que se orientan exclusivamente hacia la resolución de conflictos, en los que ganar la controversia es mucho más importante que descubrir la verdad.¹⁰³ Por otro lado, también podemos preguntarnos si un interrogatorio llevado a cabo por un juez puede ser más efectivo para obtener información completa y precisa de un testigo sobre los hechos en litigio. De hecho, un juez puede no estar especialmente interesado en la búsqueda de la verdad, ya que puede interpretar su papel de una manera formalista y burocrática¹⁰⁴, o tal vez porque prefiera no interferir en cómo las partes manejan la causa ni investigar los hechos más allá de los límites que han sido definidos por éstas. Así, el interrogatorio de un testigo puede ser penetrante o superficial dependiendo de la inclinación personal del juez en cada caso. No hay pruebas claras y convincentes acerca de la práctica de los jueces en los sistemas de *civil law*, pero parece que en muchos casos —tal vez con excepción de Alemania— los jueces no son especialmente activos en la búsqueda de la verdad haciendo uso efectivo de sus facultades en el interrogatorio de los testigos. Cuando el juez no es especialmente activo al interrogar a un testigo, como sucede con bastante frecuencia, el resultado más probable del testimonio será inexacto y escasamente útil para descubrir la verdad de los hechos.

91. *Presentación de medios de prueba reales y documentales.* Los problemas relacionados con la presentación de pruebas reales y documentales son bastante diversos. Generalmente las cosas y los documentos se presentan o exhiben ante el tribunal, pero los aspectos procesales de esta presentación o exhibición pueden ser distintos.

En los sistemas de *civil law*, estos aspectos son sencillos. Cuando una de las partes quiere aportar un documento sólo tiene que presentarlo ante

¹⁰¹ Véase una evaluación crítica de este enfoque en DAWASKA, 1997: 99, 123.

¹⁰² *Cfr.*, principalmente, DAWASKA, 1997: 101, 123; LAWREN, 1985: 338.

¹⁰³ Véase DAWASKA, 1997: 101, 123.

¹⁰⁴ Consúltese, especialmente, DAWASKA, 1986: 162.

el tribunal ¹⁰⁶. En ocasiones, basta aportar el documento al expediente de la causa ¹⁰⁶. Otras veces, el documento tiene que ser entregado directamente a la otra parte además de integrarse en los medios de prueba de la causa ¹⁰⁷. Según el artículo 265.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, por ejemplo, las partes están obligadas a presentar los documentos relevantes junto con la demanda o la contestación a la demanda ¹⁰⁸.

En los sistemas de *common law*, el procedimiento para la presentación de un medio de prueba real o documental es un poco más complejo. Esto es así especialmente en el proceso federal estadounidense, cuya norma principal al respecto es la regla 901 de las *Federal Rules of Civil Procedure*. Según esta regla, un medio de prueba real o documental puede ser admitido sólo cuando ha sido «autenticado» o «identificado»; es decir, cuando hay alguna «prueba suficiente para respaldar la conclusión de que las cosas son como el defensor sostiene». Son varios los mecanismos que se utilizan para satisfacer esta condición de admisibilidad de los elementos de prueba en el proceso ¹⁰⁹.

El problema de presentar un medio de prueba real o documental se torna mucho más complejo cuando una de las partes tiene la carga de presentar una cosa o documento, pero la cosa o el documento está en poder de la otra parte o de algún tercero que no es parte en el pleito. En los sistemas de *common law*, este problema se da normalmente en el contexto de la fase preliminar de *discovery* (véase *supra* § 86), cuando una de las partes necesita inspeccionar un documento que no obra en su poder y el documento no es entregado voluntariamente por la otra parte. En Estados Unidos, cuando se presenta un caso así, la parte que necesita el documento puede obtener del tribunal un *subpoena*, es decir, una orden dirigida a la parte o al tercero que se ha negado a exhibir el documento para que lo haga o permita su inspección. El incumplimiento de un *subpoena* es castigado como desacato al tribunal y también puede serlo como un caso de «abusos» ¹¹⁰. En el sistema inglés existe algo semejante; allí, la parte interesada puede conseguir una orden de *discovery* de los documentos y el incumplimiento de la orden es sancionado por el juez ¹¹¹.

¹⁰⁶ Cfr., por ejemplo, el Código Procesal Civil alemán, § 420; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 420, núms. 1-3; ZPO-KOMM, 1987: § 420.

¹⁰⁷ Véanse, *e.g.*, los artículos 165 y 166 del Código Procesal Civil italiano: CAFFI y TARUFFO, 2002: 519, 524.

¹⁰⁸ Este es el caso de la *communication des pièces* en Francia. Véanse los artículos 137 a 137 del Código Procesal Civil francés; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 793; CADERT, 2000: 505.

¹⁰⁹ Véase MONTORO ARCCA, 2002: 209.

¹¹⁰ La regla 901 incluye una lista de estos mecanismos a manera de ilustración. Cfr. GRAMHAM, 2003: 399; LEONERT, GROSS y LIBMAN, 2000: 1151; LEONERT y SATZBURG, 1982: 55, 146, 1045; MUELLER y KERSHNER, 2003: 1090; SATZBURG y RIDDEN, 1977: 641; MAUER, 1992: 153.

¹¹¹ Véanse, en general, FRIEDENTHAL, KANE y MILLER, 1985: 405; JAMES, HAZARD y LEURSPOER, 1992: 244; DONDI, 1985: 175.

¹¹² Véanse JACOBI, 1987: 94; DONDI, 1985: 143.

En los sistemas de *civil law* el problema aparece también cuando una de las partes necesita presentar un documento que no está en su poder. Se utilizan varios mecanismos con el fin de motivar una orden del tribunal que instruya a la otra parte o a un tercero para que presente el documento ante el tribunal.

En el Código Procesal Civil alemán, los §§ 421-436 prevén una regulación específica de la orden de exhibición. La parte interesada hace una petición detallada: si el documento es relevante y la petición está bien fundada, el tribunal ordena a la otra parte que presente el documento; si ésta no cumple la orden, el tribunal puede considerar los hechos como probados en su contra ¹¹². Un procedimiento similar se aplica cuando el documento obra en poder de un tercero no interesado o de un funcionario público ¹¹³. Una reforma promulgada en 2002 introdujo una versión revisada del § 142, según la cual el tribunal está investido de un poder general para ordenar la exhibición de documentos relevantes que estén en posesión de una de las partes o de un tercero, cuando alguna de las partes haga referencia a estos documentos ¹¹⁴. El incumplimiento del tercero se sanciona como un tipo de desacato ¹¹⁵; sin embargo, de acuerdo con una opinión extendida, la orden se puede ejecutar de forma directa ¹¹⁶. Un sistema equivalente se emplea en Austria, donde se establece expresamente que una orden de este tipo dirigida a un tercero puede ejecutarse de forma directa ¹¹⁷.

La regulación francesa de esta materia también tiene por objeto garantizar la exhibición de los documentos relevantes. Si una de las partes no entrega un documento a la otra parte, el tribunal puede dictar una orden para conminarla a que entregue el documento a la parte que lo necesita. Esta orden prevé la sanción de una multa o *astreinte*; es decir, con una condena a pagar a la otra parte una suma, fijada por el tribunal, por cada día de demora o incumplimiento ¹¹⁸. Si el documento está en poder de un tercero, el tribunal también emitirá una orden de exhibición: la orden identifica el documento e indica cómo debe ser presentado. Esta orden puede ser también directamente ejecutada si es necesario y el incumplimiento también puede ser sancionado con una *astreinte*. Esto no impide que el tercero pueda objetar la orden cuando tenga una razón jurídica para no cumplirla ¹¹⁹. El sistema italiano más o

¹¹² Cfr. MURRAY y STONER, 2004: 278.

¹¹³ Cfr., en general, BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: §§ 421-436; ZPO-KOMM, 1987: §§ 421-436; JAUENIG, 1991: 199; ARENS y LOKE, 1992: 226.

¹¹⁴ Véanse, *e.g.*, GHERLEIN, 2001: 114; RIMMELSPACHER, 2002: 101.

¹¹⁵ Véase MURRAY y STONER, 2004: 278.

¹¹⁶ Cfr. DONDI, 1985: 119; SCHIELHÄNIGER, 1982: 397.

¹¹⁷ Véase el Código Procesal Civil austriaco, §§ 303-309; FASCHING, 1990: 501.

¹¹⁸ Cfr. los artículos 133 y 134 del Código Procesal Civil francés; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 794; DONDI, 1985: 91.

¹¹⁹ Cfr. los artículos 138 a 141 del Código Procesal Civil francés; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 797.

menos sigue el modelo francés, pero prevé sanciones muy suaves para el caso de incumplimiento de una orden de exhibición. Cuando una de las partes no cumple la orden, la opinión dominante es que el tribunal puede considerar esto como una prueba circunstancial en contra de esa parte; y para el caso de un tercero que no cumpla la orden, se prevé una multa con una suma ridícula¹²⁰. El tercero también puede objetar la orden si tiene una razón jurídica para hacerlo¹²¹.

En teoría, todos los sistemas están orientados a garantizar una posibilidad razonable de que se presenten realmente los documentos relevantes, a pesar de la resistencia de las partes o de los terceros que los tengan en su poder. Sin embargo, hay diferencias significativas en cuanto a la probabilidad real de que una orden del tribunal sea cumplida por aquellos a quienes se dirige. Esto depende principalmente de las sanciones previstas para el incumplimiento: cuando las penalizaciones son serias, como sucede en muchos sistemas, la probabilidad de que se cumpla la orden y, por consiguiente, se presente realmente el documento, es razonablemente alta; cuando, como ocurre por ejemplo en Italia, las sanciones previstas para el incumplimiento son excesivamente suaves y hasta sustancialmente inexistentes, la probabilidad de que realmente se presente un documento relevante es, por ello, baja.

CAPÍTULO V

LA ADOPCIÓN DE LA DECISIÓN FINAL

92. *Decidir sobre los hechos.* Como ya se dijo anteriormente (véase *supra* capítulo D), la función principal de la prueba es ofrecer al juzgador información fiable acerca de la verdad de los hechos en litigio. En realidad, al comienzo de un proceso, los «hechos» se presentan en forma de enunciados fácticos caracterizados por un estatus epistémico de incertidumbre (véase *supra* § 13). Así, en cierto sentido, decidir sobre los hechos significa resolver esa incertidumbre y determinar, a partir de los medios de prueba presentados, si se ha probado la verdad o falsedad de esos enunciados. Una vez que se han practicado todas las pruebas relevantes y admisibles, llega el momento de tomar esa decisión. El juzgador tiene que asumir que las pruebas son el punto de partida de un razonamiento que debe conducir a una conclusión que resuelva la incertidumbre sobre los hechos del caso y establezca qué hechos se han demostrado que son verdaderos.

El paso de los medios de prueba a la demostración de los hechos puede ser sencillo o complejo, dependiendo de los rasgos específicos de la causa, de la cantidad y calidad de las pruebas presentadas, así como del número y la naturaleza de los hechos que tengan que determinarse. Cuando los hechos son relativamente sencillos y se presentan los medios de prueba suficientes sobre cada uno de ellos, y cuando los medios de prueba realmente muestran la verdad o la falsedad de los enunciados sobre esos hechos, entonces el proceso es sencillo y tomar la decisión puede ser una operación racional simple. Ahora bien, aunque existen casos sencillos, la práctica judicial de todos los sistemas procesales modernos muestra que muchos casos son complejos: en realidad, la ma-

¹²⁰ Estas sanciones no están previstas directamente para el rechazo a exhibir un documento; se aplican por interpretación analógica de la norma (prevista en el art. 118 del Código Procesal Civil) que regula el incumplimiento de una orden de inspección; véanse principalmente Dossel, 1985: 60; Comoraro, 2004a: 589; Comoraro, Ferra y Taruffo, 1998: 677.

¹²¹ Cf. los artículos 210 y 211 del Código Procesal Civil italiano; Casati y Taruffo, 2002: 665, 673; Comoraro, 2004a: 585.

yor parte de los «casos difíciles» lo son, precisamente, porque las cuestiones de hecho son difíciles de resolver y las pruebas disponibles son complejas e inciertas.

Desde una perspectiva comparatista, otro factor de complejidad importante deriva del hecho de que existen diferentes tipos de «juzgadores sobre los hechos». La decisión sobre los hechos puede seguir distintos patrones cuando el juzgador es un jurado o cuando es el juez, cuando es un juez individual o un tribunal, o cuando hay jueces especializados profesionales o tribunales mixtos con jueces profesionales y legos. No es posible examinar aquí en detalle estas distintas posibilidades, dado que atañen a la organización de los tribunales y a la estructura global de los procesos civiles. Por otra parte, los problemas fundamentales respecto de la toma de decisiones sobre los hechos se pueden esbozar sin tomar en cuenta las diferencias específicas entre sistemas y haciendo referencia al modelo simplificado (aunque frecuentemente real) de tribunal compuesto por un solo juez profesional. Si deberían abordarse, en cambio, otros factores de complejidad porque influyen directamente en la estructura de la decisión sobre los hechos y en el papel de las pruebas, aun en una situación sencilla. Para examinar estos factores habrá que considerar tres temas principales: a) la valoración de la prueba; b) el reconocimiento de hechos notorios, y c) la adopción de decisiones sobre el caso en situaciones en las que los hechos principales del mismo no han sido probados.

1. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

93. *Determinación de los valores probatorios.* La valoración de la prueba tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio. La valoración pretende establecer si las pruebas disponibles para el juzgador apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de esos enunciados y, de haberlo, en qué grado. Esta definición se centra en el resultado de la valoración que lleva a cabo el juzgador: un enunciado sobre los hechos está probado cuando, sobre la base de las pruebas, se considera verdadero. A la inversa, un enunciado sobre los hechos es verdadero cuando se ha probado debidamente mediante las pruebas presentadas ante el tribunal (véase *supra* capítulo I, *passim*). Del mismo modo, un enunciado sobre los hechos es falso cuando se ha probado que los hechos son inexistentes. Cuando un hecho no está probado porque no hay medios de prueba que lo apoyen, o porque hay algunos pero no los suficientes para apoyar una conclusión sobre la verdad de un enunciado acerca de él, entonces ese enunciado también se considera como si fuera falso. De hecho, cuando se trata de llegar a una decisión final de «sí» o «no» sobre la verdad de los enun-

ciados sobre los hechos, la prueba de su falsedad y la ausencia de pruebas suficientes de su verdad son situaciones equivalentes.

Con objeto de esclarecer algunas características del razonamiento que el juzgador tiene que llevar a cabo, hay una distinción básica en la que vale la pena insistir: la que distingue entre enfoques «psicológicos», «racionales» y «jurídicos» de la valoración de la prueba¹. El análisis psicológico de la valoración de la prueba pertenece al campo de la psicología y tiene como propósito describir la dinámica mental del juzgador. Desde luego, la psicología puede ser útil para entender algunos rasgos de la práctica y de la toma de decisiones reales sobre los hechos, y existen algunas investigaciones interesantes en este campo². Sin embargo, el análisis psicológico de la valoración de la prueba no se ocupa de los rasgos de la toma de decisiones que son más importantes desde una perspectiva racional y jurídica (como la adoptada en el capítulo I).

Sin embargo, la elección de una perspectiva racional y jurídica para abordar la valoración de la prueba no es algo obvio. Por ejemplo, los acercamientos irracionales a los problemas de la prueba y la verdad (véase *supra* § 9) no comparten esta perspectiva. Asimismo, las teorías según las cuales la prueba no es más que un instrumento retórico que utilizan los abogados para persuadir al tribunal de que resolvía el proceso en favor de sus clientes, asumen premisas diferentes y peculiares al abordar la valoración de la prueba. Ahora bien, tales enfoques no tienen contribuciones significativas que ofrecer al análisis de la toma de decisiones fácticas (véase *supra* § 10) y, por lo tanto, pueden ser ignoradas en este punto.

94. *Prueba legal.* Durante muchos siglos, en la historia de los sistemas de *civil law* se usó una técnica peculiar para resolver los problemas relacionados con la valoración de la prueba: el sistema de la llamada «prueba legal». Este sistema se basaba en la aplicación de reglas — en algunos casos promulgadas por los legisladores, pero en muchos otros estipuladas por juristas teóricos — que establecían a priori y en términos generales el valor probatorio de algunos tipos de medios de prueba — y a veces de todos ellos —. El sistema ya estaba bien formado en el siglo XIII y se refinó y extendió en los siglos siguientes, en espe-

¹ Cfr., e. g., TWINING, 1990: 153-177, 160; WRÓBLEWSKA, 1971: 410; TARUFFO, 1992a: 14 [trad. cast.: 34].

² Mucho de lo que se dice sobre la psicología de la toma de decisiones fácticas se basa en el mero sentido común o en algún tipo de «psicología barata» carente de cualquier valor científico. Sin embargo, existen contribuciones valiosas. Véase, por ejemplo, SIMON, 1998: 1; BARR, 2001: 71, que hace referencia específicamente a la psicología de la toma de decisiones de los miembros del jurado; CARRILAN, 1992: 124, 133, 137. Véase también RUMIARI, 1990: 218. Algunas investigaciones útiles abordan problemas psicológicos acerca de algunos medios de prueba específicos, especialmente el testimonio. Cfr., entre otros, MILLER y BURGOON, 1982: 171-194; MAZZONI, 2003: 15; *passim*; ARVITZEN, 1993; TRANKEL, 1971; WELLS, 1985: 43; SCHAFER, 1985: 124; FALCON, 2003: vol. 1, 293.

cial por medio de la ciencia jurídica europea de los siglos XVI y XVII. Se basaba en largas y complejas listas de reglas detalladas que establecían el peso de cada medio de prueba específico. En consecuencia, al juez le quedaba poca o nula discreción en la valoración de la prueba: sólo tenía que sumar los valores de las pruebas positivas y negativas acerca de cada hecho mediante una especie de cálculo algebráico.³ La decisión quedaba determinada mediante esta operación: una suma que diera un valor positivo más alto determinaba la «verdad» del enunciado sobre los hechos, mientras que una suma que diera un valor negativo mayor determinaba su falsedad. La concepción de la prueba legal o tasada se basaba en diversas premisas culturales, entre las que estaban el pensamiento filosófico escolástico y, posteriormente, el racionalismo humanista con sus intentos de ofrecer una estructura lógica y matemática formal a la valoración de la prueba. En cierto sentido, ese sistema era «racional»: en realidad, sustitua a las antiguas formas probatorias irracionales basadas en oráculos y en el juicio de Dios.⁴ Además, ayudaba a reducir o incluso a evitar por completo las valoraciones discrecionales y a menudo poco confiables hechas por los juzgadores y, por ello, a simplificar el problema de la toma de decisiones en situaciones complejas e inciertas.⁵ La combinación de estos factores puede explicar por qué ese sistema fue capaz de dominar el derecho probatorio europeo hasta finales del siglo XVIII.

Esa larga e influyente historia caracterizó por completo los sistemas probatorios europeos. No hay nada similar en la historia de los sistemas inglés y estadounidense, probablemente porque en ellos el típico juzgador sobre los hechos era el jurado y cualquier clase de prueba legal habría sido inconsistente e incompatible con la toma de decisiones del jurado.

95. *Libre valoración de la prueba.* El sistema de la prueba legal colapsó por dos razones principales. Una fue la cultura filosófica de la Ilustración, que se deshicizo de los viejos conceptos de racionalidad para abrir camino a nuevos métodos de razonamiento. La otra tiene que ver con los profundos cambios institucionales de la estructura del poder judicial y del estatus y la función del juez. El sistema de la prueba legal se basaba en una falta de confianza generalizada en los jueces, ya que a menudo —en especial en los tribunales de primera instancia, donde se determinaban los hechos— eran ignorantes, corruptibles y corruptos, y resultaba, por ello, peligroso dejar las decisiones a su criterio. El nuevo

juez creado después de la Revolución francesa y de las reformas napoleónicas es un funcionario del Estado entrenado profesionalmente y un decisor neutral y responsable; por lo tanto, ya no es necesario evitar que el juez tenga una amplia discreción en su resolución sobre los hechos. La combinación de tales factores conduce a un nuevo principio general acerca de la valoración de la prueba, esto es, el «principio de la libre valoración».⁶ El método de una valoración basada en un cálculo de valores numéricos predefinidos fue abandonado y reemplazado por una concepción completamente diferente de la valoración de la prueba. El juzgador ya no está obligado a seguir reglas abstractas; tiene que determinar el valor probatorio de cada medio de prueba específico mediante una valoración libre y discrecional. Esa valoración tiene que hacerse caso por caso, conforme a estándares flexibles y criterios razonables. La idea básica es que esta clase de valoración debe conducir al juzgador a descubrir la verdad empírica de los hechos objeto de litigio, sobre la única base del apoyo cognitivo y racional que ofrecen los medios de prueba disponibles.

El principio de la libre valoración de la prueba se ha convertido rápidamente en la norma fundamental que rige la decisión sobre los hechos. En la actualidad, se reconoce prácticamente en todos los códigos procesales de los países con sistemas de *civil law*. En el § 286 del Código Procesal Civil alemán⁷ y en el § 272 del Código Procesal Civil austriaco se estipula una *freie Beweiswürdigung*.⁸ En Italia, el *prudente apprezzamento* del juez está establecido en el artículo 116 del Código de Procedimiento Civil y en otros sistemas de *civil law* existen también reglas similares.⁹ Algunas veces, el principio se estipula en disposiciones que regulan medios de prueba específicos, como es el caso, por ejemplo, de la referencia a las reglas de la sana crítica como estándares para la valoración de varias clases de pruebas incluidas en los artículos 316.2, 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, pero la pretensión es que el principio opere como criterio general de valoración de la prueba.¹⁰ Otras veces, el principio no está establecido en regla explícita

⁶ Este principio tiene muchos aspectos interesantes que no pueden analizarse aquí. Para un análisis más amplio véanse, especialmente, WALTER, 1979: 75, 132; NORDL, 1974: 122, 145, 180; SICHO, 1960: 19; KLAVI, GRANS y SORETTI, 2000: 114.

⁷ Según esta regla, se espera que el juez decida, sobre la base de su valoración discrecional de la prueba, si los hechos en litigio son verdaderos o falsos. Entre la muy extensa bibliografía sobre este tema véanse MURRAY y STRUBER, 2004: 307; BAIMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARMANN, 2003: § 286, párrs. 2-23; ZPO-KOMM, 1987: § 286, párrs. 1-10; WALTER, 1979: 88, 148, 316, 329; MITSUREAK y STRUBER, 1984: 63, 74; SCHNEIDER, 1987: 13, 31, 61, 159; JAVENIG, 1991: 177; ARENS y LOBE, 1992: 196; SCHLOSSER, 1983: 281; ESSER y KUCHINKI, 1966: 5-14 y 15-46, respectivamente.

⁸ Véanse FASCHING, 1990: 431; 1959-1974: vol. 3, § 272; HOLZHAMMER, 1976: 245.

⁹ Cfr. TARUFFO, 1990: 1-8; TARUFFO, 1992a: 361, 368 (trad. cast.: 387, 394); CASP y TARUFFO, 2002: 359; PATTI, 1985. Para el caso de Perú, véase HINOJOSARZA MINGUEZ, 2000: 108; de Colombia, consúltese FARRERA, 2000: 219; de Argentina, véase KRAMANOVICH, 1996: 99.

¹⁰ Véanse MONTERO AROCA, 2002: 425; 2000: 60; RAMOS MENDEZ, 1990: vol. 1, 543; SILVA

³ Para una descripción más completa del sistema de la prueba legal en Europa, véanse LEVY, 1981: 35; 1963b: 149; GUSSEN, 1963: 767; WALTER, 1979: 29, 47, 76; SALVOLI, 1927: 413, 460, 468; TARUFFO, 1992a: 361 (trad. cast.: 387).

⁴ Cfr. TARUFFO, 1992a: 362 (trad. cast.: 389); MONTERO AROCA, 2002: 421; 2000: 54; LEVY, 1963a: 37; GUSSEN, 1963: 760.

⁵ Véanse TARUFFO, 1992a: 363, 366 (trad. cast.: 390, 392); MONTERO AROCA, 2002: 422; 2000: 55; LOMBARDO, 1992: 613; SALVOLI, 1927: 468, 471; GHESTIN y GOURBAUX, 1977: 449, 490.

alguna, pero es comúnmente reconocido, como sucede en Francia con el estándar de la *intime conviction*, que es típico del proceso penal pero que también se aplica en los procesos civiles.¹¹ Estas fórmulas no son símbolos perfectos, porque reflejan ideas del principio de libre valoración que tienen, en alguna medida, una fuente de inspiración diferente: en ocasiones, como en el caso de Alemania, el énfasis es más objetivo y la libre valoración de la prueba aspira a alcanzar una decisión sobre la verdad o la falsedad de los hechos en litigio, mientras que en otros casos, como ocurre con la *intime conviction* que se aplica en Francia, el acento recae en la persuasión individual y subjetiva del juzgador del hecho.¹² Sin embargo, todas ellas tienen un elemento nuclear común: el valor probatorio de la prueba debe ser establecido por el juzgador caso por caso, de forma discrecional y sin estar vinculado por reglas abstractas y generales. En estos términos generales, el principio es generalmente aceptado en todos los sistemas probatorios modernos.

Sin embargo, vale la pena subrayar que el principio de la libre valoración de la prueba no resuelve por sí mismo todos los problemas relacionados con la toma de decisiones sobre los hechos. Por un lado, el principio se considera una regla básica en casi todas partes, pero no siempre se aplica de una manera consistente y completa. De hecho, en varios sistemas de *civil law* existen excepciones importantes: por ejemplo, algunos supuestos de prueba legal que sobrevivieron al fin del sistema tradicional. En ocasiones, estas excepciones son importantes pero no numerosas, como ocurre en Alemania con algunas normas sobre el valor probatorio de documentos públicos y privados.¹³ Otras veces, en cambio, son varias las reglas que prevén un valor probatorio legal de los documentos públicos y privados, y también de confesiones y juramentos, como sucede en Italia, en Francia y en España.¹⁴ En estos sistemas, el principio de la libre valoración de la prueba es general porque atañe a cualquier medio de prueba cuyo valor no esté jurídicamente determinado de forma expresa, pero en realidad no se aplica en todos los casos.

Por otro lado, aunque el principio de la libre valoración posee un claro significado negativo, también tiene un incierto significado posi-

MELERO, 1963-1964, vol. 1, 27, 121; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, 1965: 29-57, 79-89, 122-126. El concepto de «sana crítica» se usa también en otros sistemas: para Colombia, véase FERRERA, 2000: 327; para Argentina, consúltese un amplio análisis en FALCÓN, 2003: vol. 1, 561, 572, 601.

¹¹ Cf. BRETON, 1996: 21; CHESTIN Y GOUBEAUX, 1977: 490; SICARD, 1960: 18; LÉFÈVRE, 1955: 230.

¹² MONTERO AROCA (2002: 425) subraya que la *intime conviction* francesa permite una toma de decisiones arbitraria e irresponsable (2000: 59).

¹³ Véanse MIRKAY y STÜBNER, 2004: 307; SCHNEIDER, 1987: 276; TESKE, 1990: 122, 126, 129. Sobre reglas similares existentes en Austria véase FASCHING, 1990: 436. Para similitudes con el sistema español, cf. MONTERO AROCA, 2002: 231; 2000: 61.

¹⁴ Cf. TARUFFO, 1992a: 369 [trad. cast.: 395f]; LOMBARDO, 1992: 624; CHESTIN Y GOUBEAUX, 1977: 443, 490, 508, 535, 541; LÉFÈVRE, 1955: 92; TESKE, 1990: 18, 30; RAMOS MENDEZ, 1990: vol. 1, 541; SHAW MELERO, 1963-1964: vol. 1, 126; MUÑOZ SAABÉ, 1967: 85.

tivo. Su significado negativo está determinado por la exclusión de las reglas de prueba legal y por la libertad del juzgador para establecer el valor probatorio de los medios de prueba.¹⁵ La incertidumbre sobre su significado positivo deriva del hecho de que el principio no determina la forma en que el juzgador ha de llevar a cabo su valoración discrecional. En consecuencia, se proponen distintas interpretaciones del principio. A veces se dice que el juez debe seguir su propia intuición o «corazonadas» al determinar el valor probatorio, o también que debe basarse en sus propias sensaciones y creencias íntimas y personales para poder lograr una especie de «certeza moral» sobre los hechos en litigio. Las versiones del principio en términos de *intime conviction* se suelen interpretar en este sentido.¹⁶ En sus versiones más extremas, un enfoque así conduce a conclusiones irracionales de la valoración de la prueba y del juicio sobre los hechos, según las cuales no existirían estándares identificables para la valoración de la prueba, pues dicha valoración se concibe como una especie de experiencia espiritual subjetiva e inconoscible del juzgador. En realidad, esta concepción se vincula directamente con las teorías irracionistas de la decisión sobre los hechos (véase *supra* § 9). Desde esta perspectiva, la libertad del juez se interpreta como el equivalente de una elección arbitraria y meramente individual. Otras veces, por el contrario, se desarrolla una perspectiva diferente con el objetivo de determinar criterios racionales, conforme a los cuales la valoración discrecional de la prueba debe realizarse de forma intersubjetiva y controlable.

96. *Estándares de prueba.* La forma habitual de afrontar el problema de cómo el juzgador debe determinar el valor probatorio de los medios de prueba suele remitir de un modo vago y general al sentido común, a la experiencia común, a lo razonable o la racionalidad, sin definir criterios más precisos y específicos.¹⁷ Esto no es mucho, sin embargo, ya que la discreción del juez no queda limitada ni controlada por esas remisiones indeterminadas y sigue abierto, por tanto, el camino a las intuiciones subjetivas y personales. A veces, no obstante, se intenta ofrecer al juzgador directrices más precisas — aunque generales y flexibles — que rijan la valoración de la prueba en el contexto de la decisión final sobre los hechos en litigio. Un estándar muy general que se usa extensamente en los procesos civiles del *common law* es el de la «preponderancia de la prueba» (o «preponderancia de la probabilidad» o «balance de probabilidades» o «mayor peso de la prueba»). Este estándar establece, en esencia, que cuando sobre un hecho existan pruebas contradictorias, el juzgador debe «sopesar» las probabilidades de las diferentes versiones sobre los hechos para hacer una elección en favor del enunciado que parece ser relativamente «más probable», sobre la base de los medios de

¹⁵ Véase TARUFFO, 1992a: 370 [trad. cast.: 396f].

¹⁶ Véase, en general, TARUFFO, 1992a: 370-1 [trad. cast.: 396-7f]; 2003a: 667.

¹⁷ Para una valoración crítica véase TARUFFO, 1992a: 371, 373, 375 [trad. cast.: 393, 399, 401f]; 2002: 121 [trad. cast.: 107f].

prueba disponibles¹⁸. Este estándar es obviamente razonable, pues sería irracional dejar que el juzgador eligiera la versión de los hechos que esté menos apoyada por los medios de prueba: desde luego, la versión relativamente «más fuerte» debe prevalecer sobre la relativamente «más débil»¹⁹. Además, se pueden aducir otras varias razones en favor de este estándar, como, por ejemplo, su capacidad para minimizar los errores esperados en la toma de decisiones y hacer valer el principio de igualdad de las partes en el proceso civil²⁰. Sin embargo, pueden surgir algunos problemas en la aplicación del estándar de la probabilidad preponderante; por ejemplo, se puede observar que si todas las versiones de los hechos tienen un bajo nivel de apoyo probatorio, elegir la relativamente más probable puede no ser suficiente para considerar esa versión como «verdadera». Por lo tanto, debe requerirse, para que un enunciado sobre los hechos pueda ser elegido como la relativamente mejor versión, no sólo que sea más probable que todas las demás versiones, sino también que en sí mismo sea «más probable que su negación»; esto es, que la versión positiva de un hecho sea en sí misma más probable que la versión negativa simétrica²¹. Una inquietud similar conduce a los sistemas de *common law* a sostener que el estándar de la preponderancia de las pruebas puede ser demasiado bajo cuando están en juego importantes intereses individuales. En tales casos, es posible aplicar el estándar más exigente de la «prueba clara y convincente» (*clear and convincing evidence*) o de la «prueba clara, precisa e indubitable» (*clear, precise and indubitable evidence*)²². A pesar de estas dificultades, parece que el estándar de la preponderancia de la prueba es una racionalización adecuada del principio de la libre valoración de la prueba, tanto en los sistemas de *common law* como en los de *civil law*²³.

La complejidad de estos problemas se confirma por la discusión surgida en Alemania en torno al concepto de *Beweismass*, esto es, del grado

¹⁸ Véanse interesantes análisis de la aplicación de este estándar en Inglaterra en GORTWALD, 2000: 166; REDMAYNE, 1999: 174. Consúltense también ANDREWS, 2003: 722; CROSS y TAPPER, 1990: 149. En relación con el sistema estadounidense, véase CLEBKOWT y SHERWIN, 2002: 268; GIANNELLI, 2003: 44; LEPPER, CROSS y LIEMAN, 2000: 1241; CALLEN, 1991b: 1117, 1121; JAMES, HAZARD y LEURISPORE, 1992: 339; ROTHSTEIN, RAEDER y GROUF, 2003: 140; OKAWA, 2003: 54; LILLY, 1987: 48; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 108.

¹⁹ Cf. TARUFFO, 1992a: 272 [trad. cast.: 298]; REDMAYNE, 1999: 167.

²⁰ Consúltense principalmente REDMAYNE, 1999: 169, 171.

²¹ Cf. TARUFFO, 1992a: 276 [trad. cast.: 302]; CALLEN, 1991b: 1117; STELLA, 2003: 97. Sobre un estándar similar aplicado por los tribunales ingleses véase CROSS y TAPPER, 1990: 149.

²² Véase CLEBKOWT, 1987: 1115; JAMES, HAZARD y LEURISPORE, 1992: 339; LILLY, 1987: 49; ROTHSTEIN, RAEDER y GROUF, 2003: 142; GIANNELLI, 2003: 45. Cf. también, en relación con Inglaterra, REDMAYNE, 1999: 187. Cf. *ibid.*: 180, para referencias a Australia y Canadá.

²³ CLEBKOWT y SHERWIN (2002: 243) sostienen una opinión diferente, según la cual los sistemas europeos no aplican ese estándar, sino el estándar de prueba mucho más alto del «más allá de toda duda razonable», y no hacen diferencia entre los procesos civiles y penales. Esa opinión no concuerda con la realidad de los sistemas de *civil law* y se basa en una caracterización errónea de los estándares de prueba usados en esos sistemas; véase TARUFFO, 2003a: 639.

de prueba requerido, que se desarrolló en relación con el principio de la libre valoración estipulada por el § 286 del Código Procesal Civil alemán²⁴. Una opinión extendida sostiene que la valoración del *Beweismass* se debe hacer en términos de probabilidad preponderante (*liberwiegende Wahrscheinlichkeit*), considerando que la versión relativamente más probable de los hechos en litigio debe ser adoptada como una base para la decisión. Esta opinión tiene diferentes versiones, algunas de las cuales remiten a los grados numéricos de probabilidad y pretenden establecer como nivel mínimo de *Beweismass* el 51 por 100 de probabilidad. Esta versión ha recibido diversas críticas, porque algunos autores sostienen que este nivel de probabilidad es demasiado bajo y que se debería exigir un grado superior, otros autores sostienen — desde un punto de vista diferente — que la valoración de la prueba es algo que no puede ser cuantificado con exactitud porque es el resultado de una apreciación subjetiva del juzgador²⁵. En todo caso, parece que según la línea teórica dominante, el concepto de *Beweismass* tiene que ser adaptado a la especificidad de los casos particulares (un *Beweismass flexible*), pero puede ser interpretado en términos del peso preponderante de la prueba en favor de la versión de los hechos relativamente más probable²⁶.

97. *Credibilidad de las pruebas*. La valoración de la prueba consiste en determinar el valor probatorio de cada medio de prueba en relación con un hecho específico, y tiene por objeto establecer cuándo y en qué grado puede ser considerado «verdadero», sobre la base de las pruebas relevantes, el enunciado que afirma la ocurrencia de ese hecho (véase *supra* capítulo I). Con el fin de establecer esa vinculación, el resultado de las pruebas tiene que ser determinado claramente y debe ser vinculado con enunciados fácticos específicos. Esta conexión puede seguir diferentes patrones, dependiendo de si las pruebas son directas o indirectas (véase *supra* § 41), y puede ser analizada de acuerdo con esquemas lógicos más o menos complejos.

El primer paso para establecer la conexión entre pruebas y hechos consiste en valorar la credibilidad de cada medio de prueba. El juzgador tiene que determinar si las personas que fueron interrogadas como testigos tienen credibilidad y si una prueba documental, real o demostrativa es auténtica (véase *supra* §§ 66 y 67). Establecer la credibilidad de una

²⁴ En general sobre este concepto véanse MURRAY y STRANER, 2004: 310; HUBER, 1983: 39, 49, 56, 67, 89, 121; GIEGER, 1978: 68, 75, 101; WALTER, 1979: 5, 153, 158; ZPO-KOMM, 1987: § 286, núms. 14-26; MUSELAK, 1975: 107, 116, 126, 191; PRÖTTING, 1983: 48, 92; BENDER, 1981: 257.

²⁵ Sobre la amplia discusión llevada a cabo en la literatura alemana véase la nota anterior. Cf. también GORTWALD, 2000: 170; MÜNCHENER, 2000-2002: § 286; MAASSEN, 1975: 39; MORTSCH, 1978: 334-348; BRUNS, 1978: 64-75.

²⁶ Consúltense, especialmente, GORTWALD, 2000: 173; 1979: 200. Críticas a la idea de usar estándares de prueba «flexibles», basadas principalmente en los riesgos de confusión y variaciones de un caso a otro, pueden verse en REDMAYNE, 1999: 181. Sobre la teoría de una preponderancia «flexible» de las probabilidades en Inglaterra véase ANDREWS, 2003: 723.

prueba puede requerir llevar a cabo valoraciones complejas; por ejemplo, cuando la veracidad de un testimonio es dudosa y tiene que ser verificada sobre la base de los datos acerca del comportamiento del testigo en el curso de su interrogatorio, o de su relación peculiar con la causa (*supra* § 49). En tales circunstancias, puede suceder que otros medios de prueba acerca de la persona del testigo, su comportamiento y su interés en la causa sean necesarios para lograr una valoración bien fundamentada de su credibilidad. Ese juicio — a su vez — puede ser complejo y basarse en un conjunto de otros medios de prueba.²⁷

98. *Determinación del peso de las pruebas.* Determinar el valor probatorio de un medio de prueba acerca de un hecho puede ser bastante simple en el caso de las pruebas directas; esto es, cuando las mismas tienen que ver directamente con un hecho principal en litigio. En ese caso, se puede decir que el grado de credibilidad de un medio de prueba coincide con su valor probatorio y, por lo tanto, determina el grado de veracidad del enunciado sobre el hecho relevante o principal.²⁸

La situación es mucho más complicada cuando los medios de prueba son indirectos o circunstanciales. En ese caso, el resultado inmediato de la actividad probatoria es la determinación de la verdad de un hecho circunstancial sobre la base de los medios de prueba disponibles, pero ese hecho es un *factum probans* y no el *factum probandum*. Por consiguiente, se deberá realizar una inferencia del hecho probatorio que ha sido probado al hecho principal que tiene que ser probado, con el fin de establecer si el primero apoya una conclusión respecto del segundo. Esa inferencia se obtiene a partir de los estándares de razonamiento adecuados para establecer una conexión entre los dos hechos en cuestión. En algunos casos, estos estándares son ofrecidos por la ciencia (véase *supra* § 77) y por la estadística (véase *supra* § 78), pero en la mayoría de las ocasiones se obtienen de la cultura media, del *background* y del sentido común. En consecuencia, el valor probatorio de las pruebas indirectas también está en función de la validez epistémica y la fiabilidad de esos estándares: en los pocos casos en que se dispone de un estándar deductivo, la conclusión sobre el hecho principal puede ser considerada como cierta; cuando se dispone de estadísticas fiables, la conclusión puede ser probable, pero cuando la inferencia se basa en el sentido común, el valor probatorio de las pruebas indirectas puede resultar poco claro o incierto.²⁹ En todo caso, la valoración de la prueba basada en medios de prueba indirectos tiene que concluir con la defini-

ción del grado de confirmación lógica y epistémica que esos medios de prueba aportan al enunciado sobre el hecho principal: ese grado de confirmación es el valor probatorio de las pruebas indirectas.³⁰

La situación puede ser aún más compleja si se requieren varios pasos inferenciales para pasar de un hecho probatorio a un hecho principal: éste es el caso de las llamadas pruebas «en cascada» o «en cadena». Este supuesto puede resultar lógicamente complicado, con rasgos sofisticados que no es posible discutir aquí en detalle. Baste decir, en términos muy generales, que el valor probatorio final que se atribuye a las pruebas en cascada está en función de todos los eslabones de la cadena de inferencias que conecta el *factum probans* con el *factum probandum*, teniendo en cuenta el hecho de que cuanto más larga sea la cadena, menor será el valor probatorio final, y que la fuerza total de la cadena de inferencias no puede ser mayor que la fuerza del eslabón más débil.³¹

Otra situación complicada puede presentarse cuando hay varios medios de prueba acerca de un mismo hecho. Esos diversos medios de prueba pueden ser directos e indirectos, pero el principal problema es su conexión con las conclusiones a las que prestan apoyo. Esos medios de prueba pueden ser «coincidentes», si conducen a las mismas conclusiones acerca de un determinado enunciado fáctico. En tal caso, la prueba del hecho principal es el resultado combinado de los medios de prueba coincidentes; esto es, la suma de los valores probatorios que se les atribuyen individualmente.³² Pero la situación más complicada se da cuando existen diversos medios de prueba sobre el mismo hecho, pero «discrepantes» o «contrarios» entre ellos, porque algunos de ellos tienden a probar la verdad y otros tienden a probar la falsedad del enunciado acerca de la ocurrencia de ese hecho. En estas circunstancias, el juzgador tiene que elegir entre, al menos, dos versiones diferentes del hecho, una positiva y otra negativa, ambas apoyadas por una parte de los medios de prueba presentados. El problema es elegir una de estas versiones: la elección racional indicaría que debe elegirse la versión, positiva o negativa, que esté sustentada por pruebas preponderantes, es decir, por el grado relativamente superior de probabilidad lógica (véase *supra* § 96).³³

Además, hay que tener en consideración que a menudo los hechos a probar son estructuralmente complejos, porque están compuestos de

²⁷ Véanse, por ejemplo, SCHUM, 1987; vol. 1, 215; vol. 2, 33, 49; TULLERS, 1989; 1234. Para

una regulación específica de los factores que el tribunal deberá tomar en cuenta al valorar la credibilidad de un testimonio, consúltese, e. g., la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículo 376. Cfr. GOMEZ CAJASTA, 2000; 269; MAZZONI, 2003; 15.

²⁸ Para un análisis más amplio de esta situación véase TARUFFO, 1992a; 239 [trad. cast.: 264].
²⁹ Véase, en general, TARUFFO, 1992a; 241 [trad. cast.: 266].

³⁰ Cfr., de nuevo, TARUFFO, 1992a; 247 [trad. cast.: 272].

³¹ Véase un análisis más amplio de esta situación en TARUFFO, 1992a; 248 [trad. cast.: 273]; también en SCHUM 1987; vol. 1, 51; COHEN, 1977; 68, 267; EGGLASTON, 1978; 37, 237; SCHUM y MARTIN, 1982; 105.

³² Determinar el producto final de esta combinación puede implicar algunos problemas lógicos. Cfr., e. g., TARUFFO, 1992a; 256 [trad. cast.: 282]; SCHUM, 1987; 1, 156, 170, 214; COHEN, 1977; 58, 93, 107, 279.

³³ Véase TARUFFO, 1992a; 261 [trad. cast.: 286]; SCHUM, 1987; 1, 182; COHEN, 1977; 74.

varios sucesos o circunstancias «atómicos». Una situación así puede plantear problemas en la valoración de la prueba en los casos concretos, pero no es especialmente desconcertante desde un punto de vista lógico o teórico. En realidad, cada una de las circunstancias o sucesos específicos tienen que ser demostrados conforme a los estándares para la determinación del valor probatorio de los medios de prueba acerca de cada hecho particular.³⁴

Aunque las situaciones que se dan frecuentemente en la práctica pueden ser muy complicadas, un análisis lógico de los estándares y las inferencias por medio de los cuales se hace la valoración de la prueba ofrece directrices conceptuales útiles y efectivas que el juzgador debe seguir al llevar a cabo su tarea final. Sin embargo, vale la pena hacer una última observación sobre este punto. El enfoque basado en el análisis racional de los problemas de las pruebas e inferencias que se ha usado hasta ahora es «atomista» o «analítico», y está orientado a considerar —por decirlo así—, uno a uno, cada caso individual y sus específicos medios de prueba. También considera, paso a paso, el razonamiento que se espera que desarrolle el juzgador para poder llegar a una decisión adecuada y lógicamente bien fundada sobre los hechos en litigio.

Sin embargo, se ha propuesto un enfoque bastante diferente, definido como «holista», para representar lo que hace o debería hacer el juzgador.³⁵ El enfoque holista sostiene que la decisión no debe ocuparse de cada hecho concreto ni de cada medio de prueba de forma analítica; tiene que ver únicamente con «historias» o «relatos» que incluyen narraciones de conjunto de los hechos en disputa, tomados como un todo homogéneo. Desde esta perspectiva, una prueba no debe ser considerada como un apoyo cognitivo de un enunciado sobre un hecho específico, sino simplemente como un factor que debe ser tomado en cuenta para elegir una historia u otra de la situación fáctica global involucrada en la causa.³⁶ Si, como parece, este enfoque tiene por objeto sugerir que la coherencia narrativa global de un relato debe ser tomada como el único criterio de decisión, y que las pruebas y la verdad empírica de los hechos deben soslayarse, entonces el enfoque debe ser rechazado, porque el proceso judicial está interesado en alcanzar decisiones precisas y que se correspondan con la realidad, más que historias coherentes que no tienen nada que ver con la realidad de los hechos en disputa.³⁷ De hecho, no hay duda de que el juzgador debe encontrar una historia acerca de todos los hechos principales de la causa, pero debería preferir las historias verdaderas, analíticamente sustentadas por pruebas, en vez de relatos meramente coherentes. La coherencia narrativa de las histo-

rias se puede usar apropiadamente como un estándar de elección en casos marginales; por ejemplo, cuando el juzgador tiene que elegir entre varias historias, cada una de ellas sustentada por grados de probabilidad suficientes. Los relatos coherentes pero sin sustento no deberán ser tomados en consideración; sólo una historia que, en comparación con otras historias con sustento probatorio, sea relativamente más probable sobre la base de las pruebas relevantes, puede ser apropiadamente elegida como versión «verdadera» de los hechos en litigio.³⁸

2. EL RECONOCIMIENTO DE HECHOS NOTORIOS

99. *La facultad del juez para reconocer hechos notorios.* Por lo general, un hecho puede ser considerado como base para la resolución final sólo cuando ha sido probado por medio de pruebas presentadas debidamente. Un principio general existente en todos los sistemas procesales establece que el juez no puede tomar en cuenta ningún hecho del que haya tenido noticia privada y que no haya sido debidamente probado.³⁹ Sin embargo, hay excepciones a este principio, ya que, en algunos casos, al juez se le permite tomar en cuenta hechos que no fueron probados y obtener conocimiento de esos hechos a partir de su cultura personal.

En los sistemas de *common law*, el juez puede reconocer varias clases de hechos, que son considerados como notorios, porque constituyen información que forma parte de la cultura general de la población media.⁴⁰ A veces, el juez puede reconocer un hecho notorio después de una indagación pero sin contar con pruebas específicas al respecto, como en el caso de los acontecimientos históricos, los asuntos políticos, las costumbres y las prácticas profesionales.⁴¹ En Estados Unidos, el tema está regulado claramente por la regla 201 de las *Federal Rules of Evidence*, referida a los llamados «hechos adjudicativos» (*adjudicative facts*) que son irrelevantes para resolver la causa. Dicha regla permite al juez reconocer hechos como notorios cuando son generalmente conocidos en el ámbito territorial de la jurisdicción del tribunal y son susceptibles de determinación certera y sencilla, de modo que no puedan ser motivo de disputa razonable.⁴² El juez también puede reconocer hechos notorios

³⁸ Cfr., de nuevo, TARUFFO, 1992a: 290 [trad. cast.: 318].

³⁹ Véanse, por ejemplo, ZUCKERMAN, 2003: 664; CROSS y TAPPER, 1990: 69; WALTER, 1979: 262; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 286, núm. 23; ZPO-KOMM., 1987: núm. 13, pr. § 284; MUSIELAK y STOLER, 1984: 13; CAVALLONE, 1991: 142, 292, 297, 312, 322; TARUFFO, 1992a: 67, 336, 386 [trad. cast.: 89, 363, 412]. Sobre el origen histórico de este principio véanse NÖRR, 1967; TARUFFO, 1992a: 367 [trad. cast.: 393].

⁴⁰ Cfr. ZUCKERMAN, 2003: 664; CROSS y TAPPER, 1990: 63; MUELLER y KIRKpatrick, 2003: 63; GRAHAM, 2003: 32; WRIGHT y GRAHAM, 1977-1989: vol. 21, 489.

⁴¹ Véanse ZUCKERMAN, 2003: 666; CROSS y TAPPER, 1990: 64.

⁴² Cfr. un amplio comentario en SALTZRING, MARTIN y CARRA, 2002: vol. 1, 201-3 a 201-14, 201-16. Véanse también GIANNELLI, 2003: 623, 625; GRAHAM, 2003: 33; WRIGHT y GRAHAM,

³⁴ Véanse TARUFFO, 1992a: 254 [trad. cast.: 280]; COMEN, 1977: 265, 277.

³⁵ Cfr. DAWASKA, 1990: 91; TWINING, 1985: 183; 1990; TARUFFO, 1992a: 281 [trad. cast.: 307].

³⁶ Véase TWINING, 1990: 238; ABU HAJERA, 1986; BENNETT y FELDMAN, 1981: 125, 132.

³⁷ Cfr. *supra* § 11. Véase también TARUFFO, 1992a: 286 [trad. cast.: 313].

de los denominados «hechos valorativos»; esto es, sucesos y estándares del conocimiento común que el juzgador aplica en su razonamiento y en la valoración de la prueba⁴³. Los «hechos adjudicativos» pueden ser de naturaleza geográfica, histórica, estadística, religiosa, económica, política y comercial, asuntos gubernamentales, principios científicos y tratados, recopilaciones y archivos⁴⁴. Además, el juez puede reconocer hechos notorios de los llamados «hechos legislativos», es decir, sucesos y circunstancias concernientes a la validez, a la promulgación y también al significado, al alcance y a la interpretación de normas jurídicas⁴⁵.

El enfoque al respecto de los sistemas de *civil law* es muy similar. Los hechos legislativos no son considerados materia de prueba porque se supone que el tribunal conoce el derecho, según el principio *jura novit curia*. Respecto de los hechos, se admite una especie de reconocimiento de hechos notorios que le permite al juez fundar, en su propia cultura personal, el conocimiento de algunos hechos. Este es el caso de los hechos notorios que pertenecen a la cultura media común existente en el momento y el lugar del juicio, o que pueden ser descubiertos por cualquiera a través de las vías ordinarias de conocimiento⁴⁶. Los hechos notorios incluyen tanto los que forman parte del conocimiento privado del juez, como los que conoce por su función, como los ocurridos en el curso del proceso. Otro tipo de conocimiento que el juez puede usar sin una prueba específica son los estándares de la experiencia común y de la cultura promediada en los que puede basarse para fundar inferencias y valorar pruebas⁴⁷.

La naturaleza discrecional de la facultad del juez para reconocer hechos notorios no está en discusión: sin embargo, esa facultad se debe usar de una manera apropiada. Algunas veces se dice que los hechos principales sólo pueden considerarse como notorios cuando han sido alegados por una de las partes⁴⁸. También se sostiene que los hechos

notorios deben haber sido aducidos como tales por alguna de las partes aun cuando no sean hechos principales⁴⁹. Por el contrario, en Estados Unidos, la regla 201(c) de las *Federal Rules of Evidence* dice expresamente que el reconocimiento de hechos notorios depende exclusivamente del criterio del tribunal⁵⁰. Es más, reconocer hechos notorios no debe infringir la garantía fundamental del debido proceso. Por ello, las partes deben tener siempre la oportunidad de ser escuchadas sobre el reconocimiento como hechos notorios de hechos relevantes. Este principio se establece en la regla 201(e) de las *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos⁵¹ y se reconoce también en otros sistemas sobre la base de las garantías constitucionales de las partes⁵².

3. LAS CARGAS DE LA PRUEBA

100. *La decisión a falta de pruebas.* Cuando el enunciado acerca del hecho principal en litigio es considerado como verdadero sobre la base de las pruebas debidamente presentadas, se resuelve el hecho en disputa, la incertidumbre respecto de ese hecho queda superada y se puede aplicar la norma jurídica sustantiva que rige el supuesto de hecho a fin de tomar la decisión final sobre el caso. Cuando esto no sucede, porque no han sido probados todos o algunos de los hechos principales, surgen importantes problemas. Esta situación puede darse en varios supuestos: a) cuando las pruebas no ofrecen suficiente apoyo para una decisión acerca de la existencia o la inexistencia de los hechos, *e. g.*, porque existen algunas pruebas, pero no son suficientes para demostrar los hechos, o porque las pruebas positivas y negativas se compensan; b) cuando las partes no han presentado, ni el juez ordenado, ninguna prueba sobre un hecho principal; c) cuando los medios de prueba demuestran que un enunciado sobre un hecho principal es falso. La situación d) es, con mucho, la más común en la práctica o, al menos, éste es el caso que se discute con más frecuencia⁵³, pero el problema de to-

1977-1989: vol. 21, 483, 489, 497; LEHPERT, GROSS y LIEBMAN, 2000: 1264; LULLY, 1987: 13, 17; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 64; FRIEDENTHAL y SINGER, 1985: 285.

⁴³ Véase, *e. g.*, MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 73.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, SALTZBURG, MARTIN y CARBA, 2002: vol. 1, 201-18; GRAHAM, 2003: 39; GIANNELLI, 2003: 627.

⁴⁵ Cfr. SALTZBURG, MARTIN y CARBA, 2002: vol. 1, 201-7; GRAHAM, 2003: 42; WRIGHT y GRAHAM, 1977-1989: vol. 21, 468; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 66, 71; LULLY, 1987: 14, 17; LEHPERT, GROSS y LIEBMAN, 2000: 1276; FRIEDENTHAL y SINGER, 1985: 283. Un concepto similar existe en Inglaterra; al respecto véase GROSS y TAPPER, 1990: 67.

⁴⁶ Cfr. el Código Procesal Civil alemán, § 291; MURRAY y STORNER, 2004: 266; WALTER, 1979: 264, 272; BALTENBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 291; ZPO-KOMM, 1987: § 291; JAUERNG, 1991: 181; ARENS y LOKE, 1992: 194; MUSIELAK y STADLER, 1984: 13; el Código Procesal Civil austriaco, § 269; FASCHING, 1990: 430; el artículo 115.2 del Código Procesal Civil italiano; CARFI y TARUFFO, 2002: 356; MONTENRO AROCA, 2002: 63; DE LA OLIVA SANTOS y DIEZ-PEDRAZ GIMÉNEZ, 2000: 280; RAMOS MÉNDEZ, 1990: vol. 1, 534; SILVA MELERO, 1963-1964: vol. 1, 3; KRAMAVICH, 1996: 43; HINOSTROZA MINGUEZ, 2000: 34; FARRERA, 2000: 367.

⁴⁷ Cfr., de nuevo, el artículo 115.2 del Código Procesal Civil italiano; CARFI y TARUFFO, 2002: 356; WALTER, 1979: 283; ARENS y LOKE, 1992: 192.

⁴⁸ Véase, *e. g.*, CARFI y TARUFFO, 2002: 357.

⁴⁹ Cfr., por ejemplo, ZPO-KOMM, 1987: § 291, núms. 3-4; ARENS y LOKE, 1992: 195; MUSIELAK y STADLER, 1984: 13.

⁵⁰ Véase SALTZBURG, MARTIN y CARBA, 2002: vol. 1, 201-9; GRAHAM, 2003: 43; WRIGHT y GRAHAM, 1977-1989: vol. 21, 506; GIANNELLI, 2003: 628; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 84; LULLY, 1987: 13.

⁵¹ Véase SALTZBURG, MARTIN y CARBA, 2002: vol. 1, 201-23; GRAHAM, 2003: 43; WRIGHT y GRAHAM, 1977-1989: vol. 21, 516; LEHPERT y SALTZBURG, 1982: 914; GIANNELLI, 2003: 629; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 85, 87.

⁵² Cfr., por ejemplo, desde la perspectiva alemana, ZPO-KOMM, 1987: § 291, *infra*, 4; JAUERNG, 1991: 181; ARENS y LOKE, 1992: 195.

⁵³ Véase, *e. g.*, MURRAY y STORNER, 2004: 267; MUSIELAK y STADLER, 1984: 104; GAERHUNG, 1986: 38; PATTA, 1987: 3, 14, 86; MONTENRO AROCA, 2002: 67; FALCÓN, 2003: vol. 1, 241. La teoría jurídica estadounidense considera principalmente el caso en que la existencia y la inexistencia de un hecho son igualmente probables; véase, por ejemplo, JAMES, HAZARD y LEITENSOHN, 1992: 338; LULLY, 1987: 54; GROSS y TAPPER, 1990: 112.

mar una resolución sin la prueba de un hecho principal surge en términos bastante similares también en los otros dos casos, ya que el tribunal en todos ellos se ve obligado a decidir aun cuando no se haya demostrado un hecho principal conforme al estándar de prueba ordinario.⁵⁴ Sin embargo, si no se ha probado un hecho principal el tribunal no puede decidir mediante la aplicación de la norma sustantiva a los hechos en litigio⁵⁵, a falta de la condición fáctica necesaria para la aplicación apropiada de una regla así. Por consiguiente, el tribunal necesita aplicar un criterio jurídico diferente para resolver el caso: este criterio jurídico es el principio de la «carga de la prueba».

101. *La carga de la prueba.* La función del principio de la carga de la prueba es permitir al tribunal resolver el caso cuando los hechos principales no han sido probados. Por ello, las reglas en las cuales se articula el principio se definen en Alemania como *Hilfsmittel* o como *Operationalregeln*, previstas sólo para el caso de falta de prueba de los hechos⁵⁶. Desde una perspectiva diferente, pero coincidente, esas reglas se conciben como criterios acerca del «riesgo de no persuasión», pues prevén las consecuencias de no convencer al tribunal de la ocurrencia de un hecho principal⁵⁷. Según una elocuente definición, estas reglas son un puente entre la situación de falta de prueba de los hechos y la aplicación de la norma sustantiva que rige el caso, porque evitan que el tribunal decida indebidamente la causa aplicando la norma sustantiva en una situación en la que no podría ser aplicada⁵⁸. El principio de la carga de la prueba es también un recurso para resolver la incertidumbre acerca de la prueba de los hechos principales: ante la incertidumbre se tratan los hechos como si se hubiera probado su inexistencia⁵⁹.

En realidad, el principio establece que si no se ha probado un hecho principal, no se puede aplicar la norma sustantiva que asume ese tipo de hecho como una premisa fáctica: por consiguiente, las pretensiones basadas en ese hecho y en la aplicación de esa regla deben ser rechazadas por el tribunal⁶⁰. El principio se aplica en el momento en que se toma la decisión final, cuando el tribunal determina que algunos hechos carecen de pruebas suficientes y tiene que extraer las con-

⁵⁴ Sobre esta obligación véanse, entre otros, GMEHLING, 1986: 41; PARTI, 1987: 4; MICHELL, 1966: 177; MONTERO AROCA, 2000: 36.

⁵⁵ Véanse ARENS y LOKE, 1992: 202; MUSIELAK y STADLER, 1984: 107.

⁵⁶ Cf., e. g., MUSIELAK y STADLER, 1984: 104, 121, 123; SCHWAR, 1978: 505, 519.

⁵⁷ Véanse JAMES, HAZARD y LEUBSDORF, 1992: 338; ZUCKERMAN, 2003: 649; JAUBERT, 1991: 182; MONTERO AROCA, 2000: 35.

⁵⁸ Cf. MUSIELAK y STADLER, 1984: 105.

⁵⁹ Véase, especialmente, MUSIELAK y STADLER, 1984: 107.

⁶⁰ En sus términos generales, este principio es común a todos los sistemas procesales, por lo que es imposible ofrecer aquí una bibliografía completa. El «torremte de estudios jurídicos sobre la carga de la prueba y las presunciones» que se dio en Estados Unidos (véase ALLEN, 1993: 628) involucró también otros países. Para referencias más específicas véanse las notas siguientes. Para una discusión crítica del principio desde una perspectiva económica véase HAY, 1997: 651-679.

secuencias jurídicas pertinentes de esa situación. Una de estas consecuencias es que los efectos negativos que se derivan de la falta de prueba suficiente de un hecho se cargan sobre la parte que formuló una pretensión basada en ese hecho.

102. *La asignación de la carga de la prueba.* Las normas acerca de la carga de la prueba adjudican las consecuencias desfavorables de la falta de prueba de los hechos principales. El criterio general para esta asignación es que cada parte cargará con los efectos negativos que se derivan de no haber probado los hechos sobre los que fundó sus pretensiones. Esto quiere decir que cada parte tiene la carga de probar esos hechos y demostrar la verdad de los enunciados sobre ellos; y sus pretensiones serán rechazadas si no ofrece al tribunal esa demostración⁶¹. Sin embargo, estos criterios muy generales y formales no son siempre efectivos en la asignación de la carga de la prueba en los casos concretos: para ello se hacen necesarias reglas más específicas.

En algunos sistemas jurídicos, la carga de la prueba se asigna conforme a disposiciones generales que regulan todo tipo de situaciones y a algunas disposiciones específicas sobre casos especiales. Por ejemplo, en Italia el artículo 2.697 del Código Civil establece la regla general según la cual la parte demandante tiene la carga de probar los hechos que sustentan su demanda, y si la otra parte objeta la ineficacia de esos hechos o que el derecho reclamado ha sido modificado o extinguido, ésta tiene la carga de probar los hechos que sustentan su defensa⁶². Una regulación similar existe en Francia: el artículo 9 del Código Procesal Civil establece que cada una de las partes tiene la carga de probar los hechos necesarios para mostrar que sus pretensiones están bien fundadas; por su parte, el artículo 1.315 del Código Civil francés, en principio referido sólo a las obligaciones monetarias, se interpreta como una regla general que establece que el demandante debe probar la base de su reclamación y el demandado debe probar la base de su defensa⁶³. La Ley de Enjuiciamiento Civil española, en su artículo 217, establece un principio similar⁶⁴. En ocasiones, no existen disposiciones generales sobre la carga de la prueba y sólo hay reglas específicas que asignan la carga en diversas situaciones jurídicas concretas. En ese caso surge el problema de determinar si los principios generales están implícitos en el

⁶¹ Cf., por ejemplo, MURRAY y STRINER, 2004: 267; MUSIELAK y STADLER, 1984: 109; MUSIELAK, 1975: 32, 133, 353; PEUTTING, 1983: 19, 112, 179, 265; JAUBERT, 1991: 183; ARENS y LOKE, 1992: 203; ANDREWS, 2003: 719; CROSS y TAPPER, 1990: 123; JAMES, HAZARD y LEUBSDORF, 1992: 343; LALLY, 1987: 54; KARLUPY, 1987; TARUFFO, 1995: 67; PARTI, 1987: 3; CHESTNUT y GOUBEAUX, 1977: 455, 459; LAGARDE, 1994: 203; VERHEYDEN y JEANMART, 1991: 43; KIELBASOVICH, 1996: 77; HINOSTROZA MINQUIEZ, 2000: 84, 88; FARRERA, 2000: 257.

⁶² Véase TARUFFO, 1995: 68; PARTI, 1987: 1.

⁶³ Véase CHESTNUT y GOUBEAUX, 1977: 457. Respecto del sistema belga, cf. VERHEYDEN y JEANMART, 1991: 40, 57.

⁶⁴ Véase MONTERO AROCA, 2002: 88; 2000: 39.

sistema jurídico, pero a veces ésta resulta ser una tarea muy difícil. En Alemania, por ejemplo, una situación de este tipo ha producido un buen número de discusiones teóricas y varios intentos de definir los fundamentos y el significado de la carga de la prueba. Actualmente, la teoría más popular parece ser la llamada *Normentheorie*, según la cual en cualquier situación regulada jurídicamente, cada parte tiene la carga de probar los hechos que constituyen la premisa para aplicar la disposición que produce el efecto favorable para ella.⁶⁵ Con el tiempo se han propuesto otras varias teorías, pero parece que ninguna de ellas ha logrado plantear criterios más eficientes y de mejores resultados para la asignación de la carga de la prueba. En todo caso, éstos son sólo ejemplos de las dificultades que pueden surgir cuando no existen principios generales que distribuyan directamente la carga entre las partes.⁶⁶

Tampoco en los sistemas de *common law* hay reglas generales explícitas sobre la carga de la prueba. En Inglaterra, sin embargo, el criterio general que parecen aplicar normalmente los tribunales es semejante al principio vigente en los sistemas de *civil law*. Al margen de algunas disposiciones legales especiales, el demandante debe probar los hechos que sustentan su pretensión y el demandado debe probar los hechos que sustentan su defensa.⁶⁷ En Estados Unidos, la situación es diferente, porque no parece aplicarse ningún criterio uniforme y general. Por un lado, cada tipo de pretensión y defensa tiene sus propias reglas específicas. Por el otro, los tribunales suelen asignar la carga de la prueba caso a caso de forma discrecional, algunas veces situando la carga en la parte que tiene un acceso más fácil a las pruebas,⁶⁸ y otras, tomando en consideración los intereses sustantivos de las partes y criterios de equidad.⁶⁹

103. *Cargas de prueba y hechos principales*. En todo caso, los criterios que asignan las cargas probatorias tomando como base los hechos que sustentan las pretensiones de las partes plantean un problema teórico y práctico adicional. En realidad, para poder establecer qué parte debe perder la causa por no haber probado un hecho principal hace falta un criterio que determine «quién debe probar qué» en cada situación. Este problema se afronta normalmente por medio de distinciones teórico-jurídicas acerca de los hechos principales del caso. En general se sostiene

que, para cada causa, debe trazarse una distinción a partir de las disposiciones sustantivas que se invocan como fundamento jurídico de la pretensión; así, se pueden identificar los hechos que sustentan positivamente la pretensión (*rechtsbegründendes Merkmal, fatto costitutivo*) y los hechos que fundan las defensas afirmativas porque extinguen, modifican o previenen los efectos del derecho reclamado por la parte demandante (*rechtsvernehmendes, rechtsvernichtendes, rechtsminderndes Merkmal, o fatto estintivo, impeditivo, modificativo*).⁷⁰ La parte demandante debe probar los hechos que sustentan su pretensión y la demandada debe probar los hechos que sustentan su defensa. En consecuencia, cuando un hecho no queda probado, el juez debe determinar la calificación jurídica que corresponda a ese hecho, en el contexto de la situación jurídica específica, para poder establecer qué parte perderá el pleito. Esto supone que el criterio que realmente determina la conclusión final es la norma sustantiva que rige el caso, dado que esta norma establece qué parte debe probar qué hechos, mientras que el criterio procesal se ocupa simplemente de la distinción entre los roles procesales del demandante y el demandado. Por consiguiente, todas las incertidumbres acerca de la interpretación de las normas sustantivas pueden tomarse incertidumbres sobre la aplicación de las reglas que atañen a la carga de la prueba.⁷¹

104. *Cargas de la prueba y de presentación de pruebas*. En un sentido estricto, la carga de la prueba es el criterio que determina la decisión final cuando no se ha probado un hecho principal. También se conoce como *burden of proof*, «carga de persuasión» o «riesgo de no persuasión»⁷², y se califica también como «objetiva» (*objektive Beweislast*) para subrayar que se aplica tomando como base objetiva la prueba de los hechos y las normas sustantivas que rigen el caso. Se usan también otros calificativos cuyo propósito es enfatizar este aspecto (por ejemplo, *Feststellungslast* o *materielle Beweislast*).⁷³ Esta concepción de la carga de la prueba tiene que distinguirse de otro tipo de carga probatoria que se califica como «subjetiva» (*subjektive Beweislast*), con el fin de subrayar que su objetivo es determinar cuál de las partes debe aportar al tribunal las pruebas sobre un hecho específico en el curso del proceso.⁷⁴ También se denomina «carga de presentación de pruebas», «carga de seguir adelante», *evidentiary burden* o *Beweisführungslast*, a

⁶⁵ El autor principal de la *Normentheorie* es ROSENBERG (1965: 98). Otros autores proponen una versión revisada y extendida de esta teoría; cfr., e. g., SCHWAB, 1978: 505; PRÜTTING, 1983: 168. Véase también GIEHLING, 1986: 59, 61; MUSIELAK y STADLER, 1984: 120; MUSIELAK, 1975: 286.

⁶⁶ Cfr. las referencias bibliográficas de la nota anterior.

⁶⁷ Véanse ZUCKERMAN, 2003: 652; CROSS y TAPPER, 1990: 123, 131, 133.

⁶⁸ Cfr., principalmente, JAMES, HAZARD y LEUBSACKER, 1992: 343, y un panorama general en SCHWERING, 1969: 113.

⁶⁹ Cfr. SCHWERING, 1969: 114, 125, 128; MUSIELAK y KIRKENRICK, 2003: 781; GANNETT, 2003: 43; LEVETTER, CROSS y LEBMAN, 2000: 1236. Hay ha elaborado un complejo análisis de muchos posibles criterios para la distribución de la carga de la prueba entre las partes; véase HAY, 1997: 653. Sobre los casos en los que el tribunal determina la asignación de la carga de la prueba en Inglaterra véase ZUCKERMAN, 2003.

⁷⁰ Sobre esta distinción véanse, principalmente, MUSIELAK y STADLER, 1984: 111, 129; MUSIELAK, 1975: 294, 354; PRÜTTING, 1983: 266; VERDE, 1974: 179, 276; TARUFFO, 1995: 68; PATTI, 1987: 91, 97.

⁷¹ Cfr., especialmente, MUSIELAK y STADLER, 1984: 110, 129, 131. Cfr. también ZUCKERMAN, 2003: 651.

⁷² Véanse, e. g., ZUCKERMAN, 2003: 649; CROSS y TAPPER, 1990: 123; JAMES, HAZARD y LEUBSACKER, 1992: 338; LILLY, 1987: 47; SCHWERING, 1969: 63, 68, 75; FRIEDENTHAL y SINGER, 1985: 267; GASSINS, 1992: 21.

⁷³ Cfr., principalmente, GIEHLING, 1986: 34; MUSIELAK y STADLER, 1984: 116; JACERING, 1991: 183; AGENS y LOKE, 1992: 202.

⁷⁴ La carga subjetiva se identifica claramente en la literatura alemana; véase MURRAY y

los efectos de aclarar que se aplica en el curso del proceso, más que en el momento de la adopción de la decisión final.⁷⁵

En los sistemas de *common law*, la distinción entre la carga de la prueba y la carga de presentación de pruebas fue enunciada por THAYER en 1898.⁷⁶ La carga de presentar las pruebas «no es una necesidad lógica del proceso» y «es producto del juicio con jurado».⁷⁷ Su principal función se vincula con la necesidad de establecer, al comenzar el proceso, si existen condiciones suficientes para presentar la causa ante el jurado: la principal condición es que las partes aporten suficientes medios de prueba en apoyo de sus pretensiones. Si una parte tiene la carga de presentar las pruebas y no cumple con esa condición, pierde el caso de forma inmediata y no se inicia el juicio por jurado.⁷⁸ Esa carga corresponde a un enfoque teórico — presente sobre todo en la bibliografía estadounidense especializada — que toma muy en consideración la dinámica de las tácticas probatorias de las partes. En ese contexto, la carga de presentar pruebas ayuda a entender paso a paso la situación probatoria de una de las partes en comparación con la situación probatoria de la otra.⁷⁹ Sin embargo, la distinción entre carga de presentación de pruebas y carga de persuasión (o carga de la prueba en sentido estricto) puede parecer mucho más débil cuando se observa que las cargas de presentación dependen de las cargas de persuasión.⁸⁰

La situación es otra en los sistemas de *civil law* debido a la diferente estructura del proceso. Por un lado, a menudo el juez tiene facultades importantes para ordenar de oficio la presentación de pruebas (véase *supra* § 84). En consecuencia, hablar de una carga de presentación de pruebas en el curso del proceso puede parecer irrelevante, aunque el papel de las partes en la presentación de las pruebas es muy importante. Por otro lado, cuando el juzgador valora la prueba en el momento de tomar la decisión final, su único problema es determinar qué hechos han sido probados y cuáles no. Cuando se prueba un hecho, no importa «quién» haya presentado las pruebas sobre ese hecho.⁸¹ Por ello,

STORNER, 2004: 267; GNEHLING, 1986: 35; MUSTERAK y STADLER, 1984: 116; MUSTERAK, 1975: 36; PROTTING, 1983: 1, 6, 8, 23, 36, 39; JAEGERING, 1991: 183; ARENS y LÖKE, 1992: 202.

⁷⁵ Respecto de la literatura alemana, véase la nota anterior. Respecto de la literatura de los sistemas de *common law* véanse CROSS y TAPPER, 1990: 113, 120; JAMES, HAZARD y LEUSDORF, 1992: 340; LALLY, 1987: 47; FREUDENTHAL y SINGER, 1985: 265; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 102; GASKINS, 1992: 21; SCHWENING, 1969: 64, 68.

⁷⁶ Véase THAYER, 1969: 335; 1890: 45. Cf. también JAMES, HAZARD y LEUSDORF, 1992: 337; CROSS y TAPPER, 1990: 110.

⁷⁷ Cf. CROSS y TAPPER, 1990: 116; GIANNELLI, 2003: 49.

⁷⁸ Véase CROSS y TAPPER, 1990: 113, 120; JAMES, HAZARD y LEUSDORF, 1992: 340; LALLY, 1987: 47; FREUDENTHAL y SINGER, 1985: 265; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 106.

⁷⁹ Un análisis de las diversas situaciones probatorias de las partes puede verse en LALLY, 1987: 51.

⁸⁰ Cf., e. g., ALLEN, 1993: 634; ZUCKERMAN, 2003: 650.

⁸¹ Cf. TARUFFO, 1995: 72, 73; KILMANOVICH, 1996: 79.

una carga de presentar pruebas no afectaría significativamente la decisión del tribunal. En realidad, cada parte tiene un claro interés en satisfacer la carga de la prueba que le fue asignada para ganar el caso, pero no implica que esté interesada en satisfacer cualquier carga «subjetiva» o «procesal». Cuando no se han presentado pruebas suficientes, la parte que tenía la carga de probar el hecho perderá, pero sólo porque no se ha satisfecho la carga «de prueba», no la carga de presentar pruebas. Si, por el contrario, las pruebas presentadas por la otra parte u ordenadas de oficio por el juez han probado un hecho, la parte que tenía la carga de probar los hechos ganará el caso, aunque no haya presentado ningún medio de prueba sobre ese hecho.⁸² En consecuencia, no existe ninguna carga real «subjetiva» de presentar pruebas.

105. *Cambios en las cargas probatorias.* Un aspecto muy importante de la carga de la prueba es que a veces la distribución real de esa carga entre las partes no se corresponde con el criterio general. Se usan diversos mecanismos para trasladar la carga de la parte que teóricamente debe probar un hecho a otra parte. De hecho, hay muchas excepciones al criterio general: la carga se suele «modificar» o «invertir» de diversas maneras.

Uno de los mecanismos utilizados para estos cambios es un posible acuerdo entre las partes realizado antes del inicio del proceso. Esta práctica se admite en Inglaterra⁸³, Alemania⁸⁴, Francia⁸⁵ y España⁸⁶, donde este tipo de acuerdos se suelen incluir en los contratos aunque no estén expresamente regulados por la ley. El artículo 2.698 del Código Civil italiano admite tales acuerdos siempre que versen sobre situaciones jurídicas disponibles para las partes en privado y que ninguna de ellas afronte dificultades excesivas al reclamar su propio derecho como consecuencia del acuerdo.⁸⁷

Un mecanismo que se utiliza con mucha mayor frecuencia para trasladar la carga de la prueba es la regulación de presunciones legales. Cuando el derecho «presume» un hecho que debería ser probado por una de las partes, la consecuencia es que esa parte queda liberada de la carga y la carga de probar lo contrario se traslada a la otra parte. Si esta parte logra probar lo contrario, ganará el pleito; si no, ganará la parte favorecida por la presunción.⁸⁸ Las presunciones legales son frecuentes en to-

⁸² En Italia, esa norma se conoce como *principio di acquisizione processuale*. Véase TARUFFO, 1995: 72. Para normas y conceptos similares véanse MONTERO AROCA, 2002: 83; HINOSTROZA MORALES, 2000: 56.

⁸³ Véase CROSS y TAPPER, 1990: 144.

⁸⁴ Conslitese, e. g., ARENS y LÖKE, 1992: 206.

⁸⁵ Cf. GHESTIN y GOUBEAUX, 1977: 460.

⁸⁶ Véase MONTERO AROCA, 2002: 101.

⁸⁷ Véase TARUFFO, 1995: 74; VERDE, 1974: 129; MICHEL, 1966: 244; PARTI, 1987: 181.

⁸⁸ En general, acerca de la función y el mecanismo de las presunciones legales, véase, por ejemplo, GIANNELLI, 2003: 53; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 110; JAMES, HAZARD y LEUSDORF,

dos los sistemas jurídicos. En algunos casos se basan en consideraciones políticas, ya que, en general, trasladar las cargas probatorias por medio de presunciones jurídicas es un mecanismo cuyo objetivo es asignar ventajas sociales, económicas y estratégicas entre las partes. En otras ocasiones se usan porque para una de las partes resulta demasiado difícil probar un hecho o porque se presume que un hecho ha ocurrido de la manera normal, de modo que sólo necesitan ser probadas las excepciones al curso ordinario de los acontecimientos; a veces la carga se trasladada a la parte que tiene un fácil acceso a las pruebas; otras se utiliza una presunción para liberar a la parte «débil» (como sucede, por ejemplo, en las causas laborales y de discriminación) y asignar a la parte «fuerte» la carga de probar lo contrario. En general, las presunciones legales se utilizan con el objetivo de facilitar la victoria de una de las partes relevándola de las cargas probatorias y trasladando la carga a la otra parte, como suele suceder en los procesos por daños, en los de negligencia profesional, de contaminación industrial y de venta de productos inseguros o peligrosos.⁹⁹

106. *Presunciones legales.* Dejando a un lado sus contenidos específicos, debe distinguirse entre presunciones legales «absolutas», «inderrrotables» o «concluyentes», por un lado, y presunciones «relativas» o «derrrotables», por el otro.¹⁰⁰ Las presunciones legales absolutas no admiten prueba en contrario y determinan finalmente una verdad formal sobre el hecho presunido, que es vinculante para el tribunal y para las partes. Sin embargo, las presunciones absolutas son relativamente poco frecuentes y se consideran normalmente como una manera de regular la cuestión sustantiva involucrada, más que la asignación de cargas probatorias.⁹⁹

Las presunciones relativas admiten prueba en contrario presentadas por la parte a la cual se ha trasladado la carga. Por lo tanto, sólo ofrecen al tribunal un tipo de «verdad provisional» que puede ser cancelada

1992: 347, 349; LILLY, 1987: 55; GRANHAM, 2003: 47; WRIGHT y GRANHAM, 1977-1989: vol. 21, 585; MURRAY y STORNER, 2004: 269; LEPOLD, 1966: 76; MUSIELAK y STADLER, 1984: 139; ROSENBERG, 1965: 216; TARUFFO, 1995: 76; PATTI, 1987: 101; FARRIBINI TOMBARI, 1991: 923; DENTI, 1992: 709; SAVA MEJERO, 1963-1964: vol. 1, 111; MONTERO AROCA, 2002: 99; 2000: 42; CHESTIN y GOUBAUX, 1977: 457; SICARO, 1960: 50; VERHEIDEN y JEANMART, 1991: 103.

⁹⁹ Es claramente imposible ofrecer aquí un análisis detallado de los diversos tipos de presunciones legales que existen en los distintos sistemas. Para la discusión de distintos tipos de presunciones véase la nota anterior. Consilience también CINDON y ZIVIZ, 1992: 757; WEGMANN, 1992: 797; VALLERONA, 1992: 809; TARUFFO, 1992b: 739, 745; 1992a: 483 (trad. cast.: 512); VALLERONA, 1988; FASTERIKH, 1990: 51, 62, 86; CMEHLING, 1986: 125, 149, 186; LANSBERG y LILLING, 1990: 2208; POZZO, 1991: 607, 615; TROIANO, 1991: 276; PATTI, 1990: 705.

¹⁰⁰ Esta distinción general es muy conocida en todos los sistemas jurídicos. Véase, e.g., GRANMILL, 2003: 64; LILLY, 1987: 57; MEILLER y KIRKENTRICK, 2003: 110, 112; GRANHAM, 2003: 59; LEIPERT, GROSS y LIEBMAN, 2000: 1295; GROSS y TAPPER, 1990: 128; SCHWERING, 1969: 139, 142; MUSIELAK y STADLER, 1984: 143; MUSIELAK, 1975: 82; PRETTING, 1983: 48; TARUFFO, 1995: 76; PATTI, 1987: 104; FARRIBINI TOMBARI, 1991: 918, 923; SICARO, 1960: 54; VERHEIDEN y JEANMART, 1991: 104.

⁹⁹ Cf., e.g., MUSIELAK y STADLER, 1984: 143; MUSIELAK, 1975: 82; PRETTING, 1983: 49; FARRIBINI TOMBARI, 1991: 922.

por la prueba en contrario. La mayoría de las presunciones legales son relativas. Se suelen considerar como mecanismos procesales cuyo objetivo es distribuir la carga de la prueba entre las partes y brindar al tribunal criterios a aplicar en la decisión final.⁹² Las presunciones relativas pueden funcionar de manera diferente dependiendo del tipo de carga probatoria acerca del que versen. En los sistemas de *civil law* operan como criterios para la decisión final sobre los hechos. Dado que en estos sistemas sólo funciona la carga «de la prueba» en sentido estricto (véase *supra* § 103), las presunciones determinan directamente la toma de decisiones: si no se prueba lo contrario, el caso se decide en favor de la parte aventajada por la presunción; si se prueba lo contrario, la otra parte se impone. La situación es diferente si estamos ante una carga «de presentar pruebas» (véase también *supra* § 104), ya que normalmente las presunciones tienen que ver con esta carga y no con la carga de persuasión (o carga de la prueba en sentido estricto).⁹⁵ En consecuencia, las presunciones legales se usan para gobernar las estrategias probatorias de las partes ante los tribunales: la decisión final dependerá del principio habitual de la carga de la prueba, a menos que existan disposiciones particulares que trasladen esta carga específica.⁹⁴

107. *Presunciones judiciales.* Las presunciones legales están reguladas por disposiciones expresas incluidas en códigos o leyes. Sin embargo, en muchos casos los tribunales hacen a un lado, modifican, adaptan o incluso subvierten las normas y los principios legales que determinan la carga de la prueba cuando resuelven causas específicas. En realidad, parece que a menudo los tribunales no se sienten vinculados por esas normas y principios; más bien parece que creen tener la facultad de manipular y ajustar discrecionalmente los criterios jurídicos que rigen la carga de la prueba. Por ello, muchas presunciones jurídicas son creadas por los tribunales sin ninguna vinculación a disposición legal alguna.⁹⁵ En los sistemas de *common law*, donde las facultades creativas de los tribunales son muy amplias, esto no es sorprendente,⁹⁶ hasta el punto de que la mayoría de las presunciones son de su creación.⁹⁷ Al-

⁹² Consilience las referencias indicadas *supra*, en la nota 90.

⁹³ Cf. la regla 301 de las *Federal Rules of Evidence*; SAUTZBURG, MARTIN y CARPA, 2002: vol. 1, 301-3; GRANHAM, 2003: 51; WRIGHT y GRANHAM, 1977-1989: vol. 21, 552; LILLY, 1987: 80; SAUTZBURG y REIDEN, 1977: 80; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 1, 301-1; MEILLER y KIRKENTRICK, 2003: 109; SCHWERING, 1969: 144.

⁹⁴ Para una tipología detallada de las presunciones referidas a estos tipos de cargas probatorias véase LEIPERT, GROSS y LIEBMAN, 2000: 1304.

⁹⁵ Cf., por ejemplo, MURRAY y STORNER, 2004: 268; MUSIELAK y STADLER, 1984: 144, 149, 163; GASKINS, 1992: 27, 47; CHESTIN y GOUBAUX, 1977: 460; TARUFFO, 1995: 77; VERGÉ, 1974: 135; PATTI, 1987: 109.

⁹⁶ Cf. SAUTZBURG, MARTIN y CARPA, 2002: vol. 1, 301-9. Sin embargo, según R. ALLEN (1993: 629), los tribunales estadounidenses suelen aplicar, en el juicio, normas jurídicas preexistentes y, por tanto, raramente cambian la carga probatoria durante el proceso.

⁹⁷ Véase KARAFY, 1987: 79, 94, 106, 137, 146. Manipular las cargas probatorias es una manera común de abordar los problemas sociales e incluso políticos; véase, en general, GASKINS,

gunas veces, estas presunciones se aplican de forma constante y se convierten en regulaciones permanentes, como, por ejemplo, en el caso de la presunción *res ipsa loquitur*, que se aplica en las demandas por negligencia.⁹⁸ La situación es, en cambio, diferente en los sistemas de *civil law*, donde son también frecuentes las presunciones creadas por los tribunales, pero este fenómeno puede ser criticado simplemente porque no hay ninguna disposición que les confiera la facultad de manipular cargas probatorias. Sin embargo, los tribunales usan diversas técnicas para crear presunciones. Una técnica «silenciosa» consiste en manipular las cargas o en decidir una causa sin aplicar estrictamente las reglas y sin enunciar expresamente que se tomó este tipo de decisión. Los tribunales italianos suelen usar esta técnica cuando crean las llamadas *presunzioni giurisprudenziali*.⁹⁹ Los tribunales alemanes, por su parte, emplean una técnica más compleja para manipular las cargas probatorias. Consiste en la creación de un nuevo tipo de pruebas llamado *Anscheinsbeweis* (algo así como «pruebas *prima facie*»). Se basan en la asunción de que, en algunos casos, una de las partes tiene sólo la carga de probar la «aparición» o la «verosimilitud» del hecho que sustenta su presunción, y no una carga real de presentar pruebas plenas y completas que demuestren ese hecho. Esta parte puede aducir algunos elementos de prueba circunstanciales o puede simplemente mostrar que el hecho corresponde a una «pauta típica» que suele ocurrir en ese tipo de situación. Esta apariencia de correspondencia de un hecho con el curso normal de acontecimientos se considera suficiente para trasladar a la otra parte la carga de probar lo contrario; esto es, demostrar que, en el caso específico, el hecho fue realmente diferente de lo que parece *prima facie*. El *Anscheinsbeweis* es utilizado con mucha frecuencia por los tribunales alemanes, principalmente, aunque no exclusivamente, en el ámbito del derecho de daños; sin embargo, una parte importante de la literatura jurídica alemana discute e incluso rechaza esta forma de tratar las cargas probatorias.¹⁰⁰

Las facultades discrecionales que los tribunales crean para sí mismos no son fáciles de explicar ni de justificar, en especial en los sistemas de *civil law*, en los que la carga de la prueba se regula específicamente mediante normas legales expresas. En realidad, es dudoso que los tribunales estén autorizados a utilizar estos mecanismos, silenciosos

⁹⁸ 1992: 23, 29, 47, 103. Para una valoración crítica de esta actitud de los tribunales ingleses véase PATTISON, 1988.

⁹⁹ Véanse GASKINS, 1992: 27; ALLEN, 1993: 630.

¹⁰⁰ Cf. TARUFFO, 1995: 77; VERDE, 1974: 142; 1992: 715. Un fenómeno similar se da en Colombia; al respecto véase FAJERGA, 2000: 270.

¹⁰¹ La bibliografía en este sentido es muy extensa. Véanse, por ejemplo, MURRAY y STRICKNER, 2004: 268; ROME, 1989: 95, 109, 121, 152; WALTER, 1979: 206, 214, 258; 1977: 270; HENNINGER, 1966; PAULOWSKI, 1954. Véanse también TARUFFO, 1992a: 483 [trad. cast.: 512]; 1995: 77; PATTI, 1987: 169.

o manifiestos, con el fin de modificar la regulación de situaciones jurídicas específicas. En algunos casos, una decisión tomada en aplicación estricta del derecho sustantivo y de las normas que regulan la carga de la prueba puede parecer injusta, pero cabe preguntarse si en esos casos se debe permitir a los tribunales prescindir de las normas existentes y crear su propia «norma sobre el caso», manipulando las cargas probatorias para adoptar decisiones que consideren «justas», en algún sentido de la palabra. De hecho, es dudoso que los tribunales tengan esa facultad de manipular el resultado sustantivo final de causas concretas, tras la apariencia de estar ajustando los criterios sobre las cargas probatorias. Realmente, más valdría que el derecho proveyera a los tribunales y a las partes de criterios generales con los que determinen decisiones consistentes y previsibles que no se basen exclusivamente en consideraciones *ad hoc* para el caso específico.¹⁰¹

¹⁰¹ Cf. MISSELACK, 1975: 84; MISSELACK y STODLER, 1984: 82; WALTER, 1979: 206, 214; VALLERONA, 1992: 336; TARUFFO, 1995: 77.

APÉNDICES

APÉNDICE I

PODERES PROBATORIOS DE LAS PARTES Y DEL JUEZ EN EUROPA¹

1. INTRODUCCIÓN

Un análisis adecuado del tema de los poderes del juez en los ordenamientos procesales europeos no puede realizarse en el breve espacio de un artículo. La exposición que sigue debe, por tanto, limitarse a destacar algunos de los aspectos más relevantes en determinados ordenamientos, presentando algunas consideraciones introductorias² y algunas consideraciones a modo de conclusión.

¹ Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de la Asociación Italiana de Investigadores sobre Proceso Civil, llevado a cabo en Cagliari el 7 y 8 de octubre de 2005, sobre el tema *Le prove nel processo civile*. Publicado originalmente en la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* vol. 60, núm. 2, 2006. Publicado previamente en castellano en *Doxa*, núm. 29, 2006.

² Traducción realizada por Raymundo GAMA LEIVA, con la revisión de Manuel ARTEZA ROBLES y Jordi FERRER BELTRAN.

³ Algunas consideraciones de fondo, asumidas como premisas del discurso que se irá desarrollando, pueden ser formuladas en términos sintéticos, sin que sea posible discutir ni justificar en este lugar su fundamento. Una de estas consideraciones se refiere a la ausencia de implicaciones necesarias entre la adopción del principio dispositivo en sentido propio, o sustancial, y la opción consistente en no atribuir al juez ningún poder de instrucción autónoma. En efecto, existen numerosos modelos de proceso (sobre ellos véase *infra* apartado 2) que cumplen a cabalidad con el principio dispositivo y, por consiguiente, que atribuyen a las partes el poder exclusivo para iniciar el proceso y determinar su objeto, pero que, a pesar de ello, confieren al juez importantes poderes de iniciativa instructora. Una consideración adicional se refiere a la conocida distinción entre concepción «publicista» y concepción «privatista» del proceso civil. Al margen de que parece que predomina la primera de dichas concepciones en todos los ordenamientos modernos, se trata de una distinción que parece irrelevante en lo que se refiere al tema de los poderes de instrucción del juez. Ciertamente, si únicamente se entendiera el proceso civil como un método de

Una primera observación es de carácter terminológico y se refiere al uso del término «inquisitorio». Este término está tan cargado de implicaciones retóricas que puede convertirse en un término confundente o —en el mejor de los casos— inútil. Las implicaciones retóricas se producen por ser utilizado habitualmente —evocando de manera más o menos explícita el espectro de la Santa Inquisición, en cuyos procesos la persona investigada no tenía ningún poder de defensa frente a un tribunal omnipotente— con la finalidad de generar una valoración negativa sobre todo aquello a lo que viene referido. El término «inquisitorio» es, pues, confunde porque nunca ha existido, ni existe tampoco en la actualidad en ningún ordenamiento un proceso civil que pueda considerarse verdaderamente como inquisitorio: esto es, en el que las partes no tengan derechos o garantías y todo el proceso sea llevado de oficio por el juez. Por otra parte, no es casual que la tradición contraposition entre proceso *adversarial* y proceso *inquisitorial* se considere carente de validez en el plano de la comparación entre modelos procesales.³ Por estas razones parece particularmente útil una operación de terapia lingüística a fin de dejar de utilizar el término «inquisitorio», al menos para referirse al proceso civil. Conviene hablar, más bien, de *modelos mixtos* para referirse a aquellos ordenamientos procesales —que actualmente son bastante numerosos— en los que se prevén poderes de instrucción más o menos extensos del juez, junto con la plena posibilidad de las partes de aportar todas las pruebas admisibles y relevantes para la determinación de los hechos.⁴

Otro punto preliminar particularmente importante se refiere a la cuestión de si los poderes de instrucción del juez pueden considerarse como un problema *político*: es decir, si la atribución de poderes de iniciativa instructora implica la aceptación de una ideología política antiliberal y sustancialmente autoritaria o incluso totalitaria. La cuestión no es nueva⁵, y ha sido objeto de discusiones recurrentes en la doctrina del proceso civil. Sin embargo, recientemente ha tenido un *revival*, especialmente en Italia⁶ y España⁷, pero también en otros lugares⁸, por lo que resulta oportuno realizar algunas consideraciones al

respecto. No es posible examinar aquí todas las versiones y variantes de la tesis en cuestión: sustancialmente, dicha tesis afirma que la presencia de un juez dotado de poderes de instrucción autónomos sería uno de los indicadores seguros de que nos encontramos en un sistema autoritario, mientras que un sistema auténticamente liberal no debería atribuir al juez ningún poder de iniciativa instructora. No está claro, en los términos en que usualmente se afirma esta tesis, si se entiende que sería autoritario y antiliberal *el proceso* en el cual el juez dispusiera de poderes de instrucción, o si se debe considerar como autoritario, totalitario y antiliberal también *el sistema político* en el que tales poderes estuvieran atribuidos al juez civil. En la primera hipótesis, todo el discurso corre el riesgo de reducirse a un juego circular de definiciones: ciertamente, se puede estipular convencionalmente llamar «autoritario» al proceso en el cual el juez tenga poderes de instrucción, y llamar «liberal» al proceso en el cual el juez esté privado de tales poderes.⁹ Este segundo uso lingüístico es bastante común, aunque puede sonar incongruente definir de una manera simplista como «liberal» un proceso caracterizado por el monopolio de los medios de prueba por las partes, dado que un proceso de estas características podría ser «antiliberal» desde otros puntos de vista, al no asegurarse, por ejemplo, la independencia del juez.¹⁰ El primer uso lingüístico es todavía más incongruente porque un proceso en el que el juez disponga de poderes de instrucción no implica un «autoritarismo» procesal, siendo posible configurar tales poderes como puramente suplementarios y complementarios respecto a los de las partes, y pudiendo el juez desempeñar un papel secundario, o marginal, en la recolección de las pruebas.¹¹ Por otro lado, como ocurre a menudo, el juez puede dejar de ejercer dichos poderes, con lo cual realmente no tendría una gestión autoritaria de la instrucción probatoria. En cualquier caso, esta manera de utilizar el lenguaje no es del todo neutral, en virtud de la valoración negativa que conlleva utilizar el término «autoritario» referido al proceso en el que el juez esté dotado con poderes de instrucción y la valoración positiva que conlleva utilizar retóricamente el término «liberal» referido a un proceso en el que el juez esté privado de tales poderes.¹² Se trataría, por tanto, de un juego de definiciones es-tipulativas que no es particularmente útil, pero tampoco inocuo: en todo caso es oportuno no utilizar definiciones de este tipo, ya que son fuente de confusiones y malentendidos.

³ La circularidad del argumento es evidente: si se parte de la premisa de que es autoritario el proceso en el que el juez dispone de poderes de instrucción, se sigue que si un juez dispone de poderes de instrucción, entonces el proceso en cuestión es autoritario.

⁴ Es el caso del ordenamiento italiano del año 1865, en el cual, junto a un código procesal «liberal», existe un ordenamiento judicial que somete a la magistratura a las influencias del poder político (cfr., también para indicaciones ulteriores, TARUFFO, 1980: 138 ss.).

⁵ En este sentido, cfr. COMOGGIO, 1996: 57 ss.

⁶ En sentido análogo, cfr. GIZKALAN, 2004: 149 ss.

³ Cfr., en particular, DAMASKA, 1991: 34; TARUFFO, 2002: 73 ss. [trad. cast.: 72 ss.].

⁴ Así, por ejemplo, COMOGGIO, 2004b: 185 ss., 350 ss.; 1996: 59 ss.

⁵ Cfr., en efecto, CAVALLONE, 1991: 44 ss., 83 ss.

⁶ Cfr., en particular, CIRIACI, 1995: 969 ss.; 2003a: 39 ss.; 2002: 1243 ss.; 2003b: 455 ss.

⁷ Cfr., también MONTELEONE, 2003: 575 ss.; 2005: 2000: XI ss., 10 ss., 328 ss.

⁸ Cfr., en particular, MONTEIRO AROCA, 2004: 552 ss. (al respecto véase la apostilla de VERDE, *ibid.*: 580 ss.); 2001a: 262 ss.; 2001b (al respecto véanse los comentarios de VERDE, 2002: 676 ss.).

⁹ Cfr., por ejemplo, ALVARADO VIALOSO, 2004.

La segunda de las hipótesis mencionadas anteriormente, es decir, aquella según la cual habría una conexión directa entre la presencia de poderes de instrucción del juez y la naturaleza autoritaria del sistema político en el que tales poderes estuvieran previstos, parece tener un contenido más serio y exigente, por lo que requiere algunas consideraciones ulteriores. La manera en que usualmente se presenta esta hipótesis genera perplejidades por varias razones, relativas especialmente a la falta de una teoría política creíble y suficientemente articulada. Por ejemplo, no se distingue a menudo entre los diversos tipos de regímenes políticos que, en cada caso, se califican como autoritarios, tratando conjuntamente cosas diferentes como el fascismo, el comunismo, el socialismo¹³, el Estado asistencial e intervencionista, el Estado social y otros por el estilo. De este modo, la calificación de «autoritario» resulta tan vaga y genérica que resulta sustancialmente carente de sentido¹⁴. Por otra parte, no se distingue tampoco entre los distintos tipos de liberalismo, con lo cual no se entiende si se habla de la concepción de Nozick, de Rawls¹⁵, de Matteucci, de Malagodi o de cualquier otro exponente de la teoría política liberal. En realidad, quienes sostienen esta posición no se interesan por la teoría política y mucho menos se preocupan por definir los conceptos políticos que emplean¹⁶. Sin embargo, resulta claro cuál es el tipo de sis-

¹³ Cfr., por ejemplo, Montzoro Arocca (2001b: 54), quien coloca en el mismo plano la *Zivilprozessordnung* austriaca de 1895, definida como «antiliberal y autoritaria» debido a su inspiración genéricamente socialista, los códigos procesales de los países comunistas y el Código italiano de 1940, definido de manera apodictica como «trípticamente fascista, inmerso en esa concepción política». En lo que concierne al Código austriaco, es cierto que atribuyó importantes poderes de dirección formal y material del proceso al juez (véase, por todos, Ratsberger-Gia y Kober, 2004; xviii ss.); sin embargo, falta por determinar si la concepción de la función social del proceso típica de Klauz fue verdaderamente autoritaria, como considera Cipriani (1995: 977 ss.), o bien si simplemente estuvo orientada a la creación de un instrumento procesal rápido y eficiente (respecto a las orientaciones políticas y culturales de Klauz véase, en todo caso, a Consolo, 2004: xvi ss.). En cuanto al origen del Código austriaco del año 1895, Cipriani (1995: 975 ss.) considera que éste deriva directamente de un modelo de proceso «claramente antiliberal y autoritario» como el previsto en el Reglamento de Giuseppe II en el año 1781. No parece que esta valoración esté fundada. En realidad, tanto el reglamento «Giuseppino», como el posterior «galiziano», no seguían en absoluto un modelo basado en los poderes del juez; por el contrario, todas las iniciativas procesales se dejaban a las partes, mientras que el juez tenía un papel indiscutiblemente pasivo (véase más ampliamente Taruffo, 1980: 38, y respecto al reglamento «galiziano» entrado en vigor en la Italia del norte en el año 1815, 2003b: xiv, xvii). En sentido análogo cfr. Sprung (1979: 31), quien define como «liberal» el proceso en cuestión. Por tanto, si fuese verdadero, como afirma Cipriani, que el Código de 1895 deriva directamente de estos precedentes, habría que concluir que se trata de un código sustancialmente liberal. Por el contrario, lo cierto es que ese código no deriva en absoluto de los Reglamentos citados, precisamente porque atribuye al juez un papel activo en la conducción del proceso y en la adquisición de las pruebas que aquellos no prevén.

En cuanto a la pretendida naturaleza fascista del Código Procesal italiano véase *infra* apartado 2.

¹⁴ Para confirmar la imposibilidad de hablar genéricamente de liberalismo, sin mayores precisiones, se pueden recordar las críticas que un hiperliberal como Nozick dirige a un liberal

como Rawls; cfr. al respecto, también para mayores referencias, Garçambella, 1999: 45 ss.

¹⁶ Para una crítica análoga, cfr. Otáza, 2002: 220.

tema objeto de sus preferencias: éste es — genéricamente — el de los sistemas del siglo XIX en los que estaban vigentes las concepciones del proceso civil típicas del individualismo propietario¹⁷, con la exaltación de la autonomía de las partes como valor absoluto y prioritario, a cumplir a cualquier costo y a privilegiar respecto de cualquier exigencia de funcionalidad y de eficiencia del procedimiento¹⁸.

Por lo demás, no se tiene en cuenta que la contraposición fundamental, como se desprende de la obra clásica de Neumann, no es entre liberalismo y autoritarismo, sino entre Estado democrático y Estado autoritario¹⁹. La diferencia es importante porque han existido sistemas políticos que se inspiraban en determinados aspectos de la ideología liberal pero que ciertamente no podían definirse como democráticos. La Italia de la segunda mitad del ochocientos a la que hacen referencia algunos defensores del *revival* era en ciertos aspectos «liberal», especialmente en el ámbito de la justicia civil, dado que el juez que se configuró en el Código Procesal de 1865 era sustancialmente pasivo y no disponía de poderes de instrucción autónomos²⁰. Sin embargo, el régimen de la época no era ciertamente democrático, dado que — por mencionar uno sólo de sus aspectos — el derecho de voto correspondía solamente a un porcentaje reducido de ciudadanos varones. Por otro lado, han existido varios regímenes autoritarios en los que el proceso civil se basaba en el monopolio de las partes respecto de la conducción del proceso y de la disponibilidad de los medios de prueba: basta pensar en el Código napoleónico del año 1806²¹, que serviría después como modelo de numerosas codificaciones del siglo XIX; en el Reglamento procesal austriaco del año 1815²²; en la Italia fascista, donde hasta el año 1942 permaneció en vigor el Código «liberal» de 1865, o en la España franquista, en la que permaneció en vigor la «liberal» Ley de Enjuiciamiento Civil del año 1881. Por el contrario, existen numerosos sistemas democráticos en los cuales el juez dispone de amplios poderes de instrucción, como ocurre, por ejemplo, en Francia, Suiza y Alemania²³. En síntesis: es cierto que algunos sistemas que se inspiraron en la ideología liberal clásica produ-

¹⁷ No es casual que uno de los defensores del planteamiento que se discute en el texto considere que el proceso civil está relacionado principalmente con la propiedad; cfr. Montzoro Arocca, 2001a: 262.

¹⁸ En lo que se refiere a España, cfr., por ejemplo, Montzoro Arocca, 2001b: 29 ss., con referencias a las codificaciones españolas del siglo XIX. A propósito de Italia, véase *infra* en el texto.

¹⁹ Cfr. Neumann, 1973: No es casual que Neumann no haga referencia alguna al tema de los poderes del juez al delimitar las características del Estado democrático y el Estado autoritario, ni siquiera cuando discute la función de la magistratura en Montesquieu y en las experiencias políticas posteriores (1973: 240 ss.).

²⁰ Cfr. Taruffo, 1980: 114 ss., 117, 119; 2005a: 91.

²¹ Obsérvese correctamente Oréiza (2002: 218) que Napoleón tenía una concepción imperial que, no obstante, no le impidió realizar una legislación de inspiración liberal.

²² Cfr. Taruffo, 2003b: xiii ss.

²³ Véase *infra* apartado 2.

jerón ideologías procesales basadas en la presencia de un juez pasivo y en la reserva para las partes del monopolio de todos los poderes procesales y probatorios: es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en los Estados Unidos con la configuración del *adversarial system of litigation*²⁴, en Italia con la codificación procesal del año 1865²⁵ y en prácticamente todas las codificaciones procesales del siglo XIX. No es cierto, en cambio, que *solamente* los regímenes *soi-disans* liberales tengan o hayan tenido sistemas procesales con un juez carente de poderes de instrucción. Por el contrario, es verdad que algunos regímenes autoritarios, como el soviético²⁶, han extendido de forma considerable los poderes de instrucción del juez, pero también es verdad que *no todos* los regímenes autoritarios lo han hecho, como lo demuestran los ejemplos mencionados de la Italia fascista, la Alemania nazi y la España franquista. También es verdad, por otra parte, que muchos regímenes no autoritarios — como se verá — han introducido importantes poderes de iniciativa instructora de oficio. El hecho es que se han introducido poderes de instrucción del juez en *algunos* regímenes autoritarios y en *muchos* regímenes democráticos cuando estos últimos han abandonado la ideología liberal clásica para seguir ideologías más evolucionadas en las que se configura un papel activo del Estado en el gobierno de la sociedad. Si estas ideologías son o no autoritarias es — una vez más — un problema de definiciones o — si se toma en serio — un problema de teoría política que no puede ser afrontado adecuadamente en este lugar: en todo caso, sigue siendo paradójica la tesis según la cual existirían sistemas democráticos que admiten modelos de proceso civil de carácter autoritario.

Este tipo de consideraciones generales serían probablemente suficientes para demostrar que ecuaciones del tipo «poderes de instrucción del juez = régimen autoritario» y «juez pasivo = régimen liberal» son vagas y genéricas y se reducen a eslóganes polémicos carentes de valor científico²⁷. No obstante, dado que estas ecuaciones corresponden a actitudes bastante difundidas, vale la pena verificar si tienen algún fundamento desde un punto de vista comparado e histórico.

2. TIPOLOGÍA DE LOS PODERES DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ

Limitando el análisis a los principales ordenamientos europeos, conviene distinguir al menos tres tipos de enfoques legislativos respecto del problema de los poderes de instrucción del juez:

²⁴ Cfr. TARUFFO, 1979: 259 ss.

²⁵ Véase *supra* n. 19.

²⁶ Véase *infra* apartado 2.

²⁷ Algunas de las reacciones críticas suscitadas por el planteamiento del que se habla en el texto se plantean sustancialmente en este sentido. Cfr., en particular, BARROSO, MOREIRA, 2005: 13 ss.; PARRA QUILIANO, 2004: 9 ss.; SIMONS PINO, 2005: 815 ss.; OTEIZA, 2007: 216 ss.

a) Un primer modelo está representado por los ordenamientos en los que el juez cuenta con un *poder general* para disponer de oficio la adquisición de las pruebas, no propuestas por las partes, que considere útiles para la determinación de los hechos.

En este punto, sin embargo, hace falta introducir una distinción adicional, indispensable ya sea desde una perspectiva sistemática o desde un punto de vista ideológico. En efecto, es necesario precisar si el juez tiene un *deber* de recabar de oficio todas las pruebas relevantes, o bien si tiene simplemente el *poder* de proceder en este sentido:

1) La primera situación era típica de los ordenamientos de tipo soviético, en los que — en homenaje a una peculiar concepción filosófica de la verdad derivada de la doctrina del materialismo dialéctico y a una teoría del proceso en la que la decisión judicial debía fundarse en la verdad «material» de los hechos — se imponía al juez el *deber* de investigar de oficio dicha verdad. Incluso se preveía la nulidad de las sentencias en las cuales no se hubiese averiguado la verdad material²⁸.

2) La segunda situación, es decir, aquella en la que el juez tiene un *poder discrecional general* para disponer de oficio la adquisición de pruebas no propuestas por las partes, está presente en varios ordenamientos de tipo no soviético. Un caso particularmente interesante es el de Francia, donde el artículo 10 del *Code de procédure civile*, ubicado en la parte referida a los *principes directeurs du procès*, establece que el juez «a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles». Se trata evidentemente de un poder discrecional y no de un deber: sin embargo, el juez francés tiene la posibilidad de disponer la adquisición de todos los medios de prueba admisibles que considere útiles para establecer la verdad de los hechos, yendo más allá de las propuestas de las partes²⁹. De acuerdo con la tesis antes señalada, es-taríamos en presencia de un sistema claramente autoritario, e incluso fuertemente autoritario, dada la extensión general de los poderes de instrucción atribuidos al juez: sin embargo, una tesis de este tipo parece evidentemente absurda. En el ámbito del proceso, en efecto, el legislador francés no solamente cumple rigurosamente con el principio dispositivo (cfr., por ejemplo, los arts. 1, 4 y 5 del Código)³⁰, sino que cumple de manera particularmente intensa con el principio de contradicción (cfr. los arts. 14 y 16)³¹ y con una tutela de los derechos de las partes más amplia

²⁸ Sobre esta concepción y sus implicaciones filosóficas, cfr. DIENI, 1989: 66; TARUFFO, 1970: 139 ss. (también para ulteriores indicaciones bibliográficas). Cfr. además GARRIC, 1976: 11, 19.

²⁹ Cfr., por ejemplo, FERRAND, 2005: 27 ss.; CADOT y JEULAND, 2004: 437 ss.; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 541; CORNU y FOYER, 1996: 450.

³⁰ Cfr., por ejemplo, FERRAND, 2005: 9; CADOT y JEULAND, 2004: 397 ss.; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 514 ss.; CORNU y FOYER, 1996: 438 ss.

³¹ Cfr., por ejemplo, FERRAND, 2005: 9; CADOT y JEULAND, 2004: 374 ss.; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 543 ss.; CORNU y FOYER, 1996: 466 ss.

que la que existe en muchos otros ordenamientos, incluso en el italiano. Por otro lado, el poder atribuido al juez francés de disponer de oficio la adquisición de todas las pruebas admisibles forma parte de una tendencia más general, históricamente destacable en Francia, en el sentido de acentuar el papel del juez en el proceso civil³², que sin embargo no parece haber conducido a resultados autoritarios³³, sino que más bien parece indispensable para realizar una gestión eficiente del proceso civil³⁴. Por otra parte, se trata de un poder *discrecional*, que el juez es indiscutiblemente libre de no usar si no advierte la necesidad o la oportunidad de ello. Es más, parece que los jueces franceses raramente lo utilizan³⁵, probablemente porque — como ciertamente ocurre en todos los sistemas procesales — las partes son activas al proponer todas las pruebas que necesitan para la determinación de los hechos, haciendo superflua la intervención del juez. No es casual que los manuales franceses — que no son sospechosos de simpatías autoritarias — dediquen una escasa atención al tema de los poderes de instrucción del juez³⁶. Frente a una norma como la del artículo 10, situada en el contexto global de la justicia civil francesa, parece difícil pensar que en los últimos treinta años — es decir, a partir de la entrada en vigor del *Code de procédure civile* — Francia haya sido un régimen autoritario³⁷.

Del mismo modo, es difícil pensar que en los últimos sesenta años lo haya sido Suiza, donde el artículo 37 de la Ley procesal federal de 1947 prevé que el juez pueda ordenar pruebas no propuestas por las partes³⁸.

Surge a continuación otra complicación, derivada del hecho de que en varios ordenamientos procesales el juez tiene escasos poderes de instrucción, o no tiene ninguno, en el proceso ordinario, mientras que dispone de amplios poderes de iniciativa instructora en algunos procesos especiales. Es lo que ocurre — naturalmente — en el proceso laboral en Italia y también en varios procesos especiales en España³⁹. En estos casos se necesitaría pensar que el ordenamiento procesal — y también el correspondiente sistema político — están afectados por alguna forma de

³² Cfr., por ejemplo, VINCENT Y GUINCHARD, 1991: 306 ss. (se omite tratar este punto en las ediciones más recientes), y en particular la obra clásica de NORMAND, 1965: 385 ss.

³³ En el *Code de procédure civile* se advierte más bien una solución de compromiso que atenua la tradición radicalmente liberal, combinando los poderes de las partes con la función del juez, que es promover la justicia con la obtención de la solución más correcta de la controversia. En este sentido cfr. CAHIER, 1999: 316.

³⁴ Cfr., por ejemplo, FERRAND, 2005: 30 ss.

³⁵ Cfr. BEAUBATIF, 1986: 489 ss.

³⁶ En la edición del año 2003 de uno de los principales manuales franceses (o sea, VINCENT Y GUINCHARD, 2003) se dedican a este punto siete líneas en la p. 541 y una línea y media en la p. 809.

³⁷ En sentido análogo, cfr. BARROSA MOREIRA, 2005: 18.

³⁸ Cfr. BARROSA MOREIRA, 2005: 17.

³⁹ Cfr., al respecto, LUCHI Y PICÓ I JURNOY, 2003: 67 ss. Del mismo modo, en el proceso laboral español el juez dispone de amplios poderes de instrucción con las diligencias para mejor proveer previstas en el artículo 88 de la Ley de procedimiento laboral de 1990.

esquizofrenia, siendo liberales y autoritarios al mismo tiempo y en sectores diversos de la justicia civil.

b) Un segundo modelo, en el cual se inspiran la mayor parte de los ordenamientos actuales — entre los que se puede poner como ejemplo a Italia y Alemania —, prevé que el juez disponga de *algunos* poderes de iniciativa instructora. Naturalmente estos poderes pueden ser más o menos numerosos o más o menos amplios dependiendo del caso. Sin embargo, hay una clara tendencia al incremento de los poderes de instrucción del juez que se manifiesta también en Italia, por ejemplo, con la reciente introducción del artículo 281 *ter*⁴⁰.

No es éste el lugar para extenderse sobre la naturaleza autoritaria o no autoritaria del proceso civil italiano. Quisiera únicamente insistir en la idea que expresé años atrás⁴¹, y que aún hoy me parece adecuada, según la cual el Código procesal civil no era en absoluto un código «fascista», salvo algunos tropiezos retóricos que — quizás inevitablemente, dado que se trataba del año 1940 — estaban presentes en la *Relazione*⁴². Frente al principio de disponibilidad de las pruebas previsto en el artículo 115, y del reconocimiento del principio dispositivo por parte de normas como los artículos 99, 101 y 112, la atribución de algunos poderes de instrucción al juez fue modesta, limitada y ciertamente no llegó al extremo de hacer del juez el *dominus* absoluto y autoritario de la determinación de los hechos, como ha demostrado claramente la experiencia práctica de las décadas siguientes. En cuanto a las reformas más recientes, como la del año 1998 que introdujo el artículo 281 *ter*, no se puede decir que hayan transformado el sistema procesal, vulnerando los derechos de las partes y dejándolos a merced de un juez inquisidor.

El juez alemán está dotado tradicionalmente de una gama bastante amplia de poderes de instrucción: sustancialmente, puede disponer de oficio de todos los medios de prueba, con la única excepción de la prueba testimonial⁴³. Por otra parte, en el caso de que las partes no ha-

⁴⁰ En realidad, esta tendencia se manifiesta en Italia de manera muy esporádica y con efectos escasamente relevantes. Como observa correctamente COMARRO (2004b: 189, 1996: 62), las reformas del año 1990-1991 y del año 1995 no han seguido esta tendencia, mientras que sí había tenido una importante confirmación con la reforma del proceso del trabajo.

⁴¹ Cfr. TARUFFO, 1980: 255 ss., 286 ss.; análogamente VENDE (2002: 680, 683), quien considera que el código es moderadamente autoritario, pero que indiscutiblemente no es totalitario.

⁴² Con acierto destacaba SARTI (1947: 47) que podía ser fascista la *Relazione Grandi*, pero no el código. Para un reciente y esmerado análisis de la *Relazione Grandi*, orientado a demostrar que en ella había afirmaciones de tono fascista pero que no tuvieron, sin embargo, repercusión en el código, cfr. PAVAN, QUARANO, 2004: 51 ss. En sentido análogo, cfr. también ORTIZ-A, 2002: 217 ss. También CAPRANI (1997: 57 ss.) pone de manifiesto el carácter fascista del lenguaje utilizado en la *Relazione*, pero con el objetivo — de sobra advertido — de mostrar la influencia del régimen de la época. Esto no demuestra, sin embargo, que tal influencia se haya manifestado, además de en la *Relazione*, en los contenidos de la codificación procesal.

⁴³ Cfr., por ejemplo, MORAVY Y STRASNER, 2004: 264. Para una amplia exposición, aunque no tan reciente, cfr. BRIDGEMAN, 1968: 350 ss., 373 ss.

yan propuesto una prueba testimonial que el juez considere relevante, puede preguntarse si han considerado dicha posibilidad y por qué no lo han hecho⁴⁴, lo que puede inducir a las partes a proponer la prueba testifical que omitieron indicar. Los poderes de instrucción del juez alemán se incrementaron significativamente en el año 2001 con la introducción —en el § 142 de la *Zivilprozessordnung*— de la facultad de ordenar a las partes y a los terceros la exhibición de documentos a los que una de las partes haya hecho referencia y —en el § 144— de la facultad de ordenar la práctica de inspecciones de cosas⁴⁵. El juez alemán cuenta, por tanto, con un poder de iniciativa instructora *quasi general*. Se trata ciertamente de un juez muy activo, tanto en la dirección del proceso como en la gestión de la fase de instrucción. Esta función ha ido extendiéndose progresivamente y reforzándose en virtud de las diversas reformas introducidas en el transcurso del siglo XX. Dichas reformas han estado dirigidas a reducir gradualmente el monopolio exclusivo del proceso y de las pruebas por las partes, que estaba previsto en la formulación originaria de la *Zivilprozessordnung* del año 1877, y a confiar al juez la tarea de conducir el proceso de manera eficiente, atribuyéndole los poderes necesarios a tal efecto⁴⁶. No es posible recorrer aquí la compleja historia de las reformas procesales alemanas. Vale la pena subrayar, sin embargo, que se han llevado a cabo con independencia de la influencia de la ideología nacionalsocialista. Es cierto que el nazismo atribuyó al juez un papel central en la ideología del Estado, pero también es cierto que esto no afectó de manera directa y específica al tema de los poderes de instrucción del juez. Tampoco la reforma del año 1933, que incluyó considerablemente en la estructura del proceso civil, incorporó novedades relevantes en este ámbito y fue, en todo caso, consecuencia de líneas de reforma maduras con antelación, más que de la ideología nazi⁴⁷. No puede decirse, por tanto, que el nazismo haya determinado el tránsito de una concepción «pasiva» (esto es, «liberal») a una concepción «activa» (y, por tanto, «autoritaria») de la función del juez, puesto que esta transformación se había producido en gran medida con las reformas del período liberal anterior a la instauración del régimen nazi. De manera más específica, tampoco puede decirse que el nazismo produjera una ampliación de los poderes de instrucción del juez⁴⁸. Por otra

⁴⁴ Cfr. los §§ 273(2)(4) y 373 de la *Zivilprozessordnung*. Al respecto cfr., por ejemplo, BALMACH, LUTERBACH, ALBERS Y HARTMANN, 2005: 1075 ss., 1477 ss.

⁴⁵ Cfr. MURRAY Y STERNER, 2004: 242 ss., 244 ss.; BALMACH, LUTERBACH, ALBERS Y HARTMANN, 2005: 724 ss., 730 ss.; WALTER, 2005: 75 ss.; HANNICH, MEYER Y ENGERS, 2002: 190 ss. Sobre la historia de la reforma del año 2001, cfr. *ibid.*: 37 ss.

⁴⁶ Para consultar exposiciones sintéticas sobre esta evolución histórica, que tuvo sus primeros pasos importantes en las reformas de 1902 y 1903, cfr. GOTTWALD, 1999: 226 ss.; WALTER, 2005: 67 ss. Cfr., asimismo, BRÜGGEMANN, 1968: 53 ss., 61 ss.

⁴⁷ Sobre estos aspectos de las relaciones entre nacionalsocialismo y proceso civil véase BOMM, 2004: 623 ss., 627 ss., 639.

⁴⁸ En sentido análogo, cfr. BARROSA MOREIRA, 2005: 15.

parte, situándonos en tiempos más recientes, podría plantearse si la Alemania del año 2001, en la que se lleva a cabo una reforma que amplía significativamente dichos poderes, es un régimen autoritario que aspira a convertir al juez civil en la *longa manus* de un poder dictatorial en el proceso, de modo que el *Führerprinzip* no habría decaído nunca⁴⁹.

A propósito de los ordenamientos democráticos que atribuyen al juez algunos poderes de iniciativa instructora, es oportuno también trasladarnos por un momento más allá de los confines europeos⁵⁰ para hacer alusión a un ordenamiento especialmente importante (también desde la perspectiva de su ideología política subyacente), como es el caso del estadounidense. En efecto, vale la pena recordar que la regla 614(a) de las *Federal Rules of Evidence* atribuye al juez la facultad para disponer de oficio pruebas testimoniales no propuestas por las partes, mientras que la regla 614(b) le atribuye la facultad de interrogar a los testigos propuestos por las partes o llamados de oficio por el propio juez. Además, la regla 706 le atribuye la facultad para ordenar de oficio peritajes técnicos, designando a los expertos⁵¹. La primera facultad mencionada se ejerce en raras ocasiones⁵², aunque los jueces la utilizan cuando un testigo dispone de informaciones relevantes y ninguna de las partes lo llama a declarar, o bien cuando el juez no desea limitarse a la forma en que las partes han planteado la controversia⁵³. El poder para ordenar peritajes técnicos es utilizado más a menudo, principalmente con el objetivo de corregir las distorsiones que puedan provocarse por la utilización de los peritos de partes⁵⁴. En todo caso, se trata de poderes de instrucción de notoria importancia. Sin embargo, no hay duda de que el proceso estadounidense ha mantenido su intrínseco carácter *adversarial*⁵⁵, de la misma manera en que no parece que en el año 1975 —año de la introducción de las *Federal Rules*

⁴⁹ Podría formularse una duda análoga a propósito de las reformas que tuvieron lugar en los años 1902, 1909 y 1924 (sobre ello véase GOTTWALD, 1999: 227 ss.; WALTER, 2005: 68 ss.), es decir, en épocas anteriores a la instauración del régimen nazi.

⁵⁰ En todo caso vale la pena señalar que en distintos ordenamientos procesales extrajurídicos surge la tendencia a extender los poderes de instrucción del juez, totalmente al margen de cualquier opción ideológica en sentido autoritario. Este es el caso, por ejemplo, de Brasil (sobre el cual véase BARROSA MOREIRA, 2005: 19) y de otros sistemas de América Latina (sobre los que puede verse PARRA QUIRANO, 2004: 67 ss., 93 ss.).

⁵¹ Sobre estas normas cfr., por ejemplo, GRAHAM, 2003: 302 ss., 363 ss.; SALTZBURG, MARTIN Y CAPEA, 2002: vol. 3, 614-2, 706-3 ss.

⁵² Es más, se afirma que los jueces deberían ejercerla solamente en situaciones excepcionales, para no interferir con las actividades probatorias de las partes; cfr., por ejemplo, GRAHAM, 2003: 302; SALTZBURG, MARTIN Y CAPEA, 2002: vol. 3, 614-3.

⁵³ Cfr. SALTZBURG, MARTIN Y CAPEA, 2002: vol. 3, 614-2 ss.

⁵⁴ Cfr. GRAHAM, 2003: 364 ss.; SALTZBURG, MARTIN Y CAPEA, 2002: vol. 3, 706-3.

⁵⁵ En realidad, el carácter *adversarial* del proceso estadounidense depende de actitudes profundamente arraigadas en la cultura jurídica y social norteamericana, que impregnan todos los sectores del derecho. Al respecto cfr., en particular, KOGAN, 2001: 3 ss., 9 ss., 14 ss., 34 ss., 44 ss. Sobre el carácter *adversarial* de la justicia civil estadounidense y sobre los inconvenientes que derivan de ello véase, en particular, *ibid.*: 99 ss.

of Evidence—o en décadas posteriores. Estados Unidos se haya transformado en un sistema político autoritario.

c) Finalmente —y con esto llegamos al tercer modelo—, existen ordenamientos en los que no están previstos de manera expresa verdaderos poderes de iniciativa instructora por parte del juez, pero en los que, sin embargo, el juez desempeña un papel activo en la adquisición de las pruebas. Los ejemplos relevantes en este sentido son especialmente dos: el inglés y el español.

En Inglaterra, la tradición plurisecular disponía que el juez no ordena nunca la práctica de pruebas por iniciativa propia, sino que indicara a las partes las pruebas que considerase oportunas para que aquéllas las propusieran.⁵⁶ Las *Civil Procedure Rules* del año 1998 transformaron radicalmente el sistema procesal inglés, atribuyendo al juez amplios e intensos poderes para la dirección del proceso⁵⁷, pero en lo que se refiere a la adquisición de las pruebas no se han alejado de la mencionada tradición. Paradójicamente, pues, podría hablarse de un sistema procesal que se ha convertido en «autoritario» pero que no ha atribuido al juez poderes autónomos de iniciativa instructora. En las *Rules*, en efecto, no hay norma alguna que permita al juez ordenar de oficio la práctica de pruebas. No obstante, de acuerdo con la regla 32.1 el juez puede «*control the evidence*» indicando a las partes las cuestiones de hecho sobre las que requiere que se propongan pruebas, especificando el tipo de pruebas que deben proponerse y la manera en que deben practicarse en el juicio.⁵⁸ Por otra parte, con arreglo a la regla 32.4 el juez puede establecer si, y de qué manera, pueden llevarse a cabo declaraciones testificales por escrito.⁵⁹ conforme a la regla 32.5 puede, asimismo, autorizar al testigo para que amplíe el objeto de su declaración. Adicionalmente, hay otras normas que destacan a los efectos de definir la función del juez: así, por ejemplo, la regla 18.1(1) admite que el juez puede ordenar a las partes que proporcionen aclaraciones e informaciones adicionales, incluso sobre aspectos no contenidos en el *statement of case*⁶⁰; la regla 35.9 autoriza al juez a ordenar a una de las partes que proporcione información de la cual la otra parte no dispone, y la regla 35.15 autoriza al juez para nombrar *assessors* expertos cuando se trata de decidir sobre cuestiones que requieren conocimientos específicos.⁶¹

⁵⁶ Cf. VARANO, 1973: 255, quien recuerda, sin embargo (1973: 252), que el juez inglés dispone de la facultad para ordenar de oficio la práctica de pruebas testificales, aunque la utilice con muy poca frecuencia. Se considera, en general, que el juez puede llamar a un testigo por iniciativa propia, pero sólo si las partes lo aceptan; cf. TAPPIN, 2004: 308.

⁵⁷ Cf. PASSAVANTE, 2000: 1363 ss.; ZUCKERMAN, 2003: 34 ss.; ANDREWS, 2000: 19 ss.; 2003: 333 ss.

⁵⁸ Cf. ZUCKERMAN, 2003: 375 ss., 604, 663 ss.; ANDREWS, 2003: 778.

⁵⁹ Cf. ZUCKERMAN, 2003: 603.

⁶⁰ Cf. *ibid.*, 219; ANDREWS, 2003: 41.

⁶¹ Cf. ZUCKERMAN, 2003: 640.

El juez inglés cuenta, pues, con diversos poderes que podrían definirse como «de dirección y control» sobre la adquisición de las pruebas, cuya intensidad no es sustancialmente menor a la de los poderes de los que dispone la mayor parte de los jueces continentales. Por otro lado, dichos poderes se le han conferido en la línea de la tradición inglesa pero en el ámbito de un verdadero código de procedimiento civil que ha situado al juez en el centro del funcionamiento del proceso⁶², garantizando al mismo tiempo de una manera rigurosa la tutela de los derechos de las partes⁶³. Habría que preguntarse, pues, si repentinamente —y sin que nadie se haya percatado de ello— Inglaterra se convirtió en el año 1998 en un régimen político autoritario, bajo la guía de un ideólogo pelirrojo como Lord Harry Woolf.

España es también, en muchos aspectos, un «caso» interesante. Por un lado, un código típicamente liberal como la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 preveía en el artículo 240 las diligencias para mejor proveer, es decir, un poder de iniciativa instructora que podía utilizar el juez antes de la sentencia, en caso de que considerara necesario complementar las pruebas proporcionadas por las partes⁶⁴. La actual Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada en el año 2000, elimina dicho poder —reduciendo, por tanto, el ámbito de iniciativa del juez— y establece únicamente, en su artículo 435, una diligencia final en la que el juez puede disponer de oficio que se vuelvan a practicar pruebas practicadas en el proceso si su resultado no ha sido satisfactorio⁶⁵. No obstante, esto no implica que el juez español haya sido reducido realmente a un estado de total pasividad en lo que se refiere a la adquisición de las pruebas. En efecto, el artículo 429 de la LEC le atribuye la facultad de indicar a las partes la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente, cuando estime que las pruebas alegadas por las partes puedan resultar insuficientes para la determinación de los hechos⁶⁶. En tal caso, el juez indica a las partes los hechos que considera que podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria, pudiendo señalar también —sobre la base de lo que se desprende del expediente de la causa— qué pruebas deberían ser practicadas. Esta norma es el fruto de un compromiso entre tendencias diversas relativas a la definición de la función del juez en el proceso civil⁶⁷. Sin embargo, resulta interesante

⁶² Cf. ZUCKERMAN, 2003: 34 ss.; 2005: 148 ss.

⁶³ Cf. *ibid.*: 51 ss., 95 ss., 101 ss.

⁶⁴ Observa correctamente FARRÉN GUILLEN (2001: xxix ss.) que se trataba de un proceso de corte típicamente liberal, en el que se atribuía al juez un papel muy reducido, pero con un atractivo inquisitivo final, representado precisamente por las diligencias para mejor proveer.

⁶⁵ Cf. LUCH y PICO I JUNOY, 2003: 105 ss.; PICO I JUNOY, 2003: 418; VÁZQUEZ SORRIBO, 2000: 549 ss., quien critica decididamente el corte restrictivo de la norma en cuestión; en sentido igualmente crítico cf. DÍAZ FERNÁNDEZ (2004: 108 ss.), donde se habla de un retroceso de la legislación que termina con la eliminación —debida a una exageración del principio dispositivo— de un instituto procesal eficiente, y con la transformación del juez en una «esdrúgula inerte».

⁶⁶ Cf. LUCH y PICO I JUNOY, 2003: 43 ss.; PICO I JUNOY, 2003: 419 ss.; GIZMAN, 2004: 165 ss.

⁶⁷ Cf. LUCH y PICO I JUNOY, 2003: 33. Es indiscutible, no obstante, que el nuevo pro-

por lo siguiente: es cierto que prevé únicamente una especie de sugerencia que el juez dirige a las partes, pero también es evidente que dicha sugerencia está dotada de una importante fuerza persuasiva⁶⁸. Así pues, el juez español —al igual que el inglés y el alemán— tiene la posibilidad de hacer que las partes propongan las pruebas que él considere relevantes para la decisión. No obstante, es del todo claro que la LEC de 2000 no ha sido fruto de una visión autoritaria del proceso civil⁶⁹. Del mismo modo, resulta absurda la hipótesis de que en dicho año España tuviera un régimen político autoritario.

3. IMPLICACIONES IDEOLÓGICAS

Cuanto se ha dicho hasta el momento demuestra, mas allá de toda duda razonable, que no existe ninguna conexión entre la atribución al juez de poderes más o menos amplios de iniciativa instructora y la vigencia de regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos. El análisis comparado muestra, en efecto, que en los principales ordenamientos europeos —respecto a cuyo carácter democrático no es posible tener dudas sensatamente— se configura una función activa del juez en la adquisición de las pruebas relevantes para la determinación de los hechos. Podrá decirse que estos ordenamientos no se inspiran en una ideología liberal clásica, es decir, propia del siglo XIX, dado que en muchos de ellos el Estado asume un papel activo en numerosos aspectos de la vida social, pero éste es un problema distinto, que atañe en general a la función del Estado, tal como ha venido definiéndose en todos los ordenamientos modernos. Una vez más, no obstante, es imprescindible evitar confusiones conceptuales e ideológicas: es posible que un sistema no se inspire en la ideología liberal del siglo XIX sin que por ello deje de ser democrático, y sobre todo sin resultar autoritario o totalitario solamente porque atribuya al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas.

También para este fin es oportuno un uso preciso y riguroso de los conceptos: un juez potencialmente «activo» para complementar las iniciativas probatorias de las partes, dentro de un contexto procesal en el que estén aseguradas las garantías de las partes en el ámbito de un sistema político democrático, y un juez inquisidor en el marco de un sistema político y procesal de carácter autoritario, son cosas completamente distintas.

También para este fin es oportuno un uso preciso y riguroso de los conceptos: un juez potencialmente «activo» para complementar las iniciativas probatorias de las partes, dentro de un contexto procesal en el que estén aseguradas las garantías de las partes en el ámbito de un sistema político democrático, y un juez inquisidor en el marco de un sistema político y procesal de carácter autoritario, son cosas completamente distintas.

También para este fin es oportuno un uso preciso y riguroso de los conceptos: un juez potencialmente «activo» para complementar las iniciativas probatorias de las partes, dentro de un contexto procesal en el que estén aseguradas las garantías de las partes en el ámbito de un sistema político democrático, y un juez inquisidor en el marco de un sistema político y procesal de carácter autoritario, son cosas completamente distintas.

También para este fin es oportuno un uso preciso y riguroso de los conceptos: un juez potencialmente «activo» para complementar las iniciativas probatorias de las partes, dentro de un contexto procesal en el que estén aseguradas las garantías de las partes en el ámbito de un sistema político democrático, y un juez inquisidor en el marco de un sistema político y procesal de carácter autoritario, son cosas completamente distintas.

mente distintas⁷⁰. El primer caso se presenta —como se ha visto— en los ordenamientos procesales modernos, en los que se cumple con el principio dispositivo, las garantías de defensa y el principio de contradicción, pero en los que el juez dispone de poderes más o menos amplios de iniciativa instructora. El segundo caso, en realidad, no se presenta en ninguno de los ordenamientos europeos ni en la mayor parte de los ordenamientos extraeuropeos. La diferencia entre un juez «activo» y un juez «autoritario» se constata por el hecho de que la función «activa» del juez respecto a la adquisición de las pruebas se configura claramente como complementaria y supletoria respecto a la actividad probatoria de las partes, de modo que cuando éstas ejercen completamente su derecho a proponer todas las pruebas disponibles y, por tanto, proporcionan al juez elementos suficientes para la determinación de los hechos —como ocurre frecuentemente en la práctica— no hay ninguna necesidad de que el juez ejercite sus poderes. Sería completamente distinta una función inquisitoria y autoritaria de un juez que recabara las pruebas de oficio, por iniciativa propia y negando a las partes los derechos y las garantías que les corresponden en el ámbito del proceso. Sin embargo, no hay indicio alguno de una función semejante en los ordenamientos modernos.

Lo anterior no demuestra, sin embargo, que la atribución al juez de poderes de instrucción sea fruto de una opción exclusivamente «técnica» y carente de implicaciones ideológicas⁷¹. Por el contrario: decidir si deben atribuirse exclusivamente a las partes todos los poderes de iniciativa instructora, o si pueden o deben atribuirse al juez poderes de iniciativa instructora más o menos amplios, deriva de una elección de carácter sustancialmente ideológico. Sin embargo, las ideologías que están en juego no son las que inspiran las concepciones políticas generales dominantes en los sistemas en los que el legislador se ocupa de la cuestión. En particular, no se trata de un contraste entre ideologías vagamente «liberales» e ideologías genéricamente «autoritarias». El problema se ubica, en cambio, en un contexto ideológico mucho menos vago, que atañe a las ideologías sobre la función del proceso civil y la decisión con la que éste concluye.

Si se parte de la premisa, derivada de una elección ideológica determinada, de que la única función del proceso civil es la de resolver controversias, poniendo fin a los conflictos entre individuos privados⁷², se pueden extraer diversas consecuencias. Una consecuencia es que parece razonable dejar exclusivamente a las partes la tarea de gestionar a su voluntad la contienda procesal, y en particular la proposición de prue-

⁶⁸ Cfr., por ejemplo, SIMONS PINO, 2005: 825 ss.

⁶⁹ Para un examen crítico de esta opinión, cfr. CAVALLONE, 1991: 184 ss.

⁷⁰ Acerca de esta concepción del proceso cfr. ampliamente DANAŠKA, 1991: 173 ss. Cfr. también FRIS, 2003: 21 ss., 51 ss.

bas⁷⁵; por tanto, el juez se encuentra en la condición de un árbitro pasivo que juzgará exclusivamente sobre la base de los elementos de juicio que las partes le hayan proporcionado⁷⁴. Otra consecuencia es que hay una preocupación por la calidad de la decisión final: si lo que importa es que ésta sea el resultado directo del enfrentamiento individual de las partes, que ponga fin a la controversia, no importa el contenido de la decisión ni los criterios con los que ésta se formula⁷⁵. Esta situación se constata en el ámbito de la teoría de la llamada *procedural justice*, según la cual el proceso es justo esencialmente porque se basa en el libre juego de las partes en el ámbito de la contienda procesal, mientras que la justicia «procesal» prescinde del éxito del procedimiento, es decir, de la justicia «sustancial» de la decisión final: es más, la justicia de la decisión se hace depender exclusivamente de la corrección del procedimiento que la precede⁷⁶. Dado que estas teorías ubican en el proceso el criterio de justicia de la solución del conflicto, de modo que una decisión es justa únicamente si es la conclusión de un proceso equitativo (siendo equitativo sólo el proceso en el que las partes toman todas las iniciativas y el juez no toma ninguna), la consecuencia es que no existen criterios autónomos y específicos para determinar, por ejemplo, si una decisión es o no justa en sí, es decir, en función de los criterios con los que se ha resuelto el conflicto⁷⁷. Por otro lado, incluso respecto a la finalidad de poner fin a la controversia, la calidad de la decisión es irrelevante: las partes pueden decidir no continuar el litigio no porque la decisión sea justa, o sea percibida como tal, sino por las razones más variadas, especialmente cuando consideran —o cuando una de ellas considera— haber agotado todos sus recursos y energías en la contienda. Por tanto, puede ocurrir que se ponga fin a la controversia incluso cuando la decisión sea injusta y equivocada, y sea percibida como tal por las partes, pero éstas no tengan la voluntad o la posibilidad de reaccionar frente a ella.

Así pues, si se parte de una concepción en la que no importa la calidad de la decisión que concluye el proceso, ya que los valores y las exigencias que se toman en consideración prescinden completamente de ella, puede obtenerse como conclusión que la determinación de la verdad de los hechos tiende a considerarse como una cuestión prescindible, como un objetivo imposible de alcanzar o incluso como una eventualidad desagradable y contraproducente. «Un proceso dirigido a maximizar

⁷⁵ Cfr. DAMASKA, 1991: 207 ss.

⁷⁶ Cfr. *Ibid.*: 211, 233 ss.; FISS, 2003: 20.

⁷⁷ Cfr. DAMASKA, 1991: 236.

⁷⁸ Este es el planteamiento principal de las investigaciones de psicología de la justicia procesal que se han desarrollado en los últimos decenios, sobre todo en los Estados Unidos. Una útil reseña de estas investigaciones se encuentra en LINDO y TYLER, 1988: 30 ss., 39 ss., 110 ss.; cfr. también los ensayos reunidos en ROHR y MACHURA, 1997.

⁷⁹ En este sistema ocurre lo mismo que en el dueño: quien vence merece vencer (cfr. COOTNER, 1989: 316). Análogamente cfr. GIZZARD, 2004: 153.

zar el objetivo de la resolución de los conflictos no puede [...] aspirar al mismo tiempo a maximizar la corrección de la determinación de los hechos», afirma uno de los mayores estudiosos de estos problemas⁷⁸. Por otra parte, «el proceso de resolución de los conflictos es indiferente a cómo hayan ocurrido realmente las cosas» y, por tanto, no está interesado en conseguir una determinación verdadera de los hechos de la causa⁷⁹. Existen varios sujetos que —de manera más o menos consciente— adoptan alguna variante de este planteamiento: desde el abogado escéptico al absolutista desilusionado y al nihilista filosófico⁸⁰. Un aspecto importante del mismo se relaciona con el tema de los poderes de instrucción del juez. Siendo notorio, e históricamente confirmado⁸¹, que la manera menos eficiente para descubrir la verdad de los hechos en el juicio es limitarse exclusivamente a las iniciativas probatorias de las partes⁸², resulta evidente que quien asuma una posición de indiferencia absoluta respecto a la determinación de la verdad de los hechos tenderá a adoptar un sistema en el que las partes dispongan exclusivamente de todas las facultades de iniciativa instructora, sin que se le atribuya al juez ningún poder. En efecto, la teoría según la cual el proceso tiene como función exclusiva la resolución de conflictos está basada en una visión individualista que refleja un «sociologically impoverished universe» en el que importan únicamente los intereses y los objetivos privados⁸³. De ello se deriva que sólo los individuos privados pueden y deben desarrollar un papel activo en el proceso, y esto vale también para la iniciativa probatoria.

Por el contrario, es interesante destacar que si se parte de la premisa ideológica de que no se deben atribuir al juez poderes de iniciativa instructora, la conclusión es la necesaria renuncia a la idea de que en el proceso pueda alcanzarse —o deba buscarse— la verdad de los hechos. No es casual que uno de los autores que atribuyen al juez dichos poderes, y que, por tanto, es partidario de su eliminación, sostenga también que es necesario renunciar «humildemente» a la verdad en el ámbito del proceso⁸⁴. En conclusión, si no importa la determinación de la verdad de los hechos no hace falta dotar al juez con poderes de instrucción para permitirle determinar la verdad. A la inversa, si se comparan las razones ideológicas por las que se considera que no se deben conferir al juez dichos poderes, es coherente sostener que la verdad de los hechos no puede y no debe ser determinada en el juicio.

⁷⁸ Cfr. DAMASKA, 1991: 212.

⁷⁹ Cfr. *Ibid.*: 213.

⁸⁰ Para un análisis más amplio de estas actitudes cfr. TARUFFO, 1992c: 7 ss. [trad. cast.: 28 ss.].

⁸¹ Cfr. LANGBEIN, 2003: 352 ss.

⁸² Lo confirman también los análisis psicológicos; cfr. LINDO y TYLER, 1988: 114 ss.

⁸³ Cfr. FISS, 2003: 33 ss., 35, 51 ss.

⁸⁴ Cfr. MONTERO AROCA, 2001b: 109, 2002: 244, 248.

Estas tesis pueden criticarse desde muchos puntos de vista.⁸⁵ En todo caso, corren el riesgo — como suele decirse — de probar demasiado. Si la determinación de la verdad no interesa, y, por tanto, el proceso no debe estar orientado hacia este objetivo, y si tampoco importa la calidad de la decisión, es difícil comprender entonces por qué las partes y el juez deben perder tiempo en proponer y practicar las pruebas. Si la verdadera y exclusiva finalidad es poner fin a la controversia, existen vías más rápidas y eficaces para alcanzar este objetivo: lo eran las ordalías, que simplemente ponían fin al proceso eliminando a una de las partes, y lo sería también una extracción al azar, como alguien ha sugerido al menos para los casos difíciles⁸⁶ o bien lanzando una moneda.⁸⁷ Desde esta perspectiva, la instrucción probatoria — así como, por otra parte, el proceso por completo — desempeñaría únicamente una función residual: no sería otra cosa que una especie de representación ritual⁸⁸ que no se celebra porque se trate de un instrumento institucional que persiga administrar justicia, sino porque sirve para *hacer creer* a las partes y a la sociedad en general, que se ha hecho justicia, con la esperanza de que de ese modo las partes decidan terminar la controversia y se reconstituya la paz social. En resumen, el ritual procesal serviría simplemente para legitimar la decisión⁸⁹, presentándola como aceptable, sin que su naturaleza o su contenido tengan importancia alguna: el proceso y, en particular, la adquisición de las pruebas tendrían como única finalidad hacer que cualquier decisión, al margen de su justicia intrínseca y de su relación con los hechos de la causa, sea aceptada por sus destinatarios.

El panorama cambia completamente si se parte de una opción ideológica distinta y se adopta la que Jerzy Wróblewski ha definido como «ideología legal-racional» de la decisión judicial⁹⁰. Esta ideología pone en el centro del problema de la administración de justicia la calidad de la decisión, destacando que ésta debe basarse en una aplicación co-

⁸⁵ Son particularmente eficaces las críticas planteadas por Owen Fiss, quien destaca que la teoría del proceso como resolución de conflictos se basa en un individualismo radical, inaceptable en la sociedad moderna y en la «privatización» de los valores en juego en la administración de justicia. Cfr. Fiss, 2003: 34 ss., 51 ss., 55 ss. Igualmente eficaz es la crítica de OTERZA (2002: 222, 223), para quien el modelo de proceso liberal en el que todos los poderes se confieren a las partes desatiende completamente el valor de la igualdad.

⁸⁶ Cfr. DOWDNEY, 1999.

⁸⁷ Cfr. Fiss, 2003: 52.

⁸⁸ El proceso presenta evidentes aspectos rituales que han sido puestos de manifiesto en diversas ocasiones (cfr., entre lo más recientes, CHASE, 2005: 114 ss., 122 ss.; cfr., asimismo, BAL, 1975: 100 ss.; TALEIRO, 1979: 294 ss.). El problema no es, sin embargo, el de la existencia de dichos aspectos, sino el de establecer si la función ritual es la *auténtica* función que puede cumplir tanto el proceso como la admisión de las pruebas. Al respecto, parece fundada la opinión de CHASE (2005: 122 ss.), quien sostiene que el proceso desarrolla una doble función: la de resolver controversias y la simbólica.

⁸⁹ En este sentido cfr., en particular, LAHMANN, 1969: 57 ss.; cfr., además, PERRES, 1997: 312 ss.

⁹⁰ Cfr. WRÓBLEWSKI, 1987: 284; 1983c: 127 ss.; 2001: 67 ss.

recta, y racionalmente justificada, del derecho. Otras concepciones se ubican también en la misma dirección. De acuerdo con ellas, la administración de justicia no se reduce a una contienda entre individuos privados, sino que debe orientarse al cumplimiento de *public values*⁹¹ y a la obtención de decisiones justas⁹². En este orden de ideas, una de las condiciones para que el proceso conduzca a decisiones jurídicas y racionalesmente correctas, y, por tanto, justas, es que esté orientado a establecer la verdad de los hechos de la causa. La razón de ello es que ninguna decisión judicial puede considerarse legal y racionalmente correcta, y, por tanto, justa, si se basa en una determinación errónea y no verdadera de los hechos a los que se refiere⁹³.

Estas afirmaciones pueden sonar completamente triviales y no es casual que estén presentes históricamente en varias culturas jurídicas, incluyendo la italiana⁹⁴. Sin embargo, existen algunas razones por las que no resultan obvias. Algunas razones derivan del hecho de que se exponen a la trillada, aunque nunca abandonada, objeción escéptica que expone que la verdad no sería alcanzable en el proceso y que, por consiguiente, no sería sensato hablar de una determinación verdadera de los hechos⁹⁵; o a los razonamientos — ya señalados — de quienes consideran inútil la búsqueda de la verdad en el proceso, si no contraproduce, en tanto que la finalidad fundamental del proceso se identificaría con la solución de controversias. Otras de las razones por las que las afirmaciones mencionadas no son obvias derivan del hecho de que a partir de ellas se obtienen varias consecuencias importantes, de las que es conveniente ser conscientes.

Antes que nada, vale la pena destacar que desde esta perspectiva el proceso no deja de ser el instrumento institucional para la resolución de las controversias, pero adquiere importancia la calidad de la decisión con la que se soluciona la controversia⁹⁶. En otras palabras, no cualquier decisión es «buena» sólo porque ponga fin al conflicto; la decisión es «buena» si pone fin al conflicto estando justificada en criterios jurídicos y racionales, entre los que asume una importancia particular la verdad de la determinación de los hechos⁹⁷. Por otro lado, la ideología

⁹¹ Cfr., en particular, Fiss, 2003: 30. Sobre las características del proceso orientado a la realización de *public values*, cfr., en general, DAVARSKA, 1991: 249 ss.

⁹² Sobre las condiciones de justicia de la decisión, cfr., en particular, TARUFFO, 2002: 219 ss. [trad. cast.: 199 ss.].

⁹³ Cfr. más ampliamente TARUFFO, 2002: 225 ss. [trad. cast.: 204 ss.]; 1992a: 43 ss. [trad. cast.: 56 ss.]; ARVANI y SIMONIS, 1987: 157 ss.; FRANK, 1950: 95 ss.; PICO I JUNOV, 2003: 416.

⁹⁴ Cfr. en efecto, por ejemplo, CALAMANDREI, 1965: 25.

⁹⁵ Sobre esta objeción, a menudo recurrente en los discursos que se realizan en torno a la prueba y la decisión judicial, véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992a: 8 ss. [trad. cast.: 29 ss.]. Para un ejemplo reciente de esta actitud cfr. MORRISON AROCA, 2001b: 109; 2002: 244, 248.

⁹⁶ Cfr., por ejemplo, Fiss, 2003: 25.

⁹⁷ No es el lugar para afrontar las viejas, y en ocasiones inútiles, discusiones en torno al concepto de verdad, y en particular en torno a la distinción entre verdad absoluta y verdad re-

de acuerdo con la cual el proceso debe tender a concluir con decisiones *justas* es coherente con una interpretación no formalista y no meramente repetitiva de la cláusula constitucional del «debido proceso»: en efecto, ésta debería hacer referencia a un proceso que pueda ser «justo» en cuanto esté orientado a la obtención de decisiones justas⁹⁸. Adicionalmente, podrían valorarse la calidad y los defectos de los distintos sistemas procesales en función de su capacidad para conducir a decisiones justas, es decir —para estos efectos—, a decisiones basadas en una determinación verdadera de los hechos: por ejemplo, un proceso en el que existan distintas reglas de prueba legal y gran cantidad de reglas de exclusión de pruebas relevantes sería especialmente inadecuado para permitir la adopción de decisiones justas, mientras que para este fin sería más funcional un proceso en el que se admitieran todas las pruebas relevantes y éstas fuesen valoradas por el juez de acuerdo con criterios racionalmente válidos.

La orientación favorable a la atribución de poderes de instrucción al juez, que se manifiesta —como se ha visto— en numerosos ordenamientos, se apoya evidentemente en opciones ideológicas para las cuales la calidad de la decisión que concluye el proceso no es de ningún modo indiferente ni irrelevante, sino que, por el contrario, debe tender a basarse en una determinación verdadera de los hechos de la causa⁹⁹. Para que se alcance este objetivo es necesario que se cumplan varias condiciones: una de ellas es que el juez pueda complementar las iniciativas probatorias de las partes cuando éstas sean insuficientes o inadecuadas para la adquisición de todas las pruebas necesarias para adoptar una decisión que determine la verdad de los hechos. Por otro lado, es insostenible la opinión —en ocasiones recurrente, particularmente en la doctrina norteamericana¹⁰⁰— de acuerdo con la cual un proceso puede estar orientado hacia la búsqueda de la verdad de los hechos y, a pesar de ello, debe estar basado en el monopolio exclusivo de la iniciativa probatoria por las partes. Precisamente, la historia del proceso del *common law* muestra que, en efecto, un proceso completamente *adversarial*

lativa. Basta recordar que, actualmente, sólo se habla de verdad absoluta en el ámbito de algunas religiones o de alguna metafísica, mientras que todas las demás verdades no pueden ser más que relativas. En consecuencia, la verdad que se obtiene en el proceso es también relativa, dependiente del contexto y de los datos probatorios en los que se funda. Esto no quita, sin embargo, que se pueda y se deba hablar de verdad en el contexto procesal, en el que la verdad constituye un *ideal regulativo* necesario que orienta la actividad probatoria y la determinación de los hechos. Para un desarrollo más amplio de estos problemas cfr. TARUFFO, 1992a: 58 ss., 143 ss. (trad. cast.: 71 ss., 167 ss.). Sobre el problema de la verdad en el proceso cfr., en particular, PERREA BELTRÁN, 2002: 41 ss., 68 ss.

⁹⁸ Para una indicación en este sentido, cfr. CHANOURG, 2004: 471. Entre la amplia literatura sobre el «debido proceso» cfr., en particular, COMODORO (2004b) también para ulteriores indicaciones bibliográficas.

⁹⁹ En este sentido cfr., por ejemplo, PARAQUAYO, 2004: 9 ss.; ORTIZ, 2002: 227.
¹⁰⁰ Cfr., por ejemplo, LANDSMAN, 1984: 5, 36; WALTON, 2003: 175 ss.

nunca ha estado orientado hacia la búsqueda de la verdad¹⁰¹, y que la libre contienda de las partes no es un buen método para alcanzar una determinación verdadera de los hechos¹⁰². En todos los procesos hay al menos una parte —aquella que sabe que está equivocada— que no tiene interés en que se descubra la verdad: por su parte, los abogados no son científicos que persiguen una búsqueda imparcial y desinteresada de la verdad, sino que tienen interés en que venza la versión de los hechos que más le convenga a su cliente, con independencia de la verdad¹⁰³.

Es sobre la base de consideraciones de este tipo que todos los grandes ordenamientos europeos se han orientado en el sentido de atribuir al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas. Un caso particularmente interesante, desde este punto de vista, se presenta en Inglaterra, donde la tendencia a hacer que el proceso civil pueda alcanzar resultados de *substantive justice*, basándose en la máxima aproximación posible a la verdad de los hechos, ha conducido a reforzar decididamente los poderes del juez cambiando la orientación tradicional de este sistema procesal¹⁰⁴. Como se ha visto anteriormente, los distintos ordenamientos procesales han utilizado técnicas normativas diversas y se han inclinado en mayor o menor medida por la extensión de poderes de instrucción del juez: de todos modos, un elemento constante que destaca a partir de una investigación de derecho comparado es que ningún ordenamiento procesal moderno renuncia a orientarse hacia la búsqueda de la verdad de los hechos, y ningún ordenamiento procesal moderno confía exclusivamente en la iniciativa de las partes para conseguir este objetivo. Del mismo modo, es importante destacar que sobre ninguno de estos ordenamientos se cierra la sombra de Torquemada, y en ninguno aflora el fantasma del juez como *longa manus* de Hitler, Mussolini o Stalin. Por el contrario, surge la figura, mucho más modesta y razonable, de un juez que asiste al «juego de las partes» y que interviene cuando se peca de que dicho juego corre el riesgo de llevar a decisiones injustas porque se basa en una determinación inadecuada de los hechos.

La experiencia de los ordenamientos procesales europeos muestra también la inconsistencia de una premisa de la que se discute frecuentemente —implícita o explícitamente— cuando se discute acerca de los poderes de instrucción del juez. Identificaré a esta premisa como «teoría de la tarta», porque consiste en concebir el conjunto de poderes de

¹⁰¹ Cfr. LANGBEIN, 1985: 332 ss.

¹⁰² Cfr. JACOWICZ, 2003: 2 ss.

¹⁰³ Sobre la evidente «implicación» del abogado, que determina su parcialidad respecto al empleo de las pruebas y a la reconstrucción de los hechos, véase más ampliamente TARUFFO, 1994: 267 ss.

¹⁰⁴ Cfr., por ejemplo, JACOWICZ, 1996: 199 ss. En sentido análogo, cfr. ZUCKERMAN (2003: 6), quien subraya que la finalidad de permitir la determinación de la verdad ha estado entre las razones fundamentales de la reforma procesal inglesa y recuerda que la concepción de la verdad como condición de la justicia de la decisión es recurrente en la cultura jurídica inglesa.

iniciativa instructora como una tarta que el legislador divide en cada caso entre las partes y el juez, con la consecuencia de que la atribución de poderes de instrucción al juez supondría una reducción proporcional de los poderes de las partes.¹⁰⁵ Si así fuera, habría que concluir que en el proceso francés las partes no tienen ningún poder de iniciativa instructora, dado que el artículo 10 atribuye por completo la «tarta» al juez, confiriéndole — como se ha visto anteriormente — un poder general para ordenar de oficio la adquisición de pruebas. Análogamente, habría que concluir que en el proceso alemán no les queda a las partes más que una «porción» reducida e incierta, constituida por el poder para proponer pruebas testificales; dicha «porción» no estaría ni siquiera reservada por completo a la disponibilidad de las partes, dado que el juez puede inducir a proponer testigos que aquellas no hayan propuesto de propia iniciativa. Todo esto es evidentemente absurdo, tratándose de ordenamientos en los que no hay duda de que se garantiza el derecho a la defensa y que se reconoce y asegura el derecho a la prueba que corresponde a las partes.¹⁰⁶ La «teoría de la tarta» resulta, por tanto, inconsistente e infundada.

Ahora bien, no es posible continuar considerando la atribución de poderes de instrucción al juez, así como su ejercicio, como una especie de *deminitio* proporcional de las posiciones procesales de las partes y como una violación de sus derechos fundamentales. Por el contrario, la experiencia de los ordenamientos europeos, y en particular la del ordenamiento francés, muestra que es posible maximizar *al mismo tiempo* el derecho a la prueba que le corresponde a las partes, la garantía del principio de contradicción y la atribución de amplios poderes de instrucción al juez. Por otro lado, es evidente que cuando el juez ejerce uno de sus poderes de instrucción no usurpa poder alguno de las partes ni invade un territorio que esté reservado para ellas. Esto podría ocurrir únicamente en un sistema en el que las partes no gozaran de ninguna garantía, pero — al margen de que esto no ocurre en ningún ordenamiento procesal evolucionado — ésta es una cuestión que atañe directamente a la configuración de los derechos y las garantías de las partes, más que a los poderes del juez. Por otra parte, como también se ha visto, los distintos ordenamientos no establecen que el juez se lance por sí solo y a priori a la búsqueda de las pruebas, sino solamente que ejerza poderes de control y de iniciativa instructora que están claramente configurados como accesorios, y sustancialmente residuales, respecto a los poderes de iniciativa instructora que les corresponden a las partes. Más aún, en los sistemas que cumplen verdaderamente con las garantías de defensa dichos poderes deben ejercerse en el pleno cumplimiento del principio de contradicción entre las partes, con el

derecho de éstas de objetar las iniciativas del juez y de proponer las pruebas que a partir de dichas iniciativas se consideren convenientes. Basta observar, por otra parte, que el juez italiano que sobre la base del art. 281 *ter* llama de oficio a un testigo al que ha hecho referencia una de las partes, o el juez inglés, español o alemán que sugiere a las partes la proposición de una prueba, no invade el campo de las partes privándoles de sus prerrogativas; estos jueces simplemente están realizando una de sus funciones específicas, que es hacer que la decisión final se base en todas las pruebas disponibles y, por tanto, que se aproxime lo máximo posible a la verdad de los hechos.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis de los principales ordenamientos europeos anteriormente esbozado aconseja realizar, a título de conclusión, algunas consideraciones relativas al argumento que frecuentemente se utiliza para criticar la atribución al juez de poderes autónomos de iniciativa instructora. Este argumento está bastante difundido¹⁰⁷ y consiste en sostener, sustancialmente, que en el momento en que el juez ejerce dichos poderes pierde su imparcialidad, porque termina favoreciendo a una u otra de las partes, perdiendo también su independencia en el juicio, ya que termina valorando parcialmente las pruebas que han sido incorporadas de oficio por el mismo.¹⁰⁸

Sobre este punto es posible observar — al margen de la dudosa admisibilidad de las ingenuas nociones psicológicas en las que se basa este argumento — que si éste fuese válido deberíamos concluir que todos los legisladores procesales europeos — cada uno a su modo — han atravesado un momento de locura que los ha inducido a atribuir al juez una función activa en la adquisición de las pruebas, sin darse cuenta de que de esa manera habrían puesto en riesgo el valor fundamental de la imparcialidad y la independencia de juicio del propio juez. Sin embargo, dado que no hay pruebas creíbles de esta locura colectiva, deberíamos concluir que la experiencia comparada muestra que es infundado el temor de que el juez, al desempeñar un papel activo, se convierta por

¹⁰⁵ En la doctrina italiana cfr., en particular, LERMAN (1962: 12), quien afirma que «es necesario, a fin de que el juicio se desarrolle correctamente, asegurar la imparcialidad, también desde el punto de vista psicológico, de la persona física a quien se le confía el juicio». Se trata, por otra parte, de una opinión que se presenta a menudo en la doctrina italiana; cfr., por ejemplo, FAZZALARI (1972: 193 ss.; MONTESSANO, 1978: 189 ss. También en la doctrina norteamericana esta tesis representa una especie de lugar común; cfr., por ejemplo, LANDSMAN, 2003: 2 ss., 37; SAWYER, 1978: 17; FURBER, 1961: 39 ss.

¹⁰⁶ Cfr., en particular, LERMAN (1962: 13), quien considera que no se puede dudar de «que la imparcialidad del juez corre el riesgo de quedar comprometida cuando debe juzgar una prueba que él mismo ha elegido, y que se ha incorporado por su iniciativa al proceso».

¹⁰⁷ Para un ejemplo de esta concepción cfr. MONTORO AROCA, 2001b: 55.

¹⁰⁸ Para un panorama comparado al respecto cfr. PARROT, 1983: 91 ss.

ello en un juez parcial e incapaz de valorar correctamente el material probatorio recabado en el juicio, incluso a partir de su iniciativa.¹⁰⁶

Puede observarse que en realidad el juez «toma partido» a favor de una parte y en contra de la otra en cualquier momento del proceso, es decir, en todas las ocasiones en que dispone o decide alguna cuestión relativa al procedimiento, o resuelve cuestiones preliminares o prejudiciales y, sin embargo, nadie piensa que por esta razón, y en cada uno de esos momentos, el juez pierda su imparcialidad. Dado que no existe el juez *tabula rasa* y absolutamente pasivo, ni tampoco puede existir en el curso del proceso, deberíamos concluir que el juez nunca es imparcial; con ello, sin embargo, cualquier discurso sobre el proceso resultaría carente de sentido. No se entiende, por otra parte, por qué el juez deviene parcial cuando ordena la adquisición de una prueba de oficio o sugiere a las partes la proposición de una prueba, y esto no sucede, por ejemplo, cuando admite o excluye una prueba propuesta por una parte, o cuando reduce las listas de testigos o cuando cierra la instrucción probatoria de acuerdo con el art. 209 del *Codice di procedura civile*.

Por lo demás, sería oportuno realizar algunas aclaraciones de carácter general acerca de la imagen del juez a la que se hace referencia. Si se piensa en un «buen» juez capaz de ejercer correcta y racionalmente sus poderes, entonces no hay ninguna razón para temer que se convierta en parcial, e incapaz para valorar las pruebas, por el solo hecho de que haya sido él quien ordenó o sugirió su realización. Únicamente si se piensa en un juez incapaz y psicológicamente débil puede temerse que pierda su imparcialidad en el momento en que decide sobre la conveniencia de que sea incorporada una prueba adicional, o que no sea capaz de valorar de manera equilibrada una prueba sólo porque ha sido él quien ha ordenado su incorporación. Un juez «normal» es capaz de determinar si un testigo al que ha llamado a testificar es creíble o no, de la misma manera en que valora la credibilidad de un testigo propuesto por una de las partes; suponer que el juez considera atendible un testigo sólo por el hecho de que ha ordenado de oficio su declaración presupone que dicho juez sea considerado «subnormal». Naturalmente, existe el riesgo de que el juez esté condicionado por la llamada *early bias* (o *confirmation bias*), es decir, por la inclinación a considerar atendibles sus primeras impresiones sobre los hechos de la causa y a buscar en las

¹⁰⁶ La «incompatibilidad psicológica entre investigación y decisión» de la que habla, por ejemplo, Luramas (1962: 13), no sólo no está demostrada, sino que —si fuera verdadera— pondría en crisis todos los sectores de la investigación científica, en la cual es normal que quien realiza investigaciones presente posteriormente los resultados de las mismas como válidos en cuanto confirmados por su propia investigación. No parece, en verdad, que en la epistemología se diga que el resultado de una investigación, o de un experimento, esté invalidado por el hecho de que haya sido la misma persona quien realizó la investigación. No son claras las razones por las cuales aquello que vale para cualquier sujeto que extrae conclusiones de informaciones que él mismo ha investigado o descubierto no puedan valer, en cambio, para el juez.

pruebas las confirmaciones de sus propios prejuicios, subestimando las pruebas que los contradigan. Sin embargo, la manera para afrontar esta eventualidad no es precisamente eliminar los poderes de instrucción del juez, dado que dicha eventualidad puede verificarse incluso cuando el juez no dispone de tales poderes o bien cuando no los ejerce; en efecto, también puede suceder que un juez «pasivo» se aferre en exceso a una determinada versión de los hechos de la causa y, por tanto, oriente sus posteriores decisiones, incluida la decisión final, hacia la hipótesis de que dicha versión de los hechos es digna de ser considerada como verdadera. Por otro lado, no es necesario realizar extensas argumentaciones para demostrar que los remedios contra el prejuicio del juez son otros; consisten en el pleno cumplimiento del principio de contradicción entre las partes, incluso por parte del propio juez, y en la necesidad de ofrecer una motivación analítica y completa, y racionalmente estructurada, de la decisión sobre los hechos.¹⁰⁷

Evidentemente, los ordenamientos que han atribuido al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas han supuesto que tales poderes son atribuidos a jueces capaces de realizar de manera correcta y racional su función de estímulo, control y de iniciativa probatoria, sin que ello pusiera en peligro los valores fundamentales del proceso civil. A partir de la experiencia de estos ordenamientos no se advierte que esta hipótesis haya sido contradicha en la práctica; ello debería permitir reconducir el problema de los poderes del juez dentro de confines razonables, evitando caer en polémicas ideológicas carentes de fundamento.

¹⁰⁷ Sobre el principio de contradicción y la motivación de los hechos como método para un control racional de las valoraciones de las pruebas, véase, más ampliamente, Taruffo, 1992a: 401 ss., 408 ss. [trad. cast.: 420 ss., 427 ss.].

APÉNDICE II

NARRATIVAS JUDICIALES*

I. CREDULIDAD O INCREDELIDAD

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

El alcance de la afirmación de Coleridge podría ser fácilmente entendido, aunque no propiamente generalizado, porque —en algún sentido— cualquier tipo de experiencia estética puede pretender estar basada en un estado de credulidad. Por ejemplo, mirar un cuadro normalmente requiere una aproximación crédula: la apreciación de un Veerner no supone un punto de vista escéptico respecto de si la luz en *Delft* a mediados del siglo XVII era realmente como Veerner la pintó, aunque él fuera famoso por su intento de lograr una reproducción fidedigna de la realidad.

* Traducción a cargo de Verónica Urrutia Valdes, con la colaboración de Daniela Acunzo Scaglioni. Publicado originalmente en castellano en la *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 20, núm. 1, 2007.
¹ Véase Borges, 2005: 16.

Más aún, para poder apreciar un cuadro de Jackson Pollock o una escultura de David Smith uno no debe preguntarse si representan o no algo: es mucho mejor suspender la incredulidad y ser crédulos al disfrutar de las formas expresadas en ambas obras de arte. Una actitud similar e incluso más profunda debe ser mantenida mientras se escucha música, ya que la música es — como escribió SCHOPENHAUER² — la forma suprema de arte, la «catarsis estética». En realidad, para apreciar a Wymton Marsalis y a Astor Piazzolla, por no hablar de Chopin o Brahms, es altamente recomendable estar en un estado mental de no incredulidad.

Volviendo a los textos escritos, uno podría decir que la suspensión de la incredulidad se necesita incluso al leer prosa y no sólo al leer poemas.³ Por ejemplo, es mejor ser crédulo al leer ciencia ficción, al menos para introducirnos en el contexto de la novela y durante el tiempo necesario para leerla. Ser sistemáticamente incrédulos — esto es, escépticos — respecto de la invasión terrestre por grandes y cruels criaturas extraterrestres puede ser racional, pero está lejos de ser la manera apropiada de leer a Wells. El mismo argumento se aplica de forma más general respecto de cualquier tipo de novelas, desde las de terror hasta las grandes obras maestras de la literatura de todos los tiempos y lugares. De alguna manera, por lo tanto, la distinción entre las aproximaciones crédulas e incrédulas corresponde a la distinción entre la fantasía y la creencia: cuando la que opera o debe operar es la fantasía, entonces la suspensión de la incredulidad es una condición previa de la experiencia humana; cuando el asunto es sobre creencias, y en particular sobre creencias verdaderas sobre los sucesos del mundo humano y material, una actitud escéptica e incrédula es probablemente mucho más racional, aunque probablemente sea mucho menos fascinante y atractiva.⁴

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

2. NARRATIVAS

Uno de los términos más en boga y más sobredimensionados de las últimas dos o tres décadas es «narrativa». Se ha transformado en una especie de icono de la llamada aproximación posmoderna a muchas (quizá demasiadas) cosas, como la literatura, la crítica literaria, la filo-

sofía e incluso la teoría jurídica.⁵ Por su uso extremadamente amplio y variable y por la multiplicidad de ámbitos en los que se emplea, es imposible (en este contexto, por cierto, y probablemente en general) considerar todos los aspectos que dicen tener relación con narrativas. Sin embargo, desde que el «giro narrativo» se ha transformado en un lugar común también en el discurso sobre la prueba y la decisión judicial,⁶ es posible al menos hacer algunos comentarios aislados, no sistemáticos y ciertamente incompletos, sobre el rol de las narraciones en los contextos procesales y probatorios. En esta perspectiva, puede asumirse la existencia de una conexión — quizás una equivalencia — entre el discurso acerca de las «narrativas» y el discurso acerca del «*story-telling*». En alguna medida, los contextos culturales y las connotaciones de los dos conceptos pueden divergir, pero desde la perspectiva procesal puede asumirse sin problemas que las «historias» que son contadas en un procedimiento judicial son — o al menos pueden ser tratadas como — narraciones.⁷

Concentrarse en narraciones judiciales implica que muchos debates sobre las narrativas en general deben dejarse de lado. Por ejemplo, los ataques posmodernos en contra de los llamados Grandes Relatos, tales como la Historia, el Progreso, la Razón, la Verdad y otros, no pueden ser discutidos aquí como merecerían,⁸ y lo mismo debe decirse respecto del contraste entre «fundacionalistas» y «antifundacionalistas».⁹ Basta con decir que actualmente parecen un poco triviales y extemporáneos: por lo menos desde mediados del siglo XIX y la primera década del siglo XX¹⁰, y especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, ninguna persona educada y culta siguió creyendo en Grandes Relatos. De hecho, largo tiempo antes de BAUDRILLARD¹¹, la cultura europea conoció a Jean Paul SARTRE y Albert CAMUS, por no mencionar a NIETZSCHE y a todos los irracionales de los que trata LUKÁCS en *Zerstörung des Vernunft*. En aquel tiempo los intelectuales europeos eran perfectamente conscientes del fin de las certezas propias del siglo XIX. Sin embargo, BAUDRILLARD no fue en ningún caso el único ejemplo de un filósofo posmoderno que redescubrió gastados lugares comunes y los reinterpretó en un estilo grandilocuente como si las connotaciones retóricas y apocalípticas fueran señal de un pensamiento profundo y novedoso.

² Véase SCHOPENHAUER: 1988, Band I, § 57, 338.

³ En su «Quinta Noche», refiriéndose a la poesía, Borges dice que es un error creer que la prosa está más cercana a la realidad que la poesía (2005: 116).

⁴ De hecho, la realidad — aunque misteriosa — es mucho más simple que su descripción literaria: véase Borges, 2005: 114, 117.

⁵ Véase, por ejemplo, BROOKS y GERTZ, 1996.

⁶ Véase principalmente TWINING, 2006: 280, 286, 332. Véase también BURNS, 2005: art. 4.1, para mayores referencias. El ejemplo más interesante de esta perspectiva es probablemente JACKSON BERNARD, 1988a.

⁷ Para una postura similar, véase TWINING, 2006: 291.

⁸ Acerca de la «muerte de los Grandes Relatos» en la filosofía posmoderna véase, por ejemplo, LITWARTZ, 1997: 10.

⁹ Respecto de este tema véase, por ejemplo, MINOJA, 1995: 161, 164.

¹⁰ Véase el complejo análisis desarrollado por BURSON, 2000.

¹¹ Para un extenso análisis crítico del pensamiento de BAUDRILLARD véase NEGRI, 1990: 164.

Por otro lado, para definir el nivel de discurso que sería útil para hablar de narrativas judiciales puede ser incluso insuficiente referirse a los relatos cotidianos y concentrarse en el ámbito jurídico. El movimiento «Derecho y Literatura»¹² ha arrojado muchas luces en asuntos jurídicos, pero también mucha cháchara académica para la hora del cóctel. No todo lo que se dice resulta significativo, en realidad, y cuando lo es se refiere principalmente a ideas vagas y variables sobre «narrativas jurídicas» en las que la distinción entre hechos y derecho normalmente es difusa¹³ y los «hechos judiciales» se mezclan en una indistinta «conversación literaria sobre el derecho».

Con esto no se quiere decir que la teoría de las narrativas, especialmente en la perspectiva de la psicología social, no tenga nada relevante que decir acerca del *story-telling* judicial. Muy por el contrario. Como veremos, esa teoría provee varias pistas que son extremadamente útiles en un análisis acabado de las narrativas judiciales. Las advertencias recién mencionadas tienen por objeto subrayar que la máxima de los abogados medievales *distingue frequenter* es válida también aquí; en efecto, es necesario distinguir para lograr una comprensión apropiada de las narrativas judiciales.

Hablando del *story-telling* jurídico y judicial, TWINING, con justa razón, ha subrayado frecuentemente que las «historias» son a la vez necesarias y peligrosas¹⁴. Las historias y narraciones son necesarias, tanto en los contextos judiciales como extrajudiciales, porque son los medios principales por los cuales fragmentos de información y «piezas» de sucesos que están dispersos pueden ser combinados y organizados como un conjunto de hechos coherentes y significativos; las historias modelan nuestra experiencia y nos proveen con esquemas del mundo¹⁵, pueden ser entendidas como «elaboraciones interpretativas de los sucesos» que dan una forma posible, un modelo, a una serie de datos informes¹⁶. Ellas proveen una «heurística», esto es, un método para descubrir lo que realmente ocurrió¹⁷. Sin embargo, su característica principal es que solamente proponen *posibilidades*, no importando cuán lejanas estén de la realidad¹⁸. En ese sentido, las narrativas son como el diseño que forma un mosaico a partir de un montón de piezas de vidrio de colores¹⁹.

Por otro lado, las historias «se vuelven sospechosas»²⁰ y peligrosas porque abren la puerta a la vaguedad, la variabilidad y la manipulación

¹² Para una breve descripción del movimiento véase MINDA, 1995: 149.

¹³ Véase *infra* apartado 2.2.

¹⁴ Véase TWINING, 2006: 283, 336, 445.

¹⁵ Véase especialmente BRUNER, 2002: 9, 25.

¹⁶ Véase BORETTI, 2006: 31.

¹⁷ Véase BURNS, 2005.

¹⁸ Véase BORETTI, 2006: 31.

¹⁹ Como veremos después, sin embargo, la relación de las partes con el todo no está exenta de problemas; véase *infra* apartado 4.

²⁰ Véase BRUNER, 2002: 3.

en la reconstrucción de los hechos²¹, dependiendo del punto de vista, en los intereses y los propósitos de los sujetos que cuentan las historias en un determinado momento y contexto. Esto es cierto en general²², pero especialmente en el contexto judicial. Como veremos más adelante, un procedimiento judicial no incluye sólo una narrativa o *story-telling*; es una situación compleja en la que varias «historias» son construidas y contadas por diferentes sujetos, desde diferentes puntos de vista y de maneras distintas. Particularmente serios son los peligros de errores, relatos incompletos, manipulaciones y reconstrucciones incorrectas de los hechos, que pueden llevar a malos entendidos y errores dramáticos en la decisión final de un caso.

2.1. Un experimento mental

Existe una gran variedad de narrativas acerca de hechos. El tipo más común está representado por las novelas, y especialmente por aquellas novelas que están redactadas en la forma de relatos de historias. Existe toda una rama de la crítica literaria, llamada narratología, que se ocupa de los problemas relativos a las estructuras, las características y las técnicas de la narración; pero no es necesario que nos hagamos directamente cargo aquí de todos esos sofisticados temas²³. Más bien, podemos tomar un ejemplo muy simple y ver qué nos puede decir — en una especie de experimento mental — acerca de las narrativas y de sus aspectos epistémicos, con el fin de subrayar algunas características que parecen ser típicas de los relatos judiciales.

El ejemplo (escogido entre miles que podrían servirnos igualmente bien) es la muy conocida novela de suspense de John Grisham *The Broker* (*El intermediario*). Las razones de esta elección son básicamente las siguientes: a) cientos de miles o millones de lectores la conocen; b) una parte importante de la historia sucede en Bolonia, una ciudad que conozco muy bien.

Cuando un Lector No Informado (LNI) (esto es, un lector que no sabe nada de Bolonia) lee la novela, encuentra descripciones de lugares, plazas, calles, restaurantes, iglesias y otros sitios en los que ocurre la acción. Esas descripciones son frecuentemente detalladas y realistas: reflejan muy bien las imágenes y la atmósfera de la ciudad y de sus lugares y formas de vida representativos. De hecho, Grisham vivió en Bolonia algunos meses sólo con el fin de reunir información e impresiones sobre los lugares que iba a describir. Esto le da a la novela un sabor de autenticidad, coherencia y realismo que se aprecia en sí mismo,

²¹ Véase MENSVAHE Y SHAWASHI, 2005: art. 3.8.

²² Véase BRUNER, 2002: 23.

²³ Véase TWINING, 2006: 318.

y no solamente porque agregue una fuerte sensación de credibilidad a las aventuras del *broker*. Cuando un Lector Informado (LI) (esto es, un lector que conoce bien Bolonia) lee la novela, su actitud casi instintivamente se transforma, y no sólo por el sentimiento de «familiaridad» que el LNI no puede tener. Con las descripciones de Grisham, el LI puede sentirse inclinado a distinguir enunciados que son epistémicamente diferentes entre ellos:

a) Algunos (muchos) de estos enunciados son verdaderos. Por ejemplo, cuando Grisham escribe que en el centro de Bolonia hay dos torres medievales llamadas Asinelli y Garisenda está realizando una aserción verdadera, porque en la Bolonia que existe en el mundo de la realidad empírica y material esas torres realmente existen con esos nombres. Igualmente, la afirmación de que en la Via Zamboni, núm. 22, existe un edificio en el cual está ubicada la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia también es verdadera. Hasta aquí vamos bien: esos enunciados, como muchos otros, suenan verdaderos al LI porque reflejan la realidad material de los lugares que describen. Para el LNI pueden sonar verosímiles, y para él eso es suficiente.

b) Cuando Grisham escribe que en el edificio de la Facultad de Derecho están los estudios de los profesores que enseñan en la facultad hace una afirmación que es verosímil, porque en muchos casos —o en la mayoría— las salas de los profesores están ubicadas en los edificios principales de las facultades de derecho. Por lo tanto, esa aserción es verosímil porque corresponde a lo que *normalmente*³⁴ ocurre. El problema es que, en el caso específico, el enunciado es verosímil, pero falso, porque los estudios de los profesores de derecho de Bolonia no están ubicados en ese edificio. No hay nada asombroso en eso: muchas cosas que parecen verosímiles sólo porque corresponden a *aliquid quod plerumque accidit* en realidad no existen. Todo esto es irrelevante para el LNI: para él la verosimilitud de la afirmación sobre las salas de profesores es suficiente para asegurar la coherencia de la narración. La situación del LI es diferente: él entiende que la coherencia del relato se mantiene porque la afirmación es verosímil, pero se da cuenta de que la narración está pasando de la descripción de la realidad al nivel de la invención y la fantasía, porque sabe que la realidad es diferente de la descripción ofrecida por Grisham.

c) Cuando Grisham escribe que en el edificio de la Facultad de Derecho además está el estudio del profesor Rudolph Viscovitch hace una afirmación que es descriptivamente falsa, pero que no pretende ser verdadera, y ni siquiera verosímil, y que no puede ser tomada como

verdadera o verosímil. Efectivamente, todo lector informado o no informado, ya sabe que el profesor Rudolph Viscovitch no existe y que es solamente un personaje creado por el escritor: queda claro por la narración del primer encuentro entre el *broker* y el profesor en un café, unas pocas páginas antes. De hecho, la coherencia narrativa de la historia está asegurada, porque el profesor Viscovitch es descrito como un hombre con barba, de edad mediana, muy «normal», lo que es un tipo humano común que perfectamente podría ser la imagen de un profesor, y no como una criatura verde venida de Marte.

Desde el punto de vista de la coherencia narrativa, no hay diferencia entre la situación del LNI y del LI: ambos pueden apreciar el orden y la conexión de los sucesos que se describen. Sin embargo, el LNI percibe solamente la coherencia de la narración y la verosimilitud uniforme de los sucesos, mientras que el LI conoce que algunas partes de la historia son verdaderas, mientras que otras partes son falsas, aunque verosímiles. Puede apreciar el esfuerzo de Grisham para insertar su historia en un contexto verídico, pero no puede percibir un giro continuo y reiterado desde la realidad a la ficción y de la ficción a la realidad. En una palabra, el LNI y el LI leen la misma narración desde dos puntos de vista epistémicamente distintos. El LNI no sabe qué es verdadero y qué es falso en la historia de Grisham, pero no está interesado en saberlo; lo que está leyendo es —después de todo— una ficción, y no se espera de una ficción que sea una descripción verídica de nada. El LI también está leyendo una ficción y no espera que la historia sea verídica, es solamente una ficción: sin embargo, sabe qué es verdadero y qué es ficticio en la historia de Grisham.

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

³⁴ Acerca del concepto epistémico de verosimilitud y su relación con el concepto de verdad véase principalmente NINILUOTO, 1987. La idea de verosimilitud de una aserción sobre un hecho como correspondencia de esa afirmación con lo que normalmente sucede está desarrollada en TARUFFO, 1992a: 158. [trad. cast.: 183]. Respecto de la ambigüedad de lo «normal», véase HACCING, 2004: 161.

Las razones por las cuales el LNI y el LI reaccionan de forma diferente al leer a Grisham y al leer el reportaje del *New York Times* son muy claras: al leer a Grisham suspendieron su incredulidad porque eran concientes de que estaban leyendo ficción, y no se espera que los relatos ficticios sean descriptivamente verdaderos. Cuando, como en el caso del LI, uno sabe que algunas afirmaciones incluidas en la novela son verdaderas porque lo que dicen corresponde a lugares reales en Bolivia, esto puede agregarle un sabor de realidad al relato. Pero incluso el LNI, que no puede percibir el sabor de realidad, puede apreciar perfectamente la plausibilidad y el «realismo verosímil» de la historia. Pero cuando un lector sabe que no está leyendo ficción y que está leyendo la narrativa de hechos relativos a un caso judicial real, su actitud es completamente diferente: asume que las historias sobre esos hechos deben ser verdaderas (no sólo verosímiles) y, por lo tanto, no puede sino ser incrédulo cuando lee una historia judicial que sabe que es falsa. Lo principal es que no se espera que algunas historias sean verdaderas (incluso si son al menos parcialmente verdaderas) y, por lo tanto, el hecho de que sean descriptivamente falsas (en todo o en parte) no es relevante: un relato puede ser narrativamente bueno cuando es coherente, consistente, creíble, normal, familiar, verosímil y, por lo tanto, persuasivo. Pero un buen relato no necesita ser verdadero.²⁵ Respecto de otras historias, por el contrario, se espera que sean ciertas y, por lo tanto, el lector permanece «incrédulo» hasta que queda satisfecho de que la narrativa corresponde a la realidad material de los acontecimientos. Se trata sólo de un asunto de contextos diferentes y de narrativas diferentes. Después de todo, tanto los LNI como los LI nunca deben olvidar que el derecho no es literatura²⁶ y que una buena narrativa en literatura puede ser una mala narrativa en derecho. En el fondo de este asunto hay un problema fundamental relacionado con el concepto de verdad: la verdad se relaciona con el contexto al que pertenece. Por lo tanto, contextos diferentes pueden adoptar distintos conceptos de verdad y es la diferencia en el contexto lo que determina diferentes ideas sobre la verdad. Es entonces, en consideración al contexto, que podemos decidir si una aserción describe el mundo en su realidad empírica, y, por consiguiente, tiene pretensiones de ser verdadera, o si lo que la historia busca es crear un mundo fantástico donde no se trata de un asunto de verdad empírica y solamente cabe pensar en una verdad «interna» a ese universo fantástico.²⁷ El contexto judicial es un contexto en el que la verdad empírica es necesaria: una novela es un contexto en el cual la «verdad narrativa» es simplemente algo que pertenece al mundo fantástico creado por el novelista. Grisham, al igual que muchos otros novelistas, mezcla los

contextos usando también enunciados que son empíricamente verdaderos, pero lo hace sólo como un recurso literario; de todas formas un concepto diferente de verdad está operando: es la verdad «interna» a la historia ficticia del *broker*.

2.2 Narrativas y hechos

Incluso cuando el discurso usual sobre narrativas y *story-telling* se remite específicamente a los contextos judiciales suele hacer referencia de forma general a todos los elementos del caso, juntando en un «todo» inseparable tanto los aspectos fácticos como los jurídicos de la situación de que se trata.²⁸ Esto puede deberse a varias razones. Una razón puede ser que los abogados tienden a hablar mucho más del derecho que de los hechos. Otra razón puede ser que la práctica del *story-telling* jurídico y del *story-telling* judicial también tienda a borrar varias distinciones, como aquellas existentes entre hecho y derecho y entre hecho y valor.²⁹ Una tercera razón puede ser que la distinción derecho-hecho sea un antiguo y eterno problema no sólo en los sistemas de *common law*, donde tiene que ver básicamente con la separación de funciones entre el juez y el jurado³⁰, sino también en los temas de *civil law*, en los que no se conoce el jurado civil y donde la distinción entre derecho y hecho se usa especialmente con el fin de definir los límites de las facultades de las cortes supremas, de forma confusa y problemática y con significados diversos en distintos contextos.³¹ Una cuarta razón importante es que definir un «hecho» puede dar lugar a un conjunto de preguntas filosóficas, por lo que uno tiende a dejar a un lado cualquier intento de hablar específicamente de «hechos». No hay que asombrarse, por lo tanto, de que la actual teoría del *story-telling* no considere la distinción entre derecho y hecho.

Todas estas dificultades deben ser consideradas cuando se habla de narrativas judiciales. Sin embargo, el discurso puede ser menos general y vago de lo que es usual: no hay duda de que los relatos judiciales deben referirse también a los aspectos jurídicos del caso, pero esto no significa que sea imposible pensar en narraciones sobre hechos. Tampoco hay duda de que — citando a William Twining nuevamente — los hechos tienen que ser «tomados en serio»³²; muchos casos se ganan o pierden

²⁵ Véase, por ejemplo, TWINING, 2006: 290, 296.

²⁶ Véase TWINING, 2006: 336.

²⁷ Véanse, e. g., TULLERS, en WICKOIKE, 1983: 2, n. 2; WINNER, 1966: 1867; 1968: 1020. Respecto de la regla tradicional *ad quaestionem facti non respondent iudices, ad quaestionem juris non respondent iuratores*, véase THAYER, 1969: 183.

²⁸ Véase, por ejemplo, MASTY, 1929. Véanse también los ensayos de FOKIERS, ASCARELLI, RIVERO, BUCH y ROLANDI, en CENTRE NATIONAL DE RECHERCHES DE LOGIQUE, 1961: 51, 113, 149, 175.

²⁹ Véase TWINING, 2006: 14, 417.

³⁰ Véase TWINING, 2006: 283, 293, 337. Respecto de la relación verdad/falsedad y la calidad narrativa de las historias, véase también *infra* apartado 5.

³¹ Véase GEWIRTZ, en BROOKS y GEWIRTZ, 1996: 5.

³² Véase PRANDI, 1994: 165.

«en los hechos», dependiendo de si el demandante tuvo éxito en probar los hechos en que se fundamenta su demanda: muchos «casos difíciles» son difíciles porque los hechos son demasiado complejos como para ser subsumidos bajo una norma legal clara; más aún, en el contexto judicial los hechos son el punto de referencia de todo el aparato de la prueba. Por lo tanto, si uno tiene alguna experiencia en la práctica de los procedimientos judiciales, negar la posibilidad de hablar separadamente de «narrativas relativas a los hechos» parece no tener sentido. Entonces puede razonablemente asumirse que los hechos del caso pueden distinguirse del «derecho del caso», aunque claramente estas dos dimensiones estén íntimamente conectadas. Es fácil notar que para que el derecho y los hechos estén conectados, éstos deben ser concebibles como distintos o al menos como distinguibles. En realidad, los hechos del caso pueden ser identificados como tales y ser separados de las dimensiones jurídicas del caso.³⁵ Cuando se habla de «hechos», por cierto, no se hace referencia a los hechos en su existencia material y empírica: las narraciones sólo pueden referirse a «enunciados acerca de hechos». Un enunciado acerca de un hecho es cualquier enunciado en el que se describe que un evento ocurrió «de tal y cual manera» en el mundo real (el que, por supuesto, se asume existente y no meramente imaginado o soñado).³⁶ En tanto describe algo que se asevera haber ocurrido en el dominio de la realidad, ese enunciado es *aproximativo*, esto es, puede ser verdadero o falso.³⁵

Hay al menos un sentido en el cual la distinción entre derecho y hecho es necesaria y, en consecuencia, también posible. Esa distinción es ineludible cuando el problema es establecer qué puede y qué debe ser probado en un procedimiento judicial. El principio general comúnmente reconocido es que el derecho no puede ser probado en el sentido propio y específico de la palabra: *jura novit curia*, y corresponde al juez conocer el derecho aplicable para decidir el caso. Entonces, sólo los hechos (es decir, enunciados relativos a hechos) son objeto de prueba. Las afirmaciones relativas a los aspectos jurídicos del caso son objeto de decisión, interpretación, argumentación y justificación, pero no pueden ser probadas. Las aserciones relativas a hechos también son materia de decisión, interpretación, argumentación y justificación, pero sobre todo —y finalmente— pueden ser probadas como verdaderas o falsas. La relevancia de los elementos de prueba, es decir, la condición básica para su admisibilidad, se establece por referencia a las aserciones fácticas relativas al hecho físico en cuestión, no por referencia a los argumentos

jurídicos proporcionados para enunciar jurídicamente el caso. Esa distinción entre derecho y hecho no necesita ulterior análisis: los principios que rigen la admisibilidad y la valoración de las pruebas ofrecen una base suficiente para determinar qué merece ser considerado como «hecho» en el contexto de un caso judicial.

Cuando se trata de los hechos que están involucrados en un proceso judicial, no hay necesidad de ahogarse en una vorágine de asuntos filosóficos y epistemológicos.³⁶ De hecho, los acontecimientos que son relevantes en la administración de justicia son *tranches de vie*, es decir, eventos o conjuntos de eventos que tienen que ver con la vida de la gente. Esto significa que normalmente éstos pueden ser determinados a un nivel macro: incluso cuando resulten involucradas la microfísica o la genética, el objetivo final es siempre probar «un hecho de la vida de la gente». Normalmente estos hechos pueden determinarse con suficiente especificidad por referencia a la situación jurídica de los sujetos involucrados.

Hay, sin embargo, algunos aspectos de la definición de los «hechos de la causa» que vale la pena considerar con mayor detenimiento. En primer lugar, esos hechos son seleccionados y determinados de acuerdo con su *relevancia* en el caso: los hechos y las circunstancias irrelevantes no necesitan ser tomados en cuenta al definir qué hechos deben ser probados. El estándar para evaluar la relevancia es doble. Un hecho es *jurídicamente relevante* (en la jerga jurídica norteamericana: *material*) cuando corresponde con el supuesto de hecho definido por una norma jurídica que se considera posiblemente aplicable al caso. Las reglas definen «tipos de hechos» (*fact-types*) y los hechos concretos son relevantes (como *fact-tokens*) cuando corresponden a esos tipos.³⁷ Entonces los hechos jurídicamente relevantes son definidos como tales por referencia a la norma que es vislumbrada como estándar para tomar la decisión final: esos hechos son los *facta probanda* básicos, esto es, el objeto principal de prueba y, por lo tanto, el contenido de las aserciones fácticas más importantes. Un hecho es *lógicamente relevante* cuando, no siendo en sí mismo un *facta probanda* básico, puede ser usado como una premisa, esto es, como un punto de partida, para inferencias que posiblemente lleven a una conclusión acerca de la verdad o falsedad de un enunciado relativo a un hecho principal. Un hecho lógicamente relevante merece ser probado cuando su conocimiento es útil para inferir la verdad o falsedad de ese tipo de enunciados.³⁸

³⁵ En otro lugar desarrollé el argumento en que se basa esta afirmación. Véase TARUFFO, 1992a: 24, 67, 71 [trad. cast.: 45, 89, 93].

³⁶ Ese supuesto se basa en un conjunto de condiciones filosóficas, epistemológicas e incluso éticas que no pueden discutirse aquí y que serán analizadas en otra parte. En términos generales véase GOLDMAN, 1999: 3, 41, 69.

³⁷ Respecto de esta característica de las afirmaciones de hecho, véase también *infra* apartado 5.

³⁶ Respecto de algunos de estos temas véase TARUFFO, 1992a: 67, 71 [trad. cast.: 89, 93].

³⁷ Esta conexión es conocida y ampliamente analizada por la teoría jurídica continental. Sería imposible dar referencias adecuadas aquí. Sin embargo, véanse al menos los textos clásicos en el tema: ENGELSKI, 1960: 19, 37, 83. Véase también, para más referencias, TARUFFO, 1992a: 74 [trad. cast.: 96].

³⁸ La relevancia lógica es el estándar básico para la decisión sobre si admitir o excluir un elemento de prueba, sobre la base del principio *facta probantur quod probantur non releva*. So-

Los hechos pueden ser simples cuando un sólo evento involucra a una o más personas en un momento específico en el tiempo, o pueden tener distintos grados de complejidad cuando, por ejemplo, varios eventos conexos involucran a varias personas, o pueden ser extremadamente complejos cuando una serie de eventos están repartidos en el tiempo e involucran a cientos o millones de personas.³⁹ En consecuencia, algunas veces pueden ser descritos por uno o sólo unos pocos enunciados simples, y otras veces sólo pueden ser descritos mediante historias largas y complicadas. Sin embargo, así como los eventos complejos pueden ser pensados y analizados como compuestos por conjuntos de eventos singulares, las narrativas complejas están compuestas por cadenas de aserciones específicas: desde el punto de vista de la prueba, cada aserción específica debe ser probada. Por ejemplo, si el «hecho» es una cadena causal compleja como «A → B → C → D» es necesario que se aporten elementos de prueba que puedan sustentar A, B, C, D y todas las relaciones causales que las conectan.⁴⁰

Los hechos pueden involucrar no sólo eventos ocurridos en la realidad material, como un accidente de tráfico, sino también actitudes o estados de ánimo, como ocurre con la intención o *mens rea*, o pueden estar compuestos tanto de elementos «materiales» como «psíquicos». Estos hechos pueden dar lugar a dificultades probatorias, pero, no obstante eso, deben ser acreditados como hechos: esto significa que los enunciados que los describen también deben ser probados como verdaderos o falsos.⁴¹

2.3. Story-tellers

Un aspecto que a veces se pasa por alto o se subestima en los discursos relativos a las narrativas judiciales es que en el contexto judicial no se da solamente una narrativa continua. Una mirada más detenida a la administración de justicia en la perspectiva narrativa muestra que de hecho está integrada por un número variable de «historias» relacionadas por diferentes sujetos, en diferentes formas y con diferentes propósitos.⁴² No se trata sólo de que haya varios sujetos que hablan desde pun-

bre este principio general y para mayores referencias véase TARUFFO, 1992a: 338 [trad. cast.: 364]; 1970. El principio es reconocido en todos los sistemas procesales y contenido en un conjunto de normas específicas. Véase, por ejemplo, la regla 410 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses.

³⁹ De hecho, la «complejidad fáctica» es uno de los principales elementos de un litigio complejo, como sucede en el caso de responsabilidad masiva y acciones de clase; véase FEDERAL JUDICIAL CENTER, 2004: 242, 341.

⁴⁰ Para un análisis más amplio de la prueba de la causalidad véase TARUFFO, 2006a: 101 [trad. cast. en este mismo volumen: 251].

⁴¹ En otro lugar discuto el problema relativo a esa peculiar clase de hechos; véase TARUFFO, 1992a: 121 [trad. cast.: 144].

⁴² Una afirmación similar en JACKSON BERNARD, 1988a: 85.

tos de vista diferentes⁴³ y desde perspectivas particulares.⁴⁴ En los procesos judiciales las historias son contadas por los abogados con ánimo de confrontación y se encuentran en oposición unas con otras⁴⁵; el contexto judicial tiene la estructura de una controversia en la que los abogados presentan relatos alternativos y opuestos de los hechos.⁴⁶ Entonces, quien juzga acerca de los hechos (*trier of fact*) debe tomar una decisión a favor de uno de los posibles relatos. Las características particulares de las «historias» que son relatadas en el contexto judicial merecen algunos otros comentarios, especialmente desde el punto de vista de los «story-tellers judiciales» más importantes y característicos.

2.3.1. Los abogados

En relación con las narraciones de los abogados, TWINING pone el acento en que los mecanismos de una efectiva defensa «involucran el socavamiento del argumento racional», «incluyen técnicas para mantener al margen información relevante», «para blanquear los hechos» y «para aprovechar medios de persuasión no racional»⁴⁷, y que todo esto se hace porque la primera tarea de un abogado es persuadir al tribunal para que decida a favor de su cliente.⁴⁸ En consecuencia, las narraciones de los abogados tienden a incluir una manipulación de los hechos orientada a ganar el caso.⁴⁹ Otros autores comparten esta visión crítica y escéptica sobre la forma en que los abogados preparan y presentan sus historias y enfatizan el hecho de que esas narraciones muchas veces son engañosas y desorientadoras.⁵⁰ Si, como parece, éstas son descripciones realistas de la práctica narrativa de los abogados, surgen algunas preguntas. Se hará referencia enseguida a dos de esas preguntas, aunque sólo con el fin de llamar la atención sobre ellas y sin la discusión completa que merecerían. Luego se dedicarán algunos comentarios adicionales a una tercera pregunta.

La primera pregunta se relaciona con la ética profesional de los abogados y considera si, y en qué medida, la omisión voluntaria o la distorsión de hechos relevantes por parte de los mismos con el propósito de ganar el caso es legítima y justificada. Cabe preguntarse si debiera haber una «ética de la narrativa del abogado» que prohíba a éste presentar

⁴³ Véase TWINING, 2006: 132. Véase también GEWIRTZ, en BROOKS y GEWIRTZ, 1996: 8.

⁴⁴ Véase BRUNER, 2002: 23.

⁴⁵ Véase BRUNER, 2002: 43; GEWIRTZ, en BROOKS y GEWIRTZ, 1996: 7; BURNS, 2005: 2.

⁴⁶ Véase AMSTERDAM y BRUNER, 2002: 173.

⁴⁷ Véase TWINING, 2006: 4.

⁴⁸ *Ibid.*: 288. En el mismo sentido véase GEWIRTZ, en BROOKS y GEWIRTZ, 1996: 5.

⁴⁹ *Ibid.*: 289, 290, 297, 305.

⁵⁰ Véase, *e. g.*, GEWIRTZ, en BROOKS y GEWIRTZ, 1996: 9; DEMSKOWITZ, 1996: 99. Acerca del bajo nivel de veracidad de las historias de los abogados véase también COLDOMA CORREA, 2006: 41.

un relato de los hechos que considerara falso⁵¹. Sin embargo, la respuesta al problema de si el abogado está o no obligado a decir la verdad al narrar los hechos puede ser desconcertante; el estudio más reciente y autorizado sobre ética jurídica sólo contiene una breve referencia que dice que el abogado tiene esa obligación en casos civiles, pero con «importantes reservas»⁵². El mismo estudio subraya también que los «principios de ética jurídica algunas veces contradicen los principios comúnmente aceptados de moralidad cívica»⁵³. Probablemente esto es particularmente cierto respecto de la obligación de decir la verdad: la moralidad cívica está quizás a favor de que la gente diga la verdad, pero parecería que no existe una obligación de decir la verdad — y menos de decir «toda la verdad» — cuando se trata de abogados. A lo más pueden estar obligados a no usar elementos de prueba o aserciones de otras personas que saben que son falsas, pero esto no es equivalente a decir que tienen un deber ético de ser veraces. Como ha sido señalado de forma realista, «no se presume que el actor crea algo con respecto a la demanda, y menos aún que crea que es verdadera»⁵⁴. Es lo se confirma, por ejemplo, si consideramos la regla 11 de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses. Esta regla ha sido modificada con el propósito de reforzar el rol y la responsabilidad de los abogados, pero no contempla ninguna obligación clara y explícita respecto de la veracidad de lo que los abogados dicen: sólo están obligados a constatar, de acuerdo con su mejor «conocimiento, información y convicción, formados después de una investigación razonable de acuerdo con las circunstancias», que «las alegaciones y demás pretensiones relativas a los hechos tienen un respaldo en los elementos de prueba disponibles» o que «probablemente tendrían un respaldo en elementos de prueba si hubiera ocasión de proseguir la investigación»⁵⁵. Esta disposición está orientada claramente a sugerir que las alegaciones sobre los hechos deben hacerse seriamente y con buena fe, pero no requiere que sean verídicas.

En otros sistemas se impone a los abogados una «obligación de sinceridad», que parece incluir también el deber de hacer afirmaciones verídicas⁵⁶. Un ejemplo significativo lo ofrece ahora el sistema inglés, desde que la regla 22.1 de las *Civil Procedure Rules*, dictadas en 1999, requiere que los contenidos fácticos de las pretensiones sean confirmados por una «declaración de verdad» jurada tanto de la parte como de su abogado, bajo pena de perjurio para el caso de que se haga un jura-

⁵¹ La pregunta es hecha, e. g., por GEWIRTZ, en BROOKS y GEWIRTZ, 1996: 9.

⁵² Véase HAZARD y DONDI, 2004: 114, 327, nota 2. Las «calificaciones» de la supuesta obligación de verdad del abogado en casos civiles no se especifican.

⁵³ Véase HAZARD y DONDI, 2004: 114.

⁵⁴ Véase ANSTROM y BRUNER, 2002: 174.

⁵⁵ Para referencias sobre las modificaciones a la regla 11 y breves comentarios, véase *Federal Rules of Civil Procedure, Abridged Edition as Amended to May 13, 2005*, 50.

⁵⁶ Véase HAZARD y DONDI, 2004: 234.

mento falso⁵⁷. Una norma similar está contemplada por el § 138.1 del *Zivilprozessordnung* alemán, que dispone que las partes están obligadas a ser veraces en sus afirmaciones sobre los hechos del caso⁵⁸. Sin embargo, disposiciones como éstas no existen en todas partes y, por el contrario, varios sistemas no incluyen ninguna norma concerniente a la obligación de veracidad de las partes y de sus abogados. Por otro lado, es muy dudoso que pueda hacerse efectiva esa clase de exigencia de sinceridad⁵⁹. Por lo tanto, parece razonable creer que generalmente — y sólo con algunas pocas y limitadas excepciones — los abogados no están obligados a decir la verdad. Y menos aún están obligados a evitar distorsiones, manipulaciones o vacíos en sus descripciones de hechos.

La segunda pregunta puede plantearse básicamente en estos términos: si las narrativas de los abogados son parciales, partidistas, manipuladas y engañosas, basadas sobre omisiones y mecanismos no racionales de persuasión, y por definición no verídicas, es difícil hacerlas calzar con la afirmación tradicional — ampliamente compartida en los sistemas de *common law* y algo popular en sistemas de *civil law* también — de que el tribunal debe tomar su decisión sólo escogiendo entre las dos historias en contienda, presentadas por las partes en un contexto de confrontación⁶⁰. Si, como parece, ambas historias ofrecidas por los abogados de las partes son «malas historias», destinadas a engañar y desorientar a quienes juzgan sobre los hechos con el objeto de ganar al adversario, la situación del juez, que en cualquier caso tiene que optar por una de estas dos historias, esto es — digamos —, por la «menos mala», es una situación difícil y desafortunada. Desde esta perspectiva, la situación del juez en los sistemas procesales de tradición continental es un poco menos penosa, ya que normalmente puede y debe componer su propia historia de los hechos del caso cuando las historias contadas por ambas partes sean poco fiables.

Sea como sea, la tercera pregunta requiere algunos comentarios adicionales en relación con un par de aspectos interesantes de las historias que narran los abogados sobre los hechos del caso.

Primero de todo, debe considerarse que esas historias son construidas de distintas maneras en las diferentes tradiciones jurídicas. Los sistemas procesales de *civil law* se basan en las «alegaciones de hechos»: esto significa que el primer escrito del demandante en que se plantea la pretensión debe incluir una descripción específica, detallada y, en lo posible, completa de todos los hechos principales del caso. La ausencia de esa descripción se considera un defecto de la demanda; se admiten correcciones posteriores de forma limitada, pero la primera descripción es

⁵⁷ Véase MILLER, 2000: 630.

⁵⁸ Véase MURRAY y STRUBER, 2004: 159.

⁵⁹ Véase HAZARD y DONDI, 2004: 237.

⁶⁰ Véase, por ejemplo, GEWIRTZ, en BROOKS y GEWIRTZ, 1996: 6; TWINING, 2006: 295.

fundamental⁶¹. Más aún, de acuerdo con la comúnmente aceptada *Substantiationstheorie*, la afirmación de los hechos principales que representan la llamada *causa petendi* define el objeto de la pretensión. Con el fin de entregar un cuadro completo de la situación fáctica del caso, y también con el fin de fijar un marco de referencia para evaluar la admisibilidad de los elementos de prueba relevantes, normalmente también las circunstancias que «rodean» los hechos principales (es decir, los hechos lógicamente relevantes) son cuidadosamente descritas en el primer escrito. En estos sistemas, por lo tanto, el caso se inicia, desde el comienzo, con el relato del demandante, en el que se supone que los hechos son narrados de forma completa y detallada. En gran medida, las reglas son las mismas para el demandado: puede refutar parcialmente o *in toto* la historia del demandante, pero, en cualquier caso, tiene que presentar su propio relato de los hechos relevantes, que puede ser la versión opuesta del relato del demandante o una versión completamente distinta de los hechos. Sin embargo, también la historia del demandado tiene que estar basada en una alegación completa y detallada sobre los hechos relevantes.

Las cosas son diferentes en lo procesal, pero sustancialmente equivalentes, cuando se trata de sistemas en los que la demanda no contiene necesariamente una narración completa de los hechos (o sistemas de «*notice pleading*»), como ocurre en el caso de las *Federal Rules of Civil Procedure* de Estados Unidos. En un sistema como éste, los hechos son establecidos paso a paso, a través de la presentación de los elementos de prueba: entonces, sólo al final de la etapa prejudicial las dos partes pueden delinear el cuadro de la situación fáctica que subyace al caso⁶². Por decirlo de alguna forma, el esbozo y la composición de las historias de las partes resultan más extensos, más fragmentados y más complicados que en los sistemas procesales de *civil law*. De hecho, en esos sistemas los hechos sólo son investigados y analizados por los abogados *antes* de empezar el caso con el fin de chequear previamente si la pretensión puede tener sustento en una historia completa y detallada de los hechos. Si el resultado de este control previo es negativo, probablemente sería mejor para el demandante evitar iniciar un proceso. En todo caso, incluso en los sistemas de *notice pleading* llega el momento en que se espera que ambas partes presenten sus propias historias del caso.

Esas «historias» comparten típicamente algunas características que merecen atención.

⁶¹ Véase, por ejemplo, apartado 130.3 del *Zivilprozessordnung*, alemán, arts. 6 y 62 del *Code de procédure civile* francés, art. 399.3 de la Ley de enjuiciamiento civil española y art. 163.4 del *Codice di procedura civile* italiano.

⁶² Sobre este muy conocido aspecto del procedimiento federal estadounidense véanse, e. g., JAMES, HAZARD y LEUBSDORF, 1992: 145; FRIEDENTHAL, KANE y MILLER, 1985: 252.

Antes que nada, *pretenden ser verdaderas*. No son simples conversaciones entre los abogados y el tribunal: cuando un abogado alega algunos hechos, implícita o explícitamente sostiene que esos hechos son verdaderos. De hecho, sería un sinsentido que el abogado invocara el hecho material en que se basa su pretensión pero al mismo tiempo dijera o sugiriera que la afirmación relativa a ese hecho es falsa. Lo mismo ocurriría si llamo a mi esposa y le digo que mi vuelo desde Nueva York saldrá con cinco horas de retraso, pero al mismo tiempo le digo que eso es falso; seguramente mi esposa se preguntará cuántos *gin-tonics* he bebido.

Entonces, una «pretensión de verdad» es típica de las narraciones de los abogados, así como de muchos otros relatos, independientemente de si éstas son efectivamente verdaderas o falsas. Pero como, respecto de una enunciación, una pretensión de verdad no es equivalente a ser verdadera, la historia de un abogado acerca de un hecho material no es más que una *historia hipotética* relativa a ese hecho. Esta hipótesis se presenta «como verdadera», pero todavía no es más que una hipótesis: si es verdadera o falsa se determinará más adelante, en el curso del procedimiento y en la sentencia final. En términos de la teoría de los actos de habla esas narraciones pertenecen a la categoría de los actos ilocucionarios, con un objetivo ilocucionario asertivo. En efecto, son aserciones, es decir, enunciados que pretenden afirmar una proposición verdadera describiendo un hecho «con una dirección de ajuste palabra-mundo»⁶³. En el caso de las historias contadas por las partes, hay otros dos aspectos importantes respecto de la función que cumplen: uno está conectado con el hecho de que el propósito del abogado es ganar el caso y, por lo tanto, la historia que cuenta está construida con el fin de persuadir a quien juzga los hechos de que su cliente merece ganar⁶⁴. Desde esta perspectiva, la narración del abogado tiene también otro objetivo ilocucionario, que es directivo, al ir dirigida a sustentar una petición que puede ser concedida o negada⁶⁵. El otro aspecto, no considerado por la teoría del *story-telling*, pero jurídicamente relevante, está relacionado con la carga de la prueba. En realidad, el abogado no cuenta su historia hipotética de los hechos del caso sólo con el fin de informar al tribunal y a las otras partes. Cuando presenta la historia, el abogado toma sobre sus hombros la carga de la prueba en relación con esos hechos. A menos que existan presunciones legales aplicables al caso, y a menos que el tribunal establezca una distribución diferente de las cargas probatorias entre las partes, el principio básico es que el *onus probandi incumbit ei qui dicit*: quien afirma que un hecho es verdadero tiene la carga

⁶³ Sobre la función ilocucionaria de los actos de habla véase SEARLE, 1999: 137, 140, 148; 1980: 23, 29, 65.

⁶⁴ Véase AARSTRAND y BRUNER, 2002: 46, 174, 175.

⁶⁵ Sobre el concepto de objetivo ilocucionario directivo (*illocutionary directive point*) véase SEARLE, 1999: 148.

de probar la verdad de sus afirmaciones. Esto es generalmente válido en muchas áreas de la experiencia: en el contexto judicial significa que para ganar un caso es necesario que se satisfaga la carga de la prueba que fue asumida al alegar los hechos.⁶⁶

2.3.2. Los testigos

En cierto sentido, un testigo es típicamente un *story-teller*. Es una persona que supuestamente tiene conocimiento de algunos hechos del caso y de la que se espera que «relate la historia» de los hechos que conoce. Un testigo puede cumplir con su función narrativa de diferentes maneras: algunas veces se le pide narrar lo que sabe de forma interrumpida; más frecuentemente es interrogado — por los abogados de las partes o por el tribunal, o por ambos, dependiendo de las reglas sobre formación de esa clase de prueba — por medio de una o más series de preguntas específicas. En ese caso, la historia del testigo va apareciendo a través del transcurso de las respuestas que da. No existe un texto espontáneo y continuo: la historia está fragmentada y el testigo normalmente entrega pequeñas piezas dispersas de un mosaico⁶⁷ que deben ser combinadas en un diseño general. Frecuentemente el hecho es descrito en la pregunta y la respuesta del testigo es simplemente «sí» o «no». Sin embargo, la estructura de este tipo de diálogo puede ser diferente: en la mayor parte de los sistemas de *civil law* el examinador es el juez, quien normalmente hace a los testigos preguntas sobre los hechos que fueron previamente señalados por las partes; en sistemas que adoptan la técnica del interrogatorio directo y el contrainterrogatorio, quienes interrogan son los abogados y la interrogación puede estar estructurada en dos o más etapas, en las cuales hacen sus preguntas en la secuencia que consideren más eficiente para obtener el testimonio. No obstante esta forma dialógica e interactiva de interrogación y de la variedad de formas en que esta puede ser conducida, puede asumirse que la historia es contada por el testigo y que esa historia puede ser reconstruida a partir del registro de la interrogación del testigo.

La historia que cuenta un testigo tiene dos aspectos relevantes que vale la pena destacar aquí. Tiene una *fuerte pretensión de veracidad*, mucho más fuerte que la pretensión de veracidad que — como hemos visto anteriormente — es característica de las historias de los abogados. Mientras que el abogado no está bajo una real obligación de decir la ver-

dad, el testigo sí tiene esa obligación: jura decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad, y el perjurio es penado por el derecho criminal. Esto no significa, por supuesto, que los testigos nunca mientan, pero significa que hay por lo menos una pretensión *prima facie* a favor de la veracidad de sus narraciones. Hay, sin embargo, un aspecto que puede resultar desconcertante, al menos en algunos sistemas. En los sistemas procesales de *civil law* los testigos son normalmente nombrados por las partes: sólo algunas veces el tribunal tiene la facultad de llamar testigos de oficio⁶⁸. En ambos casos, sin embargo, se espera que el testigo sea imparcial, porque su papel es contar *al tribunal* una historia fiable acerca de los hechos que se supone que conoce. El testigo no está orientado hacia la parte, y la historia que cuenta se supone que es la «verdadera» historia de los hechos. En el sistema estadounidense, los testigos también son presentados por las partes [porque los tribunales rara vez usan la facultad que les entrega la regla 614(a) de las *Federal Rules of Evidence*], pero están básicamente orientados hacia la parte, habiendo sido escogidos y previamente instruidos y preparados por «su» parte. Se espera de ellos, entonces — y es lo que requiere su juramento —, que digan la verdad que fundamenta la posición de «su» parte en el caso. Si no lo hacen, se transforman en testigos «adversos» y son examinados como tales; pero incluso en este caso no se supone que son neutrales e imparciales: siempre se asume que están orientados hacia la parte, de una forma positiva o negativa, y no hacia el tribunal. Puede haber una difícil tensión entre la obligación de decir la verdad y la inclinación de contar la historia que es preferida por la parte que presenta al testigo.

Por otro lado — y éste es el segundo aspecto relevante —, normalmente la interrogación de un testigo incluye preguntas que están específicamente dirigidas a confirmar y confrontar su credibilidad. Sucede en los sistemas de tradición continental, ya que el juez, y también en alguna medida las partes, puede hacer preguntas acerca de la credibilidad del testigo como persona y de la fiabilidad de su recuerdo y su narración de los hechos. Sucede — probablemente de una forma más efectiva — en los sistemas de *common law*, ya que la contrainterrogación está típicamente dirigida a atacar, y posiblemente a destruir, la credibilidad del testigo y la fiabilidad de las respuestas que da durante el interrogatorio. En este sentido, uno bien puede entender el muy conocido *dictum* de Wigmore, según el cual la contrainterrogación «es, más allá de toda duda, el mejor motor jurídico que se haya inventado para descubrir la verdad»⁶⁹. Por supuesto, aquí estamos considerando lo que podría ser definido como el funcionamiento «fisiológico» de la contrainterrogación: una pregunta completamente distinta surge cuando los abogados abusan de este mecanismo con el fin de esconder o distorsionar la

⁶⁶ El tema de la carga de la prueba no puede ser analizado adecuadamente aquí. Véase, en general, GASKINS, 1992. El problema es particularmente complejo porque en muchos casos la ley o el tribunal cambian la carga de probar un hecho desde la parte que originalmente lo alegó a la otra parte. Véase, por ejemplo, *ibid.*: 103; CORNWY y JONES, 2002: 875; HAY, 1997. Para un análisis de esta práctica muy común véase GARCÍA GRANADE, 2005: 1.

⁶⁷ Véanse GEWIRTZ, en BROOKS y GEWIRTZ, 1996: 7; BUANS, 2005: 2.

⁶⁸ Véase TARUFFO, 2006b: 451 [trad. cast., en este mismo volumen: 531].

⁶⁹ Véase WIGMORE, 1974, vol. 5, 32.

verdad y tratan de destruir al testigo independientemente de que haya o no dicho la verdad.⁷⁰

Esta es exactamente la cuestión: la interrogación de un testigo es —o debe ser— realizada precisamente con el fin de investigar la verdad sobre lo que el testigo conoce acerca de los hechos del caso. No se espera que el testigo cuente una historia cualquiera para el entretenimiento del tribunal, de los abogados o del público. Se espera —y se le obliga— a presentar una narración verdadera de los hechos del caso. Esta narración, al estar compuesta de enunciados que describen hechos, también pertenece a la categoría de actos ilocucionarios asertivos y tiene la función de entregar a quien juzga los hechos una información verdadera y fiable.

2.3.3. El juzgador

Quien juzga los hechos es el narrador final y por eso es el más importante. Al término del procedimiento se enfrenta con un grupo de historias que han sido relatadas por los abogados y por los testigos: esas historias están normalmente en conflicto y competencia, o pueden ser simplemente diferentes y presentar varias narraciones de los hechos involucrados. La función principal de quien juzga los hechos es determinar cuál de todas es la «mejor» narrativa de los hechos en términos relativos, ya sea escogiendo una historia entre aquellas que fueron contadas o construyendo su propia historia si está autorizado para hacerlo y no está satisfecho con ninguna de las historias contadas por las partes. La narración que es presentada por quien juzga los hechos al final del juicio, en su decisión final, tiene al menos tres características relevantes: a) También es un acto ilocucionario asertivo, pues está compuesto por un conjunto de enunciados que describen hechos. b) Es neutral y *supra partes*: el juez no tiene un propósito particular que alcanzar, excepto aquel de entregar una decisión cuidada y justa. No tiene un interés personal específico que satisfacer ni personas a quien proteger o apoyar. No debe ser parcial a favor o en contra de nadie: se requiere que sea independiente e imparcial. Su perspectiva típica es, dicho en términos de Norbert Elias, aquella del *desapego*: su historia es y debe ser «*desapegada*» de la disputa de las partes sobre los hechos del caso.⁷¹ La función de su historia es solamente establecer que se ha determinado que ciertos hechos han sido confirmados de forma «objetiva». c) Por último,

esa historia es *verdadera* no solamente en el sentido de que tiene la pretensión de veracidad, sino porque es verdadera sobre la base del fundamento ofrecido por los elementos de prueba aportados y valorados. En un contexto judicial una aserción relativa a un hecho es verdadera en la medida que ha sido confirmada por pruebas: «Verdadera» es equivalente a «probada».⁷² Entonces la narración final creada por quien juzga los hechos es verdadera si ha sido probada como verdadera.

Sin embargo, hay que hacer una distinción entre el caso en que los hechos son juzgados por un jurado y el caso en que —como sucede en los sistemas de *civil law* y en Inglaterra— quien juzga los hechos es un juez (o un tribunal colegiado). Gran parte del discurso sobre *story-telling* se ha construido con referencia a jurados⁷³, pero —frónticamente— los jurados en realidad no narran historias en absoluto: un veredicto no está nunca acompañado o sustentado por una motivación o ninguna otra manifestación escrita u oral que explique o justifique la decisión dada sobre los hechos de que se trata. Por lo tanto, a lo sumo podemos *adivinar* qué historias de los hechos construyeron los jurados en sus mentes y discutieron en el secreto de la sala del jurado, pero en realidad no podemos aprender nada acerca de dichas historias. De hecho, debemos trabajar con imaginación, o algo más. Esa imaginación puede estar más o menos sustentada por alguna prueba indirecta o inferencial, pero no podemos leer o escuchar las historias de los jurados, y nunca sabremos directamente cómo un miembro del jurado o el total del jurado construyó una o más narraciones sobre los hechos del caso. En consecuencia, nunca sabremos si el jurado escogió una de las historias contadas por los abogados de las partes o elaboró una reconstrucción autónoma y original de los hechos del caso.

Las cosas son muy distintas en el caso de los jueces continentales. Ellos tienen la obligación legal, frecuentemente reforzada por disposiciones constitucionales, de ofrecer una motivación en la que la decisión sobre la *questio iuris* tiene que estar sustentada por argumentos jurídicos adecuados y las conclusiones sobre los hechos deben estar lógicamente fundadas en las pruebas relevantes presentadas en el curso del procedimiento. Hay, por lo tanto, una narración de los hechos del caso que representa la manera en que son establecidos por el tribunal. Esa narración puede ser equivalente en parte o *in toto* a la narración presentada por una de las partes, en la medida que esa parte haya sido exitosa en probar «sus» hechos. Pero cuando el tribunal considera que ninguna de las historias ofrecidas por las partes ha sido sustentada por pruebas adecuadas, articulará una historia diferente basada en una reconstrucción autónoma y original de los hechos del caso, que tendrá que estar fundada en las pruebas que el tribunal ha tomado en consideración. Si las pruebas dis-

⁷⁰ Véase, por ejemplo, FREEMAN, 1966: 1474, donde se dice que el buen abogado usará la contrainterrogación con el propósito de «destruir» al testigo adverso, especialmente cuando el abogado sabe que el testigo ha dicho la verdad. Véase también EINHORN, 1970: 18; APTHEIMAN, 1965: 6.

⁷¹ En otro lugar desarrollo el tema del *desapego* del juez en contraste con el involucramiento del abogado en el contexto de la prueba. Véase TAKURO, 1994: 267.

⁷² Véanse, por ejemplo, FISHER BEUTRAN, 2002: 61; COLOM, CORREA, 2006: 35, 50, 143.

⁷³ Véase *infra* apartado 4.

ponibles no son suficientes a la luz del estándar que la ley exige para una decisión «positiva» sobre los hechos, el tribunal va a contar una historia «negativa», diciendo que los hechos relevantes del caso no fueron establecidos y que, en consecuencia, las afirmaciones relativas a esos hechos no pueden ser tomadas como verdaderas. En cualquier caso, en esos casos temas hay efectivamente un relato de los hechos que es contado por el tribunal: este relato puede ser analizado, criticado y comparado con las otras narraciones que fueron contadas en el contexto judicial.

3. CONSTRUYENDO NARRACIONES

Un relato de hechos no es nunca, especialmente en los procedimientos judiciales, algo que se encuentre ya preparado o que caiga del cielo sobre el escritorio del abogado o en el estrado del juez. Sucede exactamente lo contrario: los relatos son *construidos* por sus autores, generalmente por medio de complejas y sofisticadas actividades creativas. Esta *construcción* no es solamente una descripción pasiva o abstracta y neutra de los hechos: como se ha dicho, las historias *construyen* los hechos de una historia por su autor es también la construcción de los hechos que el autor narra: el autor, en otras palabras, *construye su versión de los hechos*. Al construir su historia, en verdad el autor «*da forma a la realidad*»⁷⁵. Por estas razones puede ser interesante considerar al menos algunos de los aspectos más importantes de la construcción de relatos, tomando prestados algunos conceptos generales de la teoría narrativa, pero dirigiendo la atención a la construcción de narrativas judiciales. Desde esta perspectiva pueden distinguirse algunas «modalidades de construcción», aunque éstas se combinan e interfieren unas con otras en la creación de cualquier narrativa de hechos.

3.1. Construcción de categorías

Como enfatizan AMSTERDAM y BRUNER, las categorías son «omnipresentes e inevitables en el uso de la mente humana»⁷⁶, por cuanto son el principal mecanismo que las personas emplean al interpretar y organizar la realidad, asignando sentido y ubicando sucesos en un contexto particular de ideas⁷⁷ y, por lo tanto, al construir narrativas. Existen muchas categorías: cambian de acuerdo al tiempo y el espacio y nunca están fi-

jas en su forma y contenido⁷⁸, más aún, cada persona tiene sus propias categorías de acuerdo con su propia cultura⁷⁹. Como la construcción de narrativas se basa en la *categorización*, la consecuencia obvia es que cuando se usan diferentes categorías o cuando una categoría se usa en diferentes versiones o sentidos, se construyen diferentes narrativas. No hay necesidad de desarrollar aquí un análisis acabado del uso de categorías⁸⁰: unos pocos ejemplos pueden ser suficientes para mostrar cómo las narrativas pueden variar cuando se usan diferentes categorías.

Incluso confiando en el concepto más común de *tiempo*, y sin caer en las complejidades filosóficas acerca de la idea de tiempo o incluso en las ideas más sofisticadas de espacio-tiempo, está claro que una categorización distinta de tiempo crea diferencias significativas en la construcción de narrativas. Una cosa es decir, por ejemplo, que el suceso S2 ocurrió un segundo o uno o cinco minutos después del suceso S1, y otra completamente diferente es decir que S2 ocurrió seis meses, un año o diez años después de S1. Estas serían historias completamente distintas en relación con S1 y S2. De manera similar, una cosa es decir que S1 y S2 ocurrieron en el mismo lugar, pero sería otra cosa decir que S2 ocurrió a un metro, una milla o a diez mil millas de S1. Una vez más, la variación de las distancias lleva a contar historias completamente diferentes.

Otro ejemplo interesante que se da frecuentemente en los contextos judiciales es aquel de la *causalidad*. La causalidad es una de las categorías que se usa con más frecuencia en el derecho⁸¹, así como en otras áreas de la experiencia, y hace muchos siglos que es objeto de debates filosóficos y científicos, los cuales naturalmente no pueden discutirse aquí. Desde la perspectiva de la construcción de narrativas, es probablemente más interesante considerar la causalidad como un «modelo mental»⁸² o como un «modelo cognitivo idealizado»⁸³, esto es, como un marco psicológico que se usa comúnmente con el fin de dar forma a las conexiones entre los hechos. Con todo, si decimos que una acción realizada por A provocó un daño físico a B, estamos hablando en términos de una causalidad directa y específica, porque estamos describiendo dos eventos particulares e individuales respecto de los cuales estamos diciendo que uno es la causa real, concreta e inmediata del otro⁸⁴. Pero si decimos que el evento E1 puede aumentar en cierta me-

⁷⁵ *Ibid.*: 37.

⁷⁶ *Ibid.*: 27.

⁷⁷ Para tal análisis véase principalmente AMSTERDAM y BRUNER, 2002: 19. Véanse también los ejemplos ampliamente analizados *ibid.*: 55.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, el trabajo clásico de HART y HOSKOT, 1959; STELLA, 1990.

⁷⁹ Véase JOHNSON y LAURO, 1999: 67.

⁸⁰ Véase WINTER, 2001: 88, 93, 105.

⁸¹ Sobre el concepto de causalidad específica o individual véanse, e. g., TARUFFO, 2000a: 107 [trad. cast., en este mismo volumen, 256]; STELLA, 2003: 339; GREEN, FRIEDMAN y GOERDS, 2000: 381.

⁷⁴ Véase AMSTERDAM y BRUNER, 2002: 111.

⁷⁵ *Ibid.*: 135.

⁷⁶ *Ibid.*: 19.

⁷⁷ *Ibid.*: 28.

dida la probabilidad de eventos del tipo E2 en una población determinada, estamos hablando en términos de la llamada causalidad general, que es un concepto completamente distinto de causalidad y que —a lo más— puede ser expresado en términos de la probabilidad de E2 si ocurre E1.⁸⁵ Las dos historias son muy distintas: la primera está correctamente fundada en la categoría de la causalidad, entendida como la conexión directa entre dos eventos, mientras que la última debería ser más propiamente narrada en términos de probabilidad estadística. Contar esta última historia en términos de causalidad específica sería erróneo y engañoso, porque sugeriría la idea de una fuerte conexión única que realmente no existe: contar la primera historia en términos de probabilidad también sería engañoso porque sugeriría que hay sólo una conexión probable en vez de una causalidad directa. Aún más, si eventos del tipo E1 y del tipo E2 ocurrieran en una población determinada, pero no se descubriera ninguna relación ulterior entre ellos, significaría que la conexión entre ellos no puede ser descrita ni en términos de probabilidad, ni —mucho menos— en términos de causalidad.⁸⁶ esa descripción distorsionaría el significado de la información que provee la ciencia y, por lo tanto, sería falsa.

Si uno combina todas las variedades posibles de tiempo, espacio, causalidad y conexiones no causales, el resultado claro es que existe un gran número de narrativas posibles para describir la ocurrencia combinada de E1 y E2; algunas de ellas pueden ser más coherentes y plausibles que las otras; algunas de ellas pueden ser ciertas y algunas falsas. En todo caso, el diferente uso de categorías no puede sino producir diferentes historias.

3.2. Construcción lingüística, semántica y lógica

Obviamente la calidad de la narración depende del uso correcto del lenguaje en que ésta se relate: una historia mal escrita, salpicada de errores de gramática y sintaxis, puede incluso ser imposible de entender. Igualmente obvio es el requisito de corrección semántica: usar las palabras en su sentido correcto y propio, así como evitar el cambio de sentido del mismo término durante el curso de la narración, son reglas elementales que no requieren mayor análisis. Lo mismo puede decirse de las reglas de la coherencia lógica, como las que imponen evitar contradicciones, saltos en la línea argumental y en la descripción de los eventos conexos, como también el uso de inferencias injustificables.

⁸⁵ Sobre el concepto de causalidad general véase TARUFFO, 2006a: 107 [trad. cast., en este mismo volumen: 256]; STELLA, 2003: 291; GREEN, FREEDMAN Y GORDIS, 2000: 374, 383.

⁸⁶ Sobre el concepto de mera conexión véase KAYE Y FREEDMAN, 2000: 91; RUBINFELD, 2000: 183, 185; GREEN, FREEDMAN Y GORDIS, 2000: 376.

Si consideramos un texto de literatura experimental, puede que algunas o todas de estas reglas sean dejadas de lado, pero se deben seguir en un texto que pretende ser la narración descriptiva de un evento o un conjunto de eventos.

Hay un aspecto de la construcción lingüística y semántica que requiere algunos comentarios adicionales. TWINING destaca cómo las historias generalmente disuelven la distinción entre hecho y valor⁸⁷, y éste es un asunto especialmente importante en relación con la construcción de las narrativas judiciales. De acuerdo con la *gran distinción* de HUME, los enunciados que describen hechos deben ser cuidadosamente separados de los juicios de valor y ninguno puede ser derivado del otro. Esa distinción es ineludible no sólo por razones filosóficas, aunque puede ser difícil de aplicar en la práctica porque el derecho frecuentemente define los supuestos de hecho a través de términos valorativos⁸⁸ y porque frecuentemente la gente común no entiende la diferencia entre hecho y valor. No obstante, siempre tiene que tomarse en consideración que los enunciados descriptivos son *apofánticos*, esto es, verdaderos o falsos y, por lo tanto, puede probarse su verdad o falsedad. Los enunciados que expresan juicios de valor *no son apofánticos*: pueden ser fundamentados y justificados, o criticados y rechazados, pero no puede probarse su verdad o falsedad. En términos jurídicos y judiciales, esto significa que sólo los enunciados que describen hechos, es decir, las partes fácticas de una narración, pueden ser probados o no probados, mientras que las afirmaciones de valor, esto es, los aspectos valorativos de una historia, no pueden ser objeto de prueba. Por ejemplo: afirmar que la velocidad de un coche era «excesiva» es distinto de afirmar que ésta «excedió el límite de 65 millas por hora». La última afirmación es «fáctica» y puede ser verificada objetivamente (por un velocímetro), mientras que la primera expresa una evaluación puramente subjetiva que puede ser comparada positivamente por varias personas pero que no puede ser objetivamente probada. La última afirmación es materia de prueba; la primera es un asunto de apreciación.⁸⁹

En la medida que una narración pretende ser verdadera, merece ser tomada como verdadera o tiene que ser considerada como verdadera porque está respaldada por pruebas suficientes; la diferencia entre enunciados descriptivos y enunciados valorativos se da obviamente por su puesta. Esa diferencia es importante, en contextos judiciales, desde muchos puntos de vista: basta con decir que normalmente un testigo co-

⁸⁷ Véase TWINING, 2006: 312, 335, 336.

⁸⁸ Discuto más ampliamente este tema en otra parte. Véase TARUFFO, 1992a: 105 [trad. cast.: 128]; 1985: 45. Véase también WOODLIESS, 1983a: 108.

⁸⁹ Una velocidad de 20 millas por hora puede ser considerada excesiva por alguien, bajo circunstancias determinadas, incluso cuando el límite es de 65 millas por hora.

mún (es decir, un testigo no experto) no puede expresar su propia valoración personal sobre los hechos que está narrando. En términos más generales, la relevancia de los medios de prueba se determina sobre la base de su capacidad de brindar información que confirme la verdad o falsedad de una afirmación, lo que implica que la prueba debe referirse a los hechos, no a las valoraciones.

En consecuencia, contar una historia en términos valorativos en lugar de hacerlo en términos fácticos significa contar una historia diferente: una historia que no puede ser objeto de prueba.

3.3. Construcción social o institucional

Aunque no se compartan en toda su extensión las críticas de Ian HACKING contra la pretensión de que todo es «construido socialmente»⁹¹, hay que reconocer que, tanto en la vida diaria como en los contextos judiciales, nos enfrentamos en ocasiones a hechos no institucionales. Un accidente de tráfico, una lesión o la muerte de una persona son hechos materiales «brutos», antes y además de ser los fundamentos jurídicos para una demanda de indemnización por daños, y antes y además de ser «construidos» de alguna otra forma⁹². Sin embargo, en muchos casos los hechos de la experiencia cotidiana, y particularmente los hechos involucrados en el proceso judicial, son «institucionales» o «socialmente construidos»⁹³, aunque están frecuentemente basados sobre algunos hechos «brutos» que preceden lógicamente a su calificación institucional⁹⁴. En el conocido ejemplo de SEARLE, un pedazo de papel con impresiones verdes es un billete de 100 dólares no por su realidad material, sino por las convenciones sociales, legales, institucionales y organizacionales en virtud de las cuales «cuenta como» un billete de 100 dólares⁹⁵. Los mismos comentarios pueden hacerse acerca de muchos «hechos» que son relevantes en casos judiciales: por ejemplo, si pensamos en la transferencia de los llamados «productos financieros», o en transacciones virtuales en comercio internacional, estamos pensando en «hechos» que pueden tener relevancia jurídica —y, por lo tanto, deben ser fijados por el tribunal— pero que tienen una base empírica muy frágil, si es que tienen alguna. En esas situaciones, describir y narrar un hecho necesariamente requiere

⁹¹ Véase HACKING, 1999.

⁹² Para una discusión crítica de las teorías que señalan que los hechos son solamente construcciones sociales véase HACKING, 1999: 23, 80.

⁹³ En general, sobre la distinción entre hechos «brutos» e «institucionales» véase SEARLE, 1996: 36; MACCORNICKE y WEINBERGER, 1986. Para una teoría general de los hechos institucionales véase nuevamente SEARLE, 1996: 130.

⁹⁴ Sobre la precedencia lógica de los «hechos brutos» véase SEARLE, 1996: 67, 138.

⁹⁵ Véase *ibid.*: 38, 41, 47, 93.

determinar también las dimensiones sociales e institucionales del hecho, incluso yendo más allá de su materialidad empírica.

3.4. Construcción cultural

En un sentido general, la construcción de narraciones siempre es «cultural» en sí misma: las categorías, el lenguaje y las construcciones sociales son parte de la cultura de cada *story-teller*. Sin embargo, hay un sentido más específico en el que la construcción de narrativas es cultural: esto sucede porque cualquier narrativa se sustenta en una cultura y es creada por medio de una cultura, entendida como un conocimiento del mundo. El concepto de coherencia narrativa puede definirse entonces en términos de correspondencia de la historia relatada con los modelos de narraciones que existen dentro del «stock de conocimiento» que representa los contenidos de esa cultura⁹⁶. Como TWINING subraya, los relatos hacen una referencia permanente al «stock de conocimiento» que proporciona el antecedente cultural de cada *story-teller*⁹⁷. En algún sentido, ese «stock de conocimiento» puede ser comprendido como un equivalente al «sentido común» o a la «cultura general»⁹⁸. En todo caso, es un «conjunto de cosas» extremadamente vago, indeterminado, variable e incierto. Es claramente imposible definirlo, básicamente por la vaguedad y variedad de su contenido; sin embargo, algunos aspectos de los «conocimientos» incluidos en el *stock* merecen algunos comentarios adicionales.

Ante todo, uno debe enfatizar que dentro del cúmulo dispar de esos «conocimientos» hay muchas cosas que no son conocimiento en absoluto. De acuerdo con TWINING, ese *stock* es una suma de «aglomeraciones de creencias mal definidas que típicamente consisten en un complejo portaje de información, modelos sofisticados, memorias anecdóticas, impresiones, relatos, mitos, proverbios, deseos, estereotipos, especulaciones y prejuicios, más o menos fundados»⁹⁹. No consiste en «proposiciones individuales, empíricamente verificadas y bien articuladas»¹⁰⁰.

Dentro de este «potaje», algunos ingredientes merecen una atención especial. En primer lugar, los *prejuicios*. El sentido común está lleno de prejuicios de género, raciales, religiosos, étnicos e incluso profesionales que, de acuerdo con SCHAUER, son creencias infundadas respecto de una persona, normalmente basada en generalizaciones estadísticamente fiables¹⁰⁰. Estas creencias pueden afectar profun-

⁹⁶ Para esa definición véase JACKSON BARNARD, 1998a: 59.

⁹⁷ Véase TWINING, 2006: 310, 335, 338, 443.

⁹⁸ Discuto estas nociones en otra parte. Véase TARUFFO, 2002: 121 [trad. cast.: 107].

⁹⁹ Véase TWINING, 2006: 338.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Véase SCHAUER, 2003: 15.

damente la construcción de narrativas y son particularmente peligrosas porque pueden ser efectivas en hacer la historia especialmente coherente y creíble para aquellos que comparan los mismos prejuicios. De esta manera los hechos pueden ser distorsionados y manipulados sustancialmente, pero la historia relatada puede sonar muy persuasiva para una audiencia con prejuicios similares.¹⁰⁰

El «potaje» también está hecho de «guiones» (*scripts*). Estos «encarnan las expectativas y las prácticas corrientes de una cultura: capturan las formas corrientes en que la gente vive y se espera que viva en su vida cotidiana».¹⁰² «Mucho de nuestro conocimiento básico de la cultura está organizado en términos de esos guiones»: están frecuentemente ocultos en las narraciones y son «normalmente tácitos en lugar de explícitos».¹⁰³ Los guiones, por lo tanto, encarnan las ideas de la «normalidad» existente en una determinada cultura: se usan para articular los hechos de acuerdo con secuencias normales de sucesos o comportamientos. Una vez más, se trata de un mecanismo que puede ser muy efectivo en la manipulación de los hechos: los hechos no se narrados «como ocurrieron»; son «reducidos a la normalidad» porque de esa forma pueden sonar más familiares para un público que comparte las mismas ideas sobre lo que es normal y *anormal*. Esto no significa solamente que los sucesos sean encuadrados en una especie de trama predeterminada: también son interpretados de acuerdo con un modelo predeterminado, y — como la referencia a la normalidad es prescriptiva más que descriptiva —¹⁰⁴ tienen el efecto de transmitir una suerte de juicio moral: lo que es presentado como normal es bueno y lo que es presentado como anormal es malo. En consecuencia, no se trata de un mecanismo para informar a la audiencia sobre la verdad de algo, sino de un mecanismo para condicionar las reacciones de la audiencia.

Otros ingredientes importantes son los *estereotipos* y los *perfiles*.¹⁰⁵ Según SCHAUER, los estereotipos y perfiles usualmente se refieren a personas, como la «esposa leal» y el «marido infiel», «el policía corrupto», el «chófer negro»¹⁰⁶ y el «Violador afroamericano», el «asiático» y el «traficante de drogas latinoamericano»¹⁰⁷, el «terrorista islámico»¹⁰⁸, etcétera. Los estereotipos y los perfiles están normalmente basados en

¹⁰⁰ Véase MENSASSE y SHAMASH, 2005: 11.

¹⁰¹ Para esa definición véase AMSTERDAM y BRUNER, 2002: 121. Véase también MENSASSE y SHAMASH, 2005: 13.

¹⁰² Véase AMSTERDAM y BRUNER, 2002: 121.

¹⁰³ Véase principalmente HACKING, 2004: 160, 163.

¹⁰⁴ Los dos ingredientes pueden discutirse juntos porque pueden ser considerados como las dos caras de un mismo fenómeno: en realidad, la actividad llamada «*profiling*» puede terminar produciendo perfiles y estereotipos. Acerca de estos temas véase principalmente SCHAUER, 2003: 138, 155.

¹⁰⁵ *Ibid.*: 191.

¹⁰⁶ *Ibid.*: 167.

¹⁰⁸ *Ibid.*: 181.

generalizaciones burdas y, por lo tanto, tienen múltiples defectos. Algunas veces las generalizaciones en que se fundan los estereotipos y perfiles están justificadas y, por lo tanto, pueden ser útiles — al menos en alguna medida — para orientar decisiones y juicios.¹⁰⁹ De la misma forma, esos estereotipos y perfiles pueden ser usados apropiadamente en la construcción de narrativas. En muchos casos, sin embargo, y quizás en la mayoría — especialmente en aquellos que involucran raza, género y orientación sexual —, los estereotipos están típicamente basados en generalizaciones estadísticas infundadas¹¹⁰ y, por lo tanto, no reflejan ninguna realidad específica. De hecho, no están destinados a dar una imagen precisa de personas particulares: son usados como medio para subsumir personas o comportamientos específicos bajo «tipos» bien conocidos, esto es, como un mecanismo que reduce la especificidad de tales personas o comportamientos, con el fin de simplificar la comprensión y la descripción de la realidad. Usar los estereotipos es una forma de aplicar una especie de lecho de Procrusto, esto es, de estirar a las personas bajas y cortarles las piernas a las altas para hacerlas encajar en una estatura predeterminada.¹¹¹ Cuando esto sucede, quien presenta los hechos incurre en la *falacia narrativa*, porque distorsiona los hechos para forzarlos a calzar dentro de una estructura narrativa culturalmente familiar.¹¹² No es sorprendente que incluso la palabra «estereotipo» tenga una connotación negativa.¹¹³ Por lo tanto, en la medida que una narración se base en estereotipos, probablemente no podrá ser tomada como la descripción fiel de hechos reales: esta narración tiende a transformarse en una suerte de idealización en la cual caracteres típicos actúan en las formas típicas, como ocurre en la *commedia dell'arte* italiana.

Quizás los ingredientes más importantes y más desconcertantes del «potaje» son las *generalizaciones de sentido común*. Estas son necesarias en cada etapa del razonamiento sobre la prueba y los hechos, ya que en la mayoría de los casos son las premisas para las inferencias que conectan la información y los hechos. Como dice David SCHUM, son el «pegamento» del razonamiento inductivo.¹¹⁴ El problema es que el estatus epistémico de esas generalizaciones es usualmente vago e indeterminado: en realidad, pueden ser racionales e irracionales, buenas y malas, dependiendo de si tienen o no un fundamento epistémico sólido.¹¹⁵ En algunos pocos casos son una especie de vulgarización de las leyes científicas o de generalizaciones «verdaderas» que provienen de la cien-

¹⁰⁹ *Ibid.*: 76.

¹¹⁰ *Ibid.*: 22, 138, 144, 151.

¹¹¹ *Ibid.*: 199.

¹¹² Véase MENSASSE y SHAMASH, 2005: 17, 19, 20, 27.

¹¹³ Véase SCHAUER, 2003: 17.

¹¹⁴ Ver SCHUM, 1994: 82, 109.

¹¹⁵ Sobre estas distinciones véase, por ejemplo, SCHAUER, 2003: 7, 132.

cia: en esos casos —asumiendo que la traducción de la ciencia al sentido común no alteró o distorsionó el conocimiento científico original— son universales¹¹⁶ y pueden tener un grado significativo de fiabilidad; el caso típico, sin embargo, es aquel de las generalizaciones que no son universales¹¹⁷. Las generalizaciones no universales pueden tener una base estadística adecuada, y en ese caso pueden ser significativamente fiables; en la mayoría de los casos, sin embargo, no tienen fundamentos estadísticos fiables y están fundadas solamente en el sentido común. En otras palabras, son «generalizaciones espurias»¹¹⁸; esto significa que son infundadas, que su sentido es vago, su generalidad es dudosa y que pueden ser contradichas por otras generalizaciones de sentido común o por una serie de circunstancias específicas.¹¹⁹

En algunas áreas de la cultura jurídica europea (especialmente en Alemania e Italia y en alguna medida en España) existe una tendencia a articular una noción de generalización de sentido común —con el objetivo de adscribirle un estatus epistémico menos vago— haciendo referencia a la «experiencia» que debe servirle de sustento. Originalmente este concepto fue definido por Friedrich STEIN (un destacado académico alemán en el área del derecho procesal civil) en un libro publicado en 1893 dedicado al conocimiento privado del juez.¹²⁰ La principal idea de STEIN era que la experiencia podía llevar a la formulación de «máximas» (llamadas *Verhandlungsmaximen*) obtenidas por inducción a partir de un gran número de casos particulares y dotadas entonces de cierta generalidad. Esas generalizaciones serían «reales» y basadas en la experiencia y no en la ciencia y la lógica. No obstante su debilidad teórica¹²¹, el concepto de «máximas de la experiencia» de STEIN todavía es bastante popular. Sin embargo, esa idea es más engañosa que útil: transmite la impresión de que una inferencia basada en una «máxima» es deductivamente válida porque se deriva de una premisa general, aunque en realidad la mayor parte de las máximas no son generales. Esa impresión se basa en una confusión entre generalidad y generalización, en un contexto en que las generalizaciones son usualmente infundadas. En realidad, nadie sabe de quién, por cuánto tiempo, de qué, de cuántos casos, recogida por quién, según qué parámetros, es necesaria la experiencia para poder afirmar que ha surgido una máxima¹²². De hecho, muchas máximas no están basadas en experiencias reales, sino en prejuicios, guiones y estereotipos y, por lo

tanto, los mismos problemas ya señalados a propósito de éstos surgen también en el uso de las máximas.

Finalmente, otro ingrediente usado con frecuencia consiste en *cuantificaciones estadísticas o probabilísticas* infundadas o no verificables. Cuando las estadísticas se usan correctamente y las probabilidades (bayesianas o no bayesianas) están bien calculadas¹²³ no se presentan grandes problemas y los hechos pueden ser establecidos por medio de inferencias válidas. Los problemas surgen cuando la gente, quizás en un esfuerzo por parecer «científica», habla en términos de frecuencias y probabilidades, dando valores numéricos y porcentajes a todo, en una variedad de situaciones en las que no hay disponibles cuantificaciones numéricas y frecuencias estadísticas fiables. Es bien conocido, especialmente después del análisis fundamental de NISBETT y ROSS¹²⁴, que los seres humanos son normalmente incapaces de cuantificar sus experiencias correctamente: las probabilidades erróneas y las frecuencias inventadas están entre las fuentes más importantes y frecuentes de falacias heurísticas en el discurso común cotidiano. El mismo error se comete cuando una «máxima de experiencia» es presentada en términos estadísticos o probabilísticos¹²⁵ (quizás vagamente, como por ejemplo «la mayoría de la gente hace esto y aquello») sin ningún sustento para dicha cuantificación.

Por lo tanto, como destaca TWINING, las generalizaciones de sentido común son necesarias, pero peligrosas¹²⁶. Una vez más, sin embargo, pueden ser más o menos peligrosas o no serlo en absoluto, dependiendo del tipo de narración y de la forma en que sean usadas. En una novela histórica uno puede referirse a la experiencia (de la gente que vivía en otra época) de que el Sol rota alrededor de la Tierra, pero sería un tanto extraño referirse a la misma experiencia en una narración judicial actual. Los signos de brujería pueden describirse en una novela medieval, pero sería inusual hablar de ellos en una narración judicial moderna (la calificación de «moderna» es necesaria porque por muchos siglos, y en Estados Unidos al menos hasta 1693 con los juicios a las brujas de Salem, las narrativas judiciales estaban llenas de brujas, es decir, de personajes creados por la cultura de aquellos tiempos)¹²⁷.

En contextos judiciales el peligro inherente al uso de generalizaciones de sentido común debe ser evitado en la mayor medida posible. Por ejemplo, no deben ser invocadas cuando son contradichas por la cien-

¹²¹ El uso de evidencia estadística y de probabilidades es un tema amplio y complejo que no puede discutirse aquí. Véanse, por ejemplo, SCRIVA, 1994; FALDMAN, KAYE, SAKS, SANDERS Y CHENGIS, 2002a; vol. 2; FEDERAL JUDICIAL CENTER, 2004; 341, 435; GREEN, FREDMANN Y GORDIS, 2000; 183, 333; TULLERS Y GREEN, 1988; FROSTIN, 2002; TARUFFO, 1992a; 166, 196 [trad. cast.: 190, 220].

¹²² Véase NISBETT y ROSS, 1980.

¹²³ Véase, por ejemplo, KOCH y RUSSMANN, 1982; 285, 308, 332.

¹²⁴ Véase TWINING, 2006; 334.

¹²⁵ Véanse, por ejemplo, los casos cuidadosamente analizados por HOFFER (1997) y por MERLO (2006).

¹¹⁶ *Ibid.*: 7.

¹¹⁷ *Ibid.*: 9.

¹¹⁸ Sobre el concepto de generalizaciones espurias véase *ibid.*: 11.

¹¹⁹ Véase TWINING, 2006; 335.

¹²⁰ Véase STRAU, 1893; 16.

¹²¹ He discutido la razón de esta debilidad teológica en otra parte: véase TARUFFO, 2002; 140 [trad. cast.: 125]; 1992a; 397 [trad. cast.: 424].

¹²² Véanse VAN ZANT, 1991; 795; TARUFFO, 2002; 132 [trad. cast. 117].

cia, por evidencia empírica específica o por pruebas disponibles en el caso concreto. Adicionalmente, una máxima de experiencia tampoco debería ser invocada cuando — como normalmente sucede — se contrasta con otras máximas, o cuando no calza bien con los hechos particulares de que se trate. En general, además, las narrativas basadas en generalizaciones de sentido común deben estar «ancladas» en el terreno relativamente sólido del mejor conocimiento disponible en la cultura social a la que se hace referencia.¹²⁸

En suma, el «stock de conocimiento» que representa la base ineludible de la construcción cultural de narrativas tiene al menos tres aspectos que requieren un cuidado extremo y preciso en la construcción y la evaluación de las narrativas. Por supuesto ese cuidado se requiere en tanto suponemos que las narrativas judiciales deben estar dirigidas a describir sucesos reales: no se necesita ningún cuidado — por supuesto —, y todos los comentarios anteriores sobre construcción de narraciones serían insignificantes, si estamos pensando en relatos literarios.

El primero de estos aspectos es que — como se dijo más arriba — gran parte del «conocimiento» incluido en el *stock* no es conocimiento en absoluto, a menos que se convenga en que los mitos, prejuicios y generalizaciones infundadas merecen ser consideradas como «conocimiento». Tomar cualquier cosa que proviene del sentido común como una base narrativa válida puede ser útil para construir una ficción plausible, pero es un método difícilmente fiable para crear narrativas judiciales. La credibilidad de esas narraciones recae en su referencia a un conocimiento válido. Por supuesto, un relativista epistémico podría señalar que un conocimiento es válido sólo dentro de un determinado contexto cultural, pero en tal caso se podría contraargumentar que se trata de escoger el contexto cultural correcto. Si escogemos un contexto cultural en el que la brujería existe, es posible que luego nos encontremos lejos de la cultura occidental moderna, sobre todo si acabamos quemando brujas sobre la base de una decisión judicial.

El segundo aspecto relevante es que ese *stock* está lejos de ser un conjunto de conocimientos claros, bien ordenados y coherentes. Precisamente al contrario: en ese «potaje» hay un número infinito de cosas que se contradicen entre ellas. Proverbios, mitos y otras, nunca forman un conjunto coherente. En la inmensa bodega del conocimiento popular uno puede encontrar lo que quiera. Esto significa que del mismo *stock* pueden sacarse diferentes materiales para la construcción de un número indeterminado de historias diferentes e incluso contradictorias sobre los mismos hechos. Gran parte de la indeterminación del *stock* proviene de sus cambios frecuentes, profundos y más o menos veloces a lo largo del tiempo. Probablemente poca gente comparte en la actualidad las creen-

cias, que alguna vez fueron comunes, de que la Tierra es plana o de que existen las brujas. Por suerte el estereotipo de los italianos que comen sólo pasta y pizza mientras cantan y tocan la mandolina está desapareciendo, al igual que el del chino bajo de estatura que vende combatas por la calle. Incluso estereotipos que alguna vez fueron poderosos, como «Bush el Gran Comandante» o «Berlusconi el Gran Líder», están siendo rápidamente borrados del paisaje político. Por otro lado, surgen y se difunden a escala global nuevos ingredientes del paisaje cultural: basta con pensar en Internet, la comida china, los móviles, etcétera.¹²⁹

El tercer aspecto significativo es que pensar, incluso por un solo momento, en un *stock* de conocimiento es una abstracción absoluta. Desde siempre han existido muchas culturas diferentes y cada una tenía, y todavía tiene, su propio «stock de conocimiento». Es cierto que en la «sociedad horizontal»¹³⁰ operan fuerzas poderosas que crean capas de una cultura más bien uniforme, pero también es cierto que muchas sociedades modernas son multiétnicas y, por lo tanto, multiculturales. Las diferentes culturas están vivas en el mismo lugar y en el mismo momento, y cada una de ellas tiene sus propios valores, sus propias reglas, sus propios estereotipos, mitos y formas de conocimiento. En lugares como Londres o Nueva York, pero incluso en Manhattan o en muchas ciudades europeas, ningún sociólogo de la cultura serio sería capaz de identificar y describir un *stock* específico de conocimiento, ni identificaría una sola cultura. En realidad, uno debería pensar en un «stock de stocks de conocimiento» para imaginar la inmensa riqueza y variedad de lo que la sociedad moderna «conoce».¹³¹

4. LAS PARTES Y EL TODO

La necesaria conexión entre las partes (palabras, oraciones, párrafos) y el texto completo es un tema clásico de la teoría hermenéutica. El continuo pasaje dialéctico de las partes al texto completo y del texto completo a sus partes — el llamado círculo hermenéutico — es la dinámica fundamental de cualquier interpretación, como ha sido aclarado por SCHLEIERMACHER y más recientemente analizado en el clásico trabajo de GADAMER sobre *Wahrheit und Methode*.¹³² Los principios generales de la hermenéutica pueden obviamente aplicarse también a la interpretación de narrativas jurídicas y particularmente judiciales. En consecuencia, el sentido de una parte de cierta narración puede ser determinado sólo por referencia al texto completo del relato, y el sentido

¹²⁸ En general sobre este fenómeno véase FRIEDMAN, 1999.

¹²⁹ Véase nuevamente *Ibid.*

¹³⁰ Para un comentario similar véase TWISS, 2006: 444.

¹³¹ Véase GADAMER, 1972: 188, 194, 296.

general de la narración puede ser interpretado sólo por referencia a todas sus partes. Usando nuevamente la metáfora del mosaico, uno podría decir que el significado de una sola pieza de vidrio está determinado por su posición en el diseño completo, pero también que el significado del mosaico como un todo está determinado por los colores y las posiciones de las piezas individuales de vidrio.

Con algunas adaptaciones menores, lo que se dice sobre la interpretación de un texto puede también referirse a la escritura de un texto. Un escritor sabe que el sentido de las partes individuales de su escritura depende de todo el texto, y que el sentido general del texto está determinado por sus partes.¹³³ Estos comentarios, más bien de sentido común, pueden ser aplicados a las narrativas judiciales: la persona que crea una narración de los hechos pertinentes está juntando las diferentes partes de la historia dentro de un texto en el que las piezas individuales (enunciados relativos a hechos específicos, acciones y circunstancias) toman un significado está determinado también por el contexto de la historia completa. La que a su vez es una combinación ordenada y coherente de enunciados específicos. Como se dijo más arriba, una narración se construye sólo con el fin de «dar sentido» a una serie de fragmentos de discurso.

El tema de la «historia completa» es la base de la teoría *holista* del *story-telling* que ha sido propuesta, en oposición a la aproximación analítica o atomista a los problemas de la prueba judicial, principalmente en el área de la psicología social y con referencia específica a la forma en que se supone que los jurados toman sus decisiones sobre los hechos del caso. Las investigaciones empíricas hechas principalmente por BENNETT y FELDMAN¹³⁴ y por PENNINGTON y HASTIE¹³⁵ parecen sustentar la conclusión de que los jurados no se involucran en un análisis detallado de los hechos y de los elementos de prueba relativos a esos hechos, sino que típicamente recurren a relatos con el propósito de organizar los medios de prueba que son presentados en el juicio.¹³⁶ Entonces los jurados llegan a sus conclusiones sobre los hechos mediante una evaluación de la plausibilidad de las *stories* «completas» acerca de los hechos¹³⁷, sin llevar a cabo ningún razonamiento analítico sobre los hechos específicos o los elementos particulares de prueba. En otras palabras, los jurados estadounidenses determinan la «verdad» de los hechos de que se trata «principalmente mediante la construcción y comparación de *stories*, más que evaluando críticamente la información aportada por las pruebas»¹³⁸. Tan-

bien se ha dicho que eso no sólo sucede, sino que es una buena y recomendable forma de tomar decisiones sobre los hechos.¹³⁹

No vale la pena discutir aquí el valor descriptivo de la teoría holista, que puede ser concedido¹⁴⁰, bien puede ser que los jurados se comporten precisamente de la forma que la teoría holística afirma. Esto no significa, sin embargo, que dicha teoría merezca ser tomada como un modelo prescriptivo para la toma de decisiones sobre los hechos, ni que pueda ser tomada como una suerte de teoría general del proceso de decisión judicial.¹⁴¹ Vale la pena hacer algunos comentarios adicionales desde ese punto de vista.

Por una parte, como se dijo antes, las narraciones son necesarias e inevitables como medios para poner hechos fragmentados y dispersos y piezas sueltas de prueba en un contexto ordenado y plausible. En pocas palabras: las *stories* son necesarias para interpretar la información disponible y para reconstituir la realidad a la cual se refieren. Entendida en este sentido débil, la teoría holista puede ser aceptada, pero no agrega nada relevante a la teoría actual sobre la toma de decisiones judiciales: es obvio que el juzgador tiene que articular los hechos y la información aportada por los medios de prueba en una serie de enunciados, a ser posible, coherentes.¹⁴²

Sin embargo, la teoría holista es defendida por sus partidarios como un modelo en un sentido mucho más fuerte, de acuerdo con el cual la decisión sobre los hechos *debe* ser concebida y tomada precisamente como una elección entre *stories* rivales tomadas «como un todo», es decir, dejando de lado cualquier examen atomista o analítico de los hechos. Y cualquier valoración individual de los elementos de prueba.¹⁴³ En esta segunda versión, la teoría holista resulta altamente controvertible, especialmente cuando enfatiza que las *stories* son «imposibles de verificar en términos de la realidad de la situación» que representan¹⁴⁴, porque los jurados deciden solamente sobre la base de su plausibilidad y no de su veracidad. Una aproximación crítica a esta segunda versión resulta incluso más justificada si se considera que la *story* puede incluir «hechos inventados o infundados»¹⁴⁵ y sobre todo si, como se afirma, las funciones básicas de las *stories* consisten en *llenar los vacíos* dejados por la prueba incompleta o insuficiente acerca de los hechos relevantes.¹⁴⁶ Algo similar es sostenido también por Neil MacCormick cuando dice

¹³³ Véase Abu HARBRA, 1986: 79.

¹³⁴ Para una evaluación crítica véase JACOBSON BERNARD, 1988a: 65, 71.

¹³⁵ Para coherentes aproximaciones críticas véase DAWASKA, 1990: 91; TARUFFO, 1992a: 281 [trad. cast.: 307].

¹³⁶ Desarrollo este punto en otra parte; véase TARUFFO, 1992a: 282 [trad. cast.: 308].

¹³⁷ De forma más amplia, sobre esta versión y para mayores referencias, véase nuevamente

TARUFFO, 1992a: 283 [trad. cast.: 310].

¹³⁸ Véase BENNETT y FELDMAN, 1981: 33, y críticamente TWINING, 2006: 308.

¹³⁹ Véase TWINING, 2006: 336.

¹⁴⁰ *Ibid.*: 308, 336, 337.

¹³³ En cualquier caso, la voluntad del autor y su interpretación del texto es irrelevante para el sentido del texto, que es determinado sólo por la interpretación. El autor no es un intérprete privilegiado y su interpretación no es normativa. Véase GADAMER, 1972: 196.

¹³⁴ Véase BENNETT y FELDMAN, 1981. Véase también JACKSON BERNARD, 1988a: 61.

¹³⁵ Cf. PENNINGTON y HASTIE, 1991; HASTIE, 1993.

¹³⁶ Véase TWINING, 2006: 368; PARDO, 2000: 399.

¹³⁷ Considérense TWINING, 2006: 334; MENAÏSHE y SHAMASH, 2005: 5.

¹³⁸ Véase TWINING, 2006: 336.

que la coherencia narrativa es útil para determinar la verdad o la probabilidad de un hecho cuando no hay disponible una prueba directa.¹⁴⁷

Desde una perspectiva como ésta, en definitiva, la «evidencia empírica y el análisis lógico tienen un papel secundario en la verificación del carácter completo y la coherencia»¹⁴⁸, siendo difícil determinar el valor probatorio de los elementos de prueba.¹⁴⁹ Aunque los peligros del *story-telling* en los contextos judiciales incluyen también otros factores negativos, como por ejemplo la apelación a prejuicios, estereotipos ocultos y el uso de un lenguaje indebidamente emocional y de analogías dudosas.¹⁵⁰ Vale la pena centrarse en los factores que pueden llevar a la construcción de narrativas que tengan poco o nada que ver con la realidad de los hechos del caso. Muchas *stories* pueden estar basadas en hechos irrelevantes¹⁵¹ o en hechos que son inventados por el *story-teller* sin ninguna base racional o sustento en los elementos de prueba, y pueden usarse para afirmar la existencia de hechos que no han sido probados, sólo a consecuencia del vacío que la falta de prueba produce en el curso de los sucesos narrados. Si se llenan vacíos por medio de la construcción de «todas una *story*», en realidad significa que los hechos no son verdaderos, porque no hay elementos de prueba que confirmen su existencia; los hechos son presentados como si fueran verdaderos sólo porque encajan en el diseño total de la *story*. Es decir, si un hecho que sería necesario para el orden y el desarrollo del relato «faltan», porque no es probado, entonces el *story-teller* simplemente lo toma del «stock de conocimientos» disponible y lo inserta en el lugar correcto dentro del diseño del mosaico. En consecuencia, el mosaico de la *story* parece coherente y completo, sin que importe cuántas «piezas» falsas han sido incorporadas. Todo esto significa, básicamente, que no puede pretenderse que esas narraciones sean respetuosas con la verdad de los hechos en cuestión. Su posible coherencia holista no agrega nada a su falta de veracidad.

Si estos argumentos pueden dar lugar a una defensa o a una crítica del sistema de jurados es algo que no puede discutirse en esta sede. Sin embargo, cabe preguntarse si existen buenas razones para apoyar o recomendar un sistema en el que quienes juzgan los hechos construyan y relacionen historias que a priori no reflejan los hechos «reales» del caso. La teoría holista de *story-telling* tiene la ventaja de iluminar estos aspectos de las narraciones, pero suscita el problema de considerar si la plausibilidad global de una *story* puede y debe ser el único factor que determine su aceptación dentro del contexto de la toma de decisiones judiciales.

¹⁴⁷ Véase MacCORMACK, 1984b: 48. Véase también JACKSON BERNARD, 1988a: 18.

¹⁴⁸ Véase nuevamente TWINING, 2006: 308.

¹⁴⁹ Cf. MENASHE y SHAMASH, 2005: 26.

¹⁵⁰ Véase TWINING, 2006: 336. Para un punto de vista crítico similar véase también MENASHE y SHAMASH, 2005: 3.

¹⁵¹ Véase nuevamente TWINING, 2006: 336.

5. BUENAS NARRACIONES VERSUS NARRACIONES VERDADERAS

Como Susan HAACK ha señalado recientemente, el mismo acontecimiento puede ser el objeto de varias descripciones verdaderas¹⁵². Y es posible también agregar que puede existir un número (quizás mucho mayor) de descripciones falsas del mismo hecho. Se confirma así que el mismo suceso o conjunto de sucesos puede ser descrito de varias formas, y que algunas o muchas de ellas pueden ser verdaderas, mientras algunas o muchas de ellas pueden ser falsas. HAACK formula su comentario en términos epistemológicos generales, pero resulta válido también de manera específica en el contexto judicial: como hemos visto antes, hay varios *story-tellers* trabajando en los procedimientos judiciales y se supone que cuentan historias diferentes sobre el mismo suceso o conjunto de sucesos. Pero el comentario de HAACK también implica que cuando hay varias descripciones diferentes del mismo suceso o conjunto de sucesos —no importando cuántas de estas descripciones haya—, siempre tiene sentido preguntar cuál de ellas es verdadera, suponiendo, por cierto, que alguna de ellas pueda ser verdadera. Si esto tiene sentido desde una perspectiva epistemológica general, no hay razón para negarle sentido dentro del contexto judicial. En dicho contexto, sin embargo, un concepto específico de verdad merece ser tomado en cuenta: un enunciado que describa un hecho es verdadero cuando y en la medida que haya sido racionalmente confirmado por los elementos de prueba presentados al tribunal.¹⁵³

La teoría, tanto general como judicial, del *story-telling* no habla en cambio de narraciones verdaderas, sino sólo de *good stories*.¹⁵⁴ En realidad, la idea de una buena narración es oscura y ambigua, ya que hay una variedad de propósitos respecto de los cuales una narración puede ser buena.¹⁵⁵ Sin embargo, los requerimientos de una buena narración judicial parecen relativamente fáciles de determinar: una narración judicial será buena cuando sea plausible, cuando sea coherente con el «stock de conocimiento» que es típico de la audiencia y, por lo tanto, sea «familiar» para ella, cuando sea narrativamente coherente¹⁵⁶ y —por ende— cuando sea *persuasiva*¹⁵⁷. Pero esta teoría —así como cualquier teo-

¹⁵² Véase HAACK, 1998: 157.

¹⁵³ Véase FERRER BELTRÁN, 2002: 61; COLOMA COREA, 2006: 35, 50, 143.

¹⁵⁴ En una perspectiva diferente véase BURNS, 2005: 2, según el cual en el juicio es posible

alcanzar una verdad que está más allá del *story-telling*.

¹⁵⁵ Véase TWINING, 2006: 340, nota 37.

¹⁵⁶ El concepto de «consistencia» o «coherencia» (los términos no son exactamente equivalentes, pero frecuentemente se usan como si lo fueran) ha sido objeto de amplias discusiones dentro de la teoría de la argumentación jurídica. Véase principalmente MacCORMACK, 1984b; LEMOUE, 1990. Para una discusión comprensiva véase PINO, 1998: 84.

¹⁵⁷ Estos términos son una síntesis gruesa de las calificaciones que son adoptadas con el fin

ría de la verdad que se base en la coherencia del texto — se enfrenta a una objeción destructiva: las narraciones coherentes y persuasivas pueden ser completamente falsas.¹⁵⁸ Basta con pensar en un testimonio que puede ser narrativamente coherente, pero falso, o en una decisión judicial que puede también estar justificada de forma consistente, pero que no se corresponde con las pruebas y, por lo tanto, con la realidad de los hechos, para encontrar ejemplos fáciles y claros de la distinción básica entre coherencia, consistencia o persuasividad y veracidad.

Por lo tanto, hay dos distinciones que debemos tomar en cuenta: la distinción entre narraciones verdaderas y falsas, y la distinción entre buenas y malas narraciones. Las dos parejas no son equivalentes, pero pueden, en cambio, combinarse, de modo que se obtiene un conjunto de cuatro situaciones diferentes. Para desarrollar esa combinación podemos estipular que una narración es verdadera cuando todas las aserciones relativas a hechos son verdaderas (es decir, correspondientes a la realidad de los hechos involuclados, sobre la base de los elementos de prueba disponibles), mientras que es falsa cuando al menos una de esas aserciones no está probada y, por lo tanto, no corresponde a la realidad de los sucesos descritos: «falsa» significa entonces total o parcialmente falsa.

- a) Primera situación: puede tratarse de una buena narración, pero falsa. La novela de Grisham, al igual que miles de novelas bien escritas, son ejemplo de este tipo de relatos: son buenas desde el punto de vista narrativo pero —al pertenecer al dominio de la fantasía y la ficción— ni siquiera pretenden ser verdaderas. Por definición una novela —principalmente si es tomada holísticamente— es descriptivamente falsa, incluso cuando —como ocurre en el ejemplo de Grisham discutido más arriba— incluye algunas o incluso muchas aserciones que puedan ser identificadas como descriptivamente verdaderas.
- b) Segunda situación: un mal relato puede además ser falso. Éste es, desafortunadamente, el caso de muchas novelas mal escritas: pretenden narrar una historia, pero carecen de los elementos de una buena narrativa. En cualquier caso, como estas narraciones son novelas, no pretenden ser verdaderas, incluso cuando puedan incluir algunas afirmaciones verdaderas.
- c) Tercera situación: puede tratarse de una buena narrativa que además es verdadera. Este es el caso, por ejemplo, de algunos relatos históricos que están escritos de una forma coherente, consistente, plausible y persuasiva, pero que a la vez son descriptivamente verdaderos, ya que representan fielmente el suceso o el conjunto de sucesos a los que se refieren. Este también

puede ser el caso de las narraciones judiciales, cuando están bien construidas desde el punto de vista narrativo y al mismo tiempo están bien fundadas en las pruebas disponibles y, por lo tanto, se corresponden con la realidad de los hechos en cuestión.

- d) Cuarta situación: puede tratarse de una mala narración que, sin embargo, es verdadera.¹⁵⁹ Este es el caso de un relato histórico mal escrito, por ejemplo, porque no da una descripción completa de un conjunto o una cadena de sucesos, o porque narra circunstancias incoherentes e incluso contradictorias, pero que es descriptivamente verdadera porque refleja la realidad de las circunstancias de que se trata, en la medida que dichas circunstancias aparecen confirmadas por fuentes fidedignas de evidencia. Este puede ser también el caso de las narraciones judiciales: éstas pueden carecer de algunos aspectos de los «buenos» relatos, por ejemplo, porque las pruebas presentadas no suplen una base suficiente para una reconstrucción completa, coherente y consistente del conjunto o cadena de sucesos relevantes, y sólo permiten confirmar algunos hechos aislados (o ningún hecho en absoluto). Sin embargo, esas «malas» narraciones pueden ser verdaderas, en la medida en que se basen en elementos de prueba que tengan relación con los hechos en cuestión.

La relevancia y las funciones de estas cuatro clases de narraciones son obviamente diferentes dependiendo del tipo de contexto en que se produzcan y se usen. Por ejemplo, las narrativas de los tipos a) y b) son relevantes en el contexto de un concurso literario: si lo que está en juego es ganar el premio para la mejor novela policíaca del año, o algo por el estilo, la falsedad de la narración no es significativa, y la calidad narrativa de la historia es el único parámetro decisivo para la selección. En dicho contexto, una narrativa del tipo c) puede ser relevante, pero no porque sea verdadera, sino simplemente porque está narrativamente bien escrita. En una competición literaria la verdad de la historia no es relevante en absoluto: incluso podría ser contraproducente si la demostración de veracidad de la historia requiere, por ejemplo, demuestradas referencias a las pruebas que confirman que la historia es verdadera. En ese mismo concurso, por supuesto, las narrativas del tipo d) van a ser dejadas de lado inmediatamente: una historia mal contada es definitivamente defectuosa y no podría nunca ganar ningún premio, a pesar de su veracidad.

La situación puede ser diferente si el problema consiste en evaluar la calidad de un relato histórico, porque en ese caso la verdad de la historia se transforma en uno de los parámetros relevantes para juzgar: por lo tanto, las narrativas del tipo c) serían las mejores, pero también las

de definir los aspectos principales de un *story-telling* judicial efectivo. Véase especialmente a TURNER, 2006: 283, 288, 308, 310, 445.

¹⁵⁸ Véase principalmente PERZEWÉ, 1989: 161.

¹⁵⁹ Desde un punto de vista diferente véase COLUWA CORREA, 2006: 33, para quien las buenas historias son aquellas que están basadas en pruebas y, por lo tanto, son verdaderas.

narrativas del tipo *d*), aunque sean defectuosas desde el punto de vista hierárquico, pueden ser apreciadas en la medida en que sean verdaderas.

En cuanto al contexto judicial, parece que las narrativas del tipo *a*) son importantes, especialmente para los abogados. Como se dijo arriba, un abogado no tiene la obligación de decir la verdad o ayudar a su búsqueda¹⁶⁰ y su historia tiene que ser sólo útil para ganar el caso. Entonces, una historia narrativamente buena puede ser muy útil, aunque sea descriptivamente falsa, sobre todo si su propósito final es persuadir a un juez (o un *trier of fact*) «holista», de quien no se espera que esté dedicado a establecer la verdad sobre los hechos en cuestión. También para ese tipo de juzgador las narrativas del tipo *a*) son significativas, y por la misma razón: para ese juzgador una narración tiene que ser buena desde el punto de vista narrativo con el fin de ser persuasiva y con el fin de ser aceptada como una reconstrucción adecuada de los hechos. Si la narración es o no realmente verdadera a la luz de las pruebas, es algo que no importa: una buena narración, aunque falsa, bien puede ser la base de una sentencia (o un veredicto) holista.

Si, por el contrario, nos imaginamos que quien juzga los hechos está interesado en tomar una decisión ajustada a la realidad del caso y en basar sus descubrimientos en una valoración racional de las pruebas presentadas en juicio, entonces el tipo de narrativa óptima es claramente del tipo *c*). Un relato que corresponda descriptivamente a la realidad de los hechos según se desprenda de las pruebas y que sea también narrativamente coherente, consistente, completo y plausible, es el mejor tipo de narración que puede ser construida por un juez.

En dicha situación, ¿qué pasa con la narración del tipo *d*)? *Prima facie*, uno podría decir que para un abogado no es interesante: la historia puede ser verdadera, pero si es narrativamente mala puede no ser útil para ganar la causa. Un abogado usaría un relato verdadero, pero narrativamente malo, sólo como un desesperado último recurso. Si nos situamos, en cambio, en el punto de vista de quien juzga los hechos, ese tipo de narración merece un mayor análisis.

Asumamos que los hechos materiales en los que se basa una demanda de indemnización de perjuicios son descritos por estos enunciados:

- 1) Al momento M, en el lugar L, el sujeto A realizó la acción X.
- 2) La acción X hirió al sujeto B.
- 3) El sujeto B fue herido de tal y tal manera.

Si las pruebas aportadas en juicio han permitido establecer que las afirmaciones 1), 2) y 3) son verdaderas, estas afirmaciones pueden ser ordenadas para formar una narrativa coherente, consistente, plausible y posiblemente completa de la secuencia de hechos. Entonces, tendre-

mos una narración del tipo *c*): buena y verdadera. Pero si los elementos de prueba no confirman suficientemente —por ejemplo— el enunciado 2), entonces surge un problema: ¿Qué tipo de historia puede ser relatada en esa situación? Un partidario de la teoría holista sugeriría que quien juzga los hechos llene ese vacío dejado por la falta de prueba de la aserción 2) haciendo referencia a cualquier conocimiento de sentido común de acuerdo con el cual en situaciones similares «normalmente» existe una conexión causal entre los hechos del tipo descrito en la afirmación 1) y los hechos descritos en la afirmación 3). En consecuencia, dicho juzgador podría construir una buena narración —coherente, plausible, consistente y completa— de los hechos. Sin embargo, esa narración va a ser del tipo *b*) descrito arriba, ya que podría ser falsa con referencia a la afirmación 2): en realidad, nadie sabe si A realmente hirió a B y, por lo tanto, una aserción en ese sentido no puede ser tomada como verdadera sobre la base de las pruebas disponibles. Una situación más clara aún puede ocurrir si hay pruebas que muestren que la acción X no hirió a B. Incluso en esa situación el juzgador holista puede construir el mismo relato, simplemente no considerando la evidencia que está en contra de una narración de los hechos buena, completa y «normal».

Un partidario de la aproximación analítica o atomista diría, en cambio, que si la afirmación 2) no resulta probada, falta una parte importante de la historia hipotética, porque no se puede establecer una relación causal entre los enunciados 1) y 3). En consecuencia, un juzgador «analítico» no podría construir una narración completa y consistente de la situación involucrada: simplemente podría decir que, sobre la base de las pruebas disponibles, es verdad que A realizó la acción X y que B fue herido, pero que no existe una relación causal entre ambos eventos. Una conclusión de este tipo resultaría incluso mejor fundada si las pruebas permitieran establecer que el enunciado 2) no es verdadero. Desde el punto de vista narrativo, se trataría de un mal relato: fragmentado, incoherente e incompleto. Sin embargo, esa narración sería verdadera porque reflejaría fielmente el resultado probatorio. Sería, por lo tanto, una narración del tipo *d*) descrito arriba. La diferencia obvia entre los dos tipos de historias que pueden ser relatadas en la misma situación reside en que el juzgador holista construiría una narración del tipo *b*) y concluiría que A es responsable por las lesiones sufridas por B, mientras que un juzgador analítico concluiría, sobre la base de una narración del tipo *d*), que A no es responsable de esas lesiones.

Este análisis esquemático de las principales situaciones que típicamente pueden ocurrir en los contextos judiciales muestra que las buenas narraciones pueden ser falsas y que las narraciones verdaderas pueden ser, sin embargo, malas narraciones. No es fácil establecer si, en la práctica, y en todos los sistemas procesales, las buenas narraciones des-

¹⁶⁰ Véase *supra* el apartado 2.3.1.

plazan a las narraciones verdaderas, como dice TWINING.¹⁶¹ Probablemente tienden a preferirse las buenas narraciones, incluso si son falsas, más que las narraciones verdaderas, especialmente cuando los relatos verdaderos son narrativamente defectuosos. Sin embargo, esta preferencia puede variar dependiendo del tipo de juzgador (jurado o juez profesional), y ciertamente dependiendo del tipo de contexto en que la *story* judicial sea relatada. Un reportero puede preferir un buen relato sin preocuparse mucho acerca de su veracidad, mientras que un juez puede preferir el relato verdadero, incluso si es narrativamente pobre. En todo caso, el problema que nos preocupa se refiere al tipo de narración que debe preferirse como fundamento para una decisión judicial. Si comparamos el supuesto de que hay una diferencia entre un proceso judicial y un concurso literario, podemos inclinarnos a creer que sólo las narraciones verdaderas constituyen una reconstrucción precisa de los hechos en cuestión. Las buenas narraciones que incluyen enunciados falsos o infundados llevarían probablemente a una decisión defectuosa, imprecisa y no fiable. Ésta es la razón principal que explica por qué sostenerte que «el razonamiento narrativo, aunque necesario, es inherentemente defectuoso»¹⁶² puede ser quizás un poco radical, pero apunta sustancialmente en una dirección correcta, al menos cuando se refiere a las aproximaciones narrativistas más extremas al problema de la decisión judicial acerca de los hechos.

Sin embargo, incluso tomando en consideración sólo las narraciones verdaderas, hay al menos un sentido en el que los aspectos narrativos de un relato pueden ser relevantes. Imagínese que los hechos materiales del caso H1, H2, H3... HN estuvieran probados de acuerdo con los estándares probatorios usuales. Entonces, cualquier historia en relación con H1... HN sería analíticamente verdadera. Siguiendo nuevamente a Susan HAACK¹⁶³, varias historias verdaderas pueden ser narradas acerca de tales hechos: algunas de ellas pueden ser buenas y otras pueden ser narrativamente defectuosas, dependiendo de cómo se combinan los hechos en un conjunto más o menos coherente de sucesos. En dicha situación, un relato narrativamente bueno debe ser preferido a uno defectuoso, ya que el primero entrega una reconstrucción más coherente y plausible de los hechos en cuestión. Este relato pertenecería al tipo *c)* descrito arriba. Usando nuevamente la metáfora del mosaico: si tenemos algunas piezas de vidrio de colores y todas esas piezas son de buena calidad, podemos ensamblarlas de distintas maneras. En algunos casos, el diseño general va a tener sentido, mientras que en otros casos (como ocurriría si lanzamos las piezas al azar) no lo tendría; más aún, un diseño con sentido puede ser preferible a otros diseños con sen-

tido. Teniendo que elegir un diseño entre todos los posibles, es razonable escoger el que combina las piezas en el diseño más bonito. De forma similar, teniendo que elegir entre diferentes relatos, cada uno de ellos compuesto de aserciones verdaderas acerca de los hechos, incluso un juzgador «analítico» escogería racionalmente la «mejor» narración de los hechos en cuestión.¹⁶⁴ En una palabra: los aspectos narrativos de una historia no son suficientes, por sí mismos, para determinar la preferencia por esa historia; sin embargo, esos aspectos pueden ser considerados como parámetros de preferencia entre los varios relatos verdaderos que narran los mismos hechos.

¹⁶¹ Véase TWINING, 2006: 336.

¹⁶² Consulte MENASHÉ Y SHAMASH, 2005: 14.

¹⁶³ Véase HAACK, 1998: 157.

¹⁶⁴ Discuto extensamente este tipo de argumento en otro lugar. Véase TARUFFO, 1992a: 293 [trad. cast.: 320]. Un argumento similar es usado en metapsistemología cuando se dice que como varias teorías científicas pueden referirse a los mismos hechos, entonces la elección entre ellas —tomadas como un conjunto holístico de afirmaciones— se basa en factores como la simplicidad, la utilidad y la coherencia de la teoría; véase, por ejemplo, PINO, 1998: 96.

APÉNDICE III

¿VERDAD NEGOCIADA?*

1. La interrogación puesta al título de estas breves consideraciones se debe a la circunstancia de querer someter aquí a verificación un lugar común bastante difundido, en particular en el ámbito de la jurisprudencia italiana, que postula que sería posible configurar acuerdos procesales entre las partes relativos a la verdad o a la falsedad de los hechos alegados.

Los límites de espacio sugieren adoptar una forma muy sintética, con la esperanza de que el contenido del discurso resulte claro: haré de este modo explícitas, pero justificándolas de un modo muy esquemático y ciertamente insuficiente, algunas premisas que me parecen indispensables, para luego formular algunas observaciones y alguna conclusión en torno a la eventualidad de que — en el proceso — la verdad de los hechos pueda ser negociada. Digo desde ya que quien no aceptase algunas de estas premisas, o no aceptase ninguna, estaría obviamente en radical desacuerdo sobre las conclusiones: por el contrario, quien aceptase todas las premisas debería probablemente aceptar también las conclusiones que de ellas se derivan.

1.1. Habiendo pasado casi indemne a través de la embriaguez posmodernista¹ y el *deconstructive vortex*² de los últimos decenios, tiendo a evitar la «*personal alienation of a fantastic philosophical scepticism which claims to doubt that there is an eternal world, or*

* Texto correspondiente a la conferencia impartida en Bolonia el 1 de diciembre de 2007 en el seminario sobre *Acuerdos de parte y proceso*. Traducción a cargo de Andrés BORDALI SALAMANCA. Publicado en castellano originalmente en la *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 21, núm. 1, 2008.

¹ Tomo la expresión, que me parece bastante eficaz, de COSTAMANO (2007: 220).

² La expresión es de WILLIAMS (2002: 3).

past time, or other minds»³. En esta perspectiva formuló entonces una primera premisa:

P1 *El mundo externo existe en su materialidad empírica.*

Este enunciado es bastante menos obvio de cuanto pueda parecer a primera vista. Corresponde a una opción realista que parece justificada por el sentido común y es acogida por la mayor parte de los filósofos y epistemólogos que han escrito sobre ella en los últimos años⁴, pero que viene rechazada por muchos filósofos de orientación escéptica, subjetivista o constructivista⁵, y de todos aquellos que todavía creen en la existencia del *diabillio* de DESCARTES⁶. Quien sostuviera de verdad una duda sistemática en torno a la real existencia de una realidad colocada más allá de las percepciones individuales, y no estuviera en condición de distinguir entre conocimiento de la realidad e imaginación fantástica, quedando definitivamente atrapado en el dilema «¿sueño o estoy despierto?»⁷, difícilmente podría concordar con lo que diré a continuación.

1.2. La segunda premisa concierne a la posibilidad de hablar de la verdad o falsedad de los enunciados que consideran eventos del mundo externo. Y puede ser formulada así:

P2 *Un enunciado en el cual se dice que un evento del mundo externo se ha verificado de tal y cual manera es verdadero si aquel evento se ha verificado de tal y cual manera, y es falso en caso contrario.*

Acepto aquí una tesis ontológicamente muy comprometida, pero difícilmente evitable, según la cual es la realidad de la que se habla la que hace verdadero o falso eso que de ella se dice⁸; esto vale también en la hipótesis en la cual no sea posible verificar, aquí y ahora, si eso que se dice de un evento real es verdadero o falso. En sustancia, un enunciado es verdadero aunque su verdad no sea por ahora verificable, o es falso aunque no haya sido todavía falsificado. Existen, por tanto, verdades que van más allá del conocimiento existente, en un cierto momento y en un cierto lugar, en la mente de un sujeto determinado. En otros términos, la verdad de un enunciado no depende del hecho de que aquí y

ahora pueda ser demostrada⁹. Aparte de eso, sobre el plano semántico vale todavía — con el acuerdo casi unánime de filósofos y teóricos del lenguaje — la clásica definición de TARSKI, para quien el enunciado «la nieve es blanca» es verdad si y sólo si la nieve es blanca¹⁰.

En el ámbito del discurso que aquí se va haciendo sería suficiente aceptar una tesis ontológica y epistémicamente más débil, fundada sobre la idea enunciada por DEWEY y retomada por MICHAEL DUMMETT, por la cual la verdad de un enunciado equivale a su *warranted assertibility*¹¹. Desde esta perspectiva, la verdad de un enunciado no viene reconducida directamente a la correspondencia con los eventos del mundo real, sino, antes bien, a la existencia de adecuadas justificaciones que pueden ser invocadas en apoyo y en confirmación de la vericidad del enunciado en cuestión. La justificación no coincide, por tanto, con la verdad del enunciado, sino, antes bien, aparece conectada con la verdad del mismo en cuanto la presupone: en al menos uno de los significados de «justificación», de hecho, se puede decir que la justificación implica la verdad de la proposición justificada¹². Quien siguiese esta concepción «epistémica» o «verificadora» de la verdad¹³ podría aceptar otra premisa, según la cual:

P2 bis *Un enunciado referido a un evento del mundo externo se considera verdadero si existen razones suficientes como justificación de eso que el enunciado dice en relación con dicho evento.*

También estas enunciaciones (con especial consideración de P2, pero también P2 bis) son bastante menos obvias de lo que puedan parecer a primera vista. En los últimos tiempos a menudo se ha negado, de parte de algunos filósofos, que tenga sentido hablar de verdad. De hecho se ha hablado, por ejemplo, de *veriphobia* para indicar el conjunto de orientaciones que de distinto modo comparten «*a deep skepticism or utter repudiation of truth*», y se ha destacado que «*purveyors of anti-truth hostility are legion*»¹⁴. Valga por todos el ejemplo de un filósofo famoso como RICHARD RORTY, para el cual la verdad se reduce al consenso prestado a cualquier afirmación por un grupo de amigos razonables, de manera que no vale la pena ocuparse de ella. La concepción de RORTY ha sido objeto de críticas durísimas: por ejemplo, GOLDMAN habla de ella como de una tesis «*strikingly abortive*», fundada sobre un

³ Para esta definición cfr. WILLIAMS (2002: 10).

⁴ En la literatura italiana reciente cfr., p. ej., MARCONI, 2007: 3 ss.

⁵ Para una síntesis de estas orientaciones en perspectiva epistemológica cfr. GOLDMAN, 1999: 19 ss., 48 ss.

⁶ Sobre el *diabillio* de DESCARTES cfr., p. ej., LYNCH, 2007: 21 ss.

⁷ Al respecto vale la pena retomar el argumento de WILLIAMS (2002: 131), que dice aproximadamente así: si cuando estoy soñando no sé si estoy soñando, cuando estoy despierto no puedo decir si estoy despierto; análogamente, porque si estoy muerto no puedo decir que estoy muerto, no puedo ni siquiera decir que estoy vivo.

⁸ En sentido análogo cfr., p. ej., MARCONI, 2007: 3 ss.; LYNCH, 2007: 6 ss.; GOLDMAN, 1999: 60 ss.; NORRIS, 2005: 56 ss., 61 ss.

⁹ Cfr., p. ej., LYNCH, 2007: 5 ss.; MARCONI, 2007: 4 ss.

¹⁰ En la amplísima literatura en torno al criterio de TARSKI, cfr. WILLIAMS, 2002: 63 ss.; MARCONI, 2007: 6; GOLDMAN, 1999: 65.

¹¹ Sobre la concepción de DEWEY y de DUMMETT cfr., p. ej., el análisis de NORRIS, 2005: 25 ss.; cfr. también GOLDMAN, 1999: 44 ss.

¹² Cfr., en particular, MARCONI, 2007: 12 ss.

¹³ Para estas cualificaciones cfr. GOLDMAN, 1999: 4 ss.

¹⁴ Cfr. GOLDMAN, 1999: 7, 9. En el mismo orden de ideas, y a propósito de las mismas orientaciones, BERNARD WILLIAMS habla de *deniers* para indicar a todos aquellos que niegan que sea sensato hablar de la verdad. Cfr. WILLIAMS, 2002: 5 ss.

«palpable error» y sobre la ignorancia de las teorías más serias¹⁵, mientras que WILLIAMS dice que Rorty da «*striking examples*» de eso que puede ser definido como «*running on empty*»¹⁶. También Susan HAACK ha dirigido a Rorty críticas mordaces que apuntan precisamente hacia la inconsistencia epistemológica de sus tesis¹⁷. No obstante, Rorty ha sido bastante conocido e influyente, entre otras razones, precisamente, por haber sostenido con más retorción que todo otro discurso que ocuparse de la verdad es un asunto que carece de sentido.

En el ámbito jurídico, por otra parte, son bastante difundidos, por un lado, el escepticismo de los desilusionados absolutos, para quienes no existe verdad alguna dado que en el mundo de las cosas humanas —y en particular de aquellas jurídicas— no se dan verdades absolutas, y por otro lado, el escepticismo más reducido de aquellos que William TWNING ha llamado *hard nose practitioners*, esto es, prácticos del derecho —sobre todo los abogados—, para quienes en el proceso se puede hablar de todo salvo de la verdad¹⁸. Son numerosas, de hecho, las posiciones que de distinto modo comparten la tesis de que en el proceso civil no se podría o no se debería hablar de la verdad de los hechos¹⁹. Los enunciados formulados en P2 y P2 bis, no obstante su diversidad, convergen en implicar la negación de todas estas orientaciones sobre el plano filosófico y epistemológico en general, así como sobre el jurídico y procesal en particular. La tesis que tales premisas expresan, y que aquí integralmente se adopta, ha sido recientemente formulada de un modo bastante claro y eficaz por Michael LYNCH, quien afirma que la verdad es objetiva, es buena, es un objeto digno de indagaciones y amerita ser perseguida²⁰.

1.3. Sobre la base de las consideraciones expuestas precedentemente parece oportuno hacer explícita una tercera premisa, que puede ser formulada así:

P3 Existe la posibilidad de descubrir, con métodos adecuados y atencionales, la verdad referida a eventos del mundo externo.

No sólo, por tanto, existe una verdad *alectica* que refleja objetivamente los acontecimientos del mundo real²¹, sino que se puede también aceptar una noción *epistémica* de verdad como justificación —a su vez verificada— de los enunciados que se refieren a estos acontecimientos²².

¹⁵ Cfr. GOLDMAN, 1999: 11, 27.

¹⁶ Cfr. WILLIAMS, 2002: 59.

¹⁷ Cfr. HAACK, 1998: 18 ss.

¹⁸ Sobre estas figuras cfr. TWNING, 2006: 103 ss.

¹⁹ Sobre este tema véase más ampliamente TARUFFO, 1992a: 7 ss. [trad. cast.: 28 ss.].

²⁰ Cfr. LYNCH, 2007: 4 ss.

²¹ Sobre la noción de verdad *alectica* cfr., en particular, NORRIS, 2005: 4, 61.

²² Sobre la noción de verdad epistémica cfr. también NORRIS, 2005: 4, 25 ss.; en sentido crítico GOLDMAN, 1999: 4 ss.

La consecuencia posterior consiste en admitir que de esta verdad pueda darse un conocimiento válido y objetivo. La verdad, por lo tanto, no es sólo un presupuesto abstracto o un valor regulativo que orienta el conocimiento pero que no puede ser jamás conseguido, como podría decirse de una verdad que se considere absoluta²³. En los contextos de procedimientos cognoscitivos, la verdad se hace objeto de descubrimiento y de averiguación. Según lo dicho, esto implica que los acontecimientos del mundo real pueden ser objeto de conocimiento objetivo y atendible. Esto no significa que uno deba aceptar teorías «ingenuas» de la correspondencia entre mente y mundo, o entre mundo y lenguaje. Existen en verdad concepciones de «realismo crítico» que no son precisamente ingenuas bajo un perfil filosófico y epistemológico, y que comparten la posición de que la realidad externa es conocible de un modo objetivo y racional²⁴. Se puede admitir, por tanto, que existan procedimientos epistémicos capaces de suministrar conocimientos atendibles respecto a la verdad de algunos acontecimientos empíricos, y que el conocimiento no tenga por objeto sólo las construcciones mentales del sujeto que intenta comprender la realidad. Esto implica rechazar las tesis del constructivismo radical, según el cual el conocimiento no entra jamás en contacto con los hechos que pretende conocer y se agota en el ámbito de las construcciones mentales del sujeto, con la consecuencia de que la verdad no sería otra cosa que una suerte de consenso en relación con las construcciones mentales de alguna persona²⁵. Se trata también de rechazar la tesis según la cual no existiría nada fuera del lenguaje, y, por tanto, conocimiento, realidad y verdad no serían otra cosa que productos del lenguaje mismo²⁶. Al contrario, no parece haber nada particularmente problemático en reconocer que mientras es verdad que el lenguaje no es el espejo fiel de la realidad, así como no lo es el pensamiento, no obstante es posible reconocer, sobre la base de conocimientos empíricos y de justificaciones lógicas adecuadas, cuándo un enunciado es verdadero o falso sobre la base de la realidad que pretende describir²⁷.

En el contexto del proceso esto implica que se admira la posibilidad de conseguir una determinación verificada de los hechos relevantes para la decisión a través del empleo de adecuados instrumentos probatorios. En particular, esto comporta que se rechace la también extendida opinión se-

²³ Sobre la verdad como ideal regulativo, al menos en el ámbito del proceso, cfr. más ampliamente TARUFFO, 1992a: 155 ss. [trad. cast.: 179 ss.].

²⁴ Sobre estas concepciones cfr., p. ej., GOLDMAN, 1999: 41 ss.; NORRIS, 2005: 6, 10, 14, 42 ss., 57, 67 ss.

²⁵ Para una enunciación sintética de esta tesis, cfr. GOLDMAN, 1999: 10 ss., según el cual (*ibid.*: 17), se trataría en realidad de una especie de *half-baked metaphysics*.

²⁶ Para un profundo análisis crítico de esta tesis cfr. GOLDMAN, 1999: 17 ss. A propósito de estas concepciones WILLIAMS habla eficazmente de un *tissue of mistakes* (cfr. 6).

²⁷ En este sentido cfr., en particular, LYNCH, 2007: 28 ss.; cfr. también MACCONI, 2007: 34 ss.

gún la cual en el proceso se descubriría sólo una verdad «formal» (o una mera «fijación formal» de los hechos), y reconocer por el contrario que — en la medida que se dispusiese de un sistema probatorio eficiente — se podría averiguar la verdad real («histórica», «empírica», «material») de los hechos que están en la base de la controversia.²⁸ Naturalmente no se habla aquí de Verdad Absoluta, dado que la verdad con las iniciales mayúsculas ha quedado como patrimonio exclusivo de algunas metafísicas y religiones integristas, sino simplemente de la verdad que puede ser descubierta en el mundo incierto y frágil de las cosas humanas.

1.4. La cuarta premisa pertenece a la función del proceso, y del proceso civil en particular, y se refiere al significado de la ahora ya conocida — y de varios modos abusada — cláusula del «justo proceso» recientemente incorporada en el artículo 111 de la Constitución italiana.²⁹ Resultando demasiado reductiva la tesis hasta ahora sostenida en la doctrina, según la cual esta cláusula se limitaría a renovar a las garantías fundamentales del proceso ya previstas por otras normas constitucionales, y en el intento de dar a la misma un significado específico se puede formular la premisa en cuestión en los siguientes términos:

P4 El proceso es justo si está sistemáticamente orientado hacia la producción de decisiones justas.

No dudo, por tanto, que el proceso sea dispuesto para resolver controversias, y ni siquiera dudo que el proceso, para ser justo, deba incluir la actuación de todas las garantías fundamentales impuestas por los principios constitucionales: destaque, antes bien, que la cualidad de la decisión, y en particular la justicia de la misma, no puede sino entrar en la definición de las condiciones que deben concurrir para que un proceso sea definido como justo. Por un lado, de hecho, parecería difícil considerar justo un proceso que fuese sistemáticamente orientado a producir decisiones injustas, o que fuese sistemáticamente indiferente a la cualidad de las decisiones que de él resultan. Por otro lado, se debe evitar caer en el círculo vicioso consistente en considerar a priori como justa cualquier decisión que derive de un proceso que se considera «procedimentalmente justo» (en el sentido de *procedural justice*)³⁰, sólo porque en él se aplican las

²⁸ Sobre este aspecto cfr., en particular, PARRER BARRAN, 2002: 68 ss., así como TAURERA, 1992a: 35 ss. [trad. cast.: 56 ss.].

²⁹ En relación con esta cláusula se ha venido formando en los últimos años una literatura bastante amplia, en la cual cfr., en particular, los ensayos contenidos en GUASERRA y ZANOTTI, 2006; COMODARO, 2004b; CAPRONI y VERDE, 2002; así como también los escritos de BOVE, 2002: 482 ss.; MONTALEBONE, 2001: 523 ss.; CHIRALINI, 2000: 453 ss.

³⁰ Como es conocido, con esta expresión se indican numerosos estudios, esencialmente de carácter psicológico pero orientados a proponer modelos de «justicia procedimental», concentrados sobre el análisis de las condiciones en presencia de las cuales un proceso es percibido como «justo», pero caracterizados por la sistemática desatención en los términos del contenido y de la cualidad de las decisiones que el proceso genera. Con referencia a este tema cfr. los ensayos recogidos en los volúmenes: LIND y TYLER, 1988; ROHLF y MACHUCA, 1977.

garantías procesales de las partes. En realidad un proceso «garantista», en el cual, por tanto, las partes han podido ejercer adecuadamente todas sus defensas, puede perfectamente producir decisiones sustancialmente injustas, como la experiencia muestra cotidianamente, porque el juez se equivoca al interpretar o aplicar la ley o porque se producen errores en la determinación de los hechos, o por otras varias razones.

Debido a que considero contrariamente que los procesos se hacen no con el mero fin de hacer procesos, sino con el fin de resolver controversias con decisiones justas, se deriva de ello que la justicia de la decisión es un factor determinante de la justicia del proceso. En este sentido vale la pena recordar lo que ha escrito recientemente Luigi FERRAOLI en su monumental obra dedicada a los *Principia iuris*: destaca él con gran claridad que el ejercicio de la función jurisdiccional, que es una fundamental función de garantía, se explica a través de la aplicación de la ley sustancial, siendo esto una característica esencial de la jurisdicción en los sistemas inspirados en el principio de estricta legalidad.³¹ Desde la óptica de FERRAOLI no se trata tan sólo de abstractas afirmaciones teóricas: esta concepción de la jurisdicción como garantía es de hecho puesta por él sistemáticamente en el contexto de una articulada teoría de la democracia³², en la cual la resolución de las controversias no puede no implicar la aplicación de la ley como criterio de decisión. Desde esta perspectiva, parece claro que la cualidad de la decisión que concluye el proceso no es una suerte de *optional* omittibile. Por el contrario: ésta es una connotación fundamental del correcto ejercicio de la jurisdicción en un sistema democrático, como tal, fundado sobre el principio de legalidad. De este modo la decisión no puede prescindir de la correcta interpretación y aplicación de las normas: la legalidad de la decisión es una condición esencial de su justicia, pero eso presupone — precisamente — que la justicia de la decisión venga configurada como una finalidad fundamental de cualquier proceso que pueda definirse como justo.

1.5. Las consideraciones recientemente expuestas exigen que se defina, al menos en términos sintéticos, qué cosa se puede entender por justicia de la decisión. He elaborado en otra parte una definición articulada de esta noción y, por tanto, me permito reenviar al lector que esté interesado en este argumento a un escrito reciente en el que me he ocupado con mayor amplitud.³³ Aludo sólo al hecho de que la justicia de la decisión se puede definir a través de tres condiciones, separadamente necesarias y conjuntamente suficientes: la corrección del procedimiento, la justa interpretación y aplicación de la ley sustantiva y la veracidad de la determinación de los hechos. En lo que aquí interesa, se puede entonces formular la quinta y última premisa en los términos siguientes:

³¹ Cfr. FERRAOLI, 2007: vol. 1, 880 ss.; vol. 2, 213 ss.

³² Cfr. *Ibid.*: vol. 2, 203 ss., 212 ss.

³³ Cfr. TARUFFO, 2002: 219 ss. [trad. cast.: 199 ss.].

P5 Una decisión es justa si se funda sobre una determinación verídica de los hechos relevantes.

Como ya he señalado, la veracidad de la determinación de los hechos no es la única condición de justicia de la decisión (puesto que no meos importante es la correcta aplicación de las normas que vienen empleadas como criterio de juicio), pero vale en todo caso la pena destacar que se trata de una condición *necesaria*, con base en la tradicional y conocida constatación de que ninguna decisión puede considerarse justa y legítima si se funda «sobre hechos equivocados», o sea, sobre una reconstrucción errónea del supuesto fáctico normativo concreto que es objeto de decisión³⁴. Esta tesis encuentra una reciente y muy significativa confirmación en la obra ya citada de FERRAVOLI, quien pone en evidencia cómo el correcto ejercicio de la función fundamental de garantía que es desarrollada por la jurisdicción encuentra su fundamento en una actividad *cognitiva* que concierne también a la determinación de los hechos sobre los cuales se funda la aplicación de la ley³⁵.

Las premisas que hasta ahora han sido formuladas sintéticamente sugieren un modelo ideal de decisión que aparece fundado sobre dos factores fundamentales. Por un lado, las premisas P1, P2 (o P2 bis) y P3 demuestran la *posibilidad* de que se consiga un conocimiento verídico de acontecimientos que se dan en el mundo externo en relación con el sujeto que los conoce. En términos procesales, esto significa que existe la posibilidad de determinar y valorar con métodos adecuados que se refieran a la admisión, práctica y valoración de las pruebas, la verdad «real» (no una verdad «procesal» o «formal») de los hechos relevantes para la decisión. De tal modo, se dan razones para justificar el rechazo de todas las tesis escépticas, irracionales o subjetivistas, que de distinto modo tienden a excluir que en el proceso pueda determinarse la verdad «real» de los hechos.

Por otro lado, las premisas P4 y P5 muestran que en línea general, y en particular en el contexto determinado por la cláusula del «justo proceso», se debe reconocer que la determinación de la verdad de los hechos no es sólo posible, sino que es *necesaria* de modo que el justo proceso exprese la función que le es propia. En otros términos, el proceso es justo si está sistemáticamente orientado a determinar la verdad de los hechos relevantes para la decisión, y es injusto en la medida en que obstaculiza o limita esta determinación, dado que en este caso aquello que se obstaculiza o se limita es la justicia de la decisión con la que concluye el proceso. A este propósito es útil replicar que la corrección del procedimiento —o sea, la circunstancia de que en él se apliquen las garantías fundamentales y, en particular, la garantía del contradictorio—

es, antes bien, una condición necesaria para que se pueda hablar de justicia de la decisión, pero no es ciertamente una condición suficiente en tal sentido. La razón fundamental de esto consiste en el hecho de que incluso cuando las partes han tenido la plena posibilidad de articular y de ejecutar todas sus defensas, eso no implica de ningún modo que el proceso logre establecer automáticamente la verdad de los hechos relevantes para la decisión. Por un lado, es bastante posible que las defensas de las partes no hayan sido adecuadas para la consecución de este fin³⁶, por otro lado, es sabido, y no faltan al respecto confirmaciones históricas³⁷, que las partes no tienen a priori algún interés en la determinación de la verdad. Antes bien, se ha observado que los abogados de las partes hacen uso de su habilidad profesional precisamente para evitar que se descubra la verdad³⁸, y no es enteramente cierto que el contradictorio entre las partes conduzca hacia la verdad³⁹. Por algo se dice que si se deja el proceso completamente a la iniciativa de las partes la verdad se hace un objetivo imposible de lograr⁴⁰, o es irrelevante respecto a la finalidad preeminente que es aquella de resolver *como sea* la controversia⁴¹.

2. Sobre el fondo así trazado puede plantearse ahora el problema de la posibilidad de configurar acuerdos entre las partes que tengan por objeto la verdad de los hechos de la causa. El problema nace esencialmente en razón de la consolidación —en el italiano como en muchos otros ordenamientos⁴²— de la tendencia que establece que los hechos que deben ser determinados en juicio vienen a fijarse en función de la conducta de las partes, o sea, mediante la combinación entre la alegación de los hechos obra de una de las partes y la refutación de ellos obra de la otra parte. Si, por tanto, un hecho alegado no es (en tiempo) contestado, se considera *pacífico*, lo que significa —al menos según la opinión prevaleciente de la jurisprudencia— que no es objeto de prueba y ni siquiera de decisión⁴³.

³⁶ Sobre este argumento cfr., más ampliamente, TARUFFO, 2006b [trad. cast., en este mismo volumen: 159].

³⁷ Cfr., en particular, LANGBEIN, 2003: 332 ss.

³⁸ Cfr. LANGBEIN, 2003: 334.

³⁹ Cfr. también *ibid.*: 338.

⁴⁰ Cfr., p. ej., MONTERO AROCA, 2001b: 109; 2002: 244, 248.

⁴¹ Sobre este punto cfr., por todos, DAMASKA, 1991: 212 ss.

⁴² Cfr., p. ej., el § 138 de la *Zwangsverfahrensordnung* alemana, el artículo 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, Cfr. también las reglas 8(b) y 8(d) de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses. Estas normas son sustancialmente equivalentes a los artículos 167.1 y 416.3 del Código de Procedimiento Civil italiano, en cuanto prevén la carga del derrumbado de impugnar en su tiempo los hechos alegados por el actor, bajo sanción de que tales hechos se consideren como admitidos.

⁴³ En Italia la alegación y objeción/no objeción de los hechos han sido objeto de amplios desarrollos jurisprudenciales y de extensos y proliferos análisis doctrinales. Sobre este punto cfr., en particular, BUONICCONTI, 2001; COMOGGI, 1987: 274 ss.; 2004a: 73 ss.; CARRARA, 1995; GACCA CAVALLARI, 1992 y 1993; DEL CORRAL, 2004: 112 ss.; PRATO PISANI, 2003: 606.

³⁴ Sobre este aspecto véase más ampliamente TARUFFO, 2002: 225, 228, 231 ss. [trad. cast.: 204, 207, 209 ss.]; 1992a: 43 ss. [trad. cast.: 63 ss.]; también para otras consideraciones, cfr., en particular, FERRAVOLI, 2007: vol. 2, 213 ss.

En la base de este fenómeno están principalmente dos órdenes de factores: uno de carácter funcional y otro de carácter ideológico.

El factor de carácter funcional está determinado por consideraciones que pueden en alguna medida compararse, y que se podrían definir como de *economía procesal*. Se tiende, en otros términos, a lograr que el objeto de la eventual actividad instructora resulte lo más reducido y simplificado posible al inicio del proceso: un hecho no refutado es excluido del *thema probandum*, lo que implica una reducción y una simplificación, tanto del trabajo del juez, como del procedimiento, en cuanto concierne a la admisión y a la asunción de las pruebas⁴⁴. Si ninguno de los hechos alegados fuera refutado, se obtendrían muchas ventajas, porque no existiría necesidad de probar hecho alguno y la decisión podría limitarse a los aspectos de derecho de la controversia. Por eso mismo la jurisprudencia no ha vacilado en crear y aplicar intensamente la categoría del «hecho pacífico», o sea, del hecho sobre el cual el juez no tiene nada que hacer, y respecto al cual no corre riesgo alguno de decidir de modo erróneo.

Las exigencias que se conectan con la economía procesal deben ser valoradas seriamente, sobre todo en sistemas caracterizados por la ineficiencia de la justicia civil, como sucede con el italiano, pero es lícito dudar que ellas deban considerarse como absolutamente prioritarias, hasta el extremo de eliminar toda otra exigencia o valor procesal. Quien pensase en el funcionamiento del proceso sólo en términos de eficiencia en la resolución de las controversias, de hecho, podría resultar tentado —en una época *new age*— de resucitar las ordalías medievales, que en efecto eran bastante rápidas y eficaces; o quizá se podría recurrir al lanzamiento de los dados practicado por el juez Brideloye, o a la *random justice* de la que ha hablado recientemente un filósofo inglés⁴⁵. Sin embargo, la eficiencia del procedimiento y la economía de las actividades procesales deberían ser compatibles con la actuación de otros valores inherentes al proceso y a la administración de justicia que no son menos importantes y, por lo tanto, no pueden ser sacrificados a priori, como la justicia de las decisiones judiciales.

De otro lado, si se parte de la premisa enunciada más arriba, según la cual la determinación de la verdad de los hechos se configura como una condición necesaria para la justicia de la decisión, se conluye que toda derogación o limitación que obste a esa determinación, supone inevitablemente —también cuando eso suceda por razones dignas de otras consideraciones— un déficit para el descubrimiento de la verdad y, por tanto, un déficit correspondiente en la legalidad y justicia de la decisión. En realidad, si suponemos que A, B, C y D sean los hechos rele-

vantes alegados, pero C y D se consideraran pacíficos porque no han sido objetados, y, por ende, se determinan sobre la base de las pruebas sólo los hechos A y B, la consecuencia es que termina con basar una verdad incompleta: nada se determina, de hecho, acerca de la verdad o falsedad de los enunciados relativos a los hechos C y D.

El factor de carácter ideológico, que está evidentemente en la base de la concepción negociada de la verdad procesal, deriva de la bien conocida concepción del proceso civil según la cual éste sería sólo una «cosa privada de las partes» y, en consecuencia, en el proceso debería suceder todo aquello que las partes quieren y nada más o distinto de aquello que las partes quieren. Esta ideología se encuentra muy difundida y tiene numerosas implicaciones que aquí no se pueden tomar en consideración ni siquiera sumariamente, y que de otra parte han sido desde hace tiempo discutidas por una literatura amplia y variada⁴⁶. En cambio, es necesario poner en evidencia lo que dicha ideología implica respecto a la determinación de los hechos que deben ser probados.

Se trata, en sustancia, de una concepción negociada según la cual pertenecería exclusivamente a las partes, a través de la alegación u objeción o no objeción de los hechos, el poder de establecer qué cosa debe o no debe ser probada, y también el poder de determinar qué cosa debe o no debe ser tenida como verdadera a los fines de la decisión.

La idea de que las partes puedan estipular un acuerdo en orden a los hechos que forman parte del *thema probandum*, y en relación con la verdad de los hechos no objetados, tiene algunas consecuencias que la jurisprudencia mayoritaria acoge, como aquella según la cual el juez no podría admitir pruebas deducidas por las partes ni disponer de oficio pruebas sobre el hecho no refutado, o aquella por la cual debería tener por verdadero aquel hecho sin realizar sobre él ninguna valoración⁴⁷. En cualquier caso se trata en realidad de consecuencias paradójicas, como por ejemplo aquella que se verifica cuando se logra decir que el juez no debe tener en cuenta alguna prueba y, por tanto, ni siquiera pruebas que demuestren la falsedad del hecho «pacífico», no obstante que tal falsedad sea claramente demostrada por una prueba vinculante (resultando ésta, por ejemplo, de un acto público). En otros casos se trata de consecuencias poco claras, como aquella según la cual las partes podrían determinar negociadamente la verdad de un hecho sólo cuando la controversia considere derechos disponibles, mientras que tal negocio sería obviamente vetado cuando se trate de derechos indisponi-

⁴⁴ Cfr. TARUFFO, 2006b: 452 ss. [trad. cast., en este mismo volumen: 160 ss.]; BUCKWIS-TRAN, 2001: 16 ss., también para posteriores referencias.

⁴⁵ Cfr., en particular, Casación S. U. 23 de enero de 2002, núm. 761, en *Form. h.*, 2002, I, 2030 y ss., con nota de Cea, 2003: 1335 ss., con nota de FARAVI, 2003. Sobre la jurisprudencia en cuestión véase además la reseña de DEL CORRE, 2004: 125 ss.; para posteriores consideraciones cfr. CARRI y TARUFFO, 2006: 553, 1192 ss.

⁴⁶ Argumentos de este género aparecen en la literatura citada en la nota precedente.
⁴⁷ Cfr. DUBOURY, 1999.

bles, con la consecuencia de que sólo en esta segunda hipótesis el juez debería determinar la verdad de los hechos⁴⁸. De este modo se introduce una bifurcación difícilmente justificable, en función de la cual el proceso estaría o no orientado a determinar la verdad de los hechos según si la controversia versa sobre derechos indisponibles, en cuyo caso la verdad debería ser determinada, o sobre derechos disponibles, caso en el cual la verdad de los hechos podría ser determinada sólo si las partes se ponen de acuerdo en tal sentido, o sea, sólo en el caso en que el demandado exprese la voluntad «negocial» de no acordar con el actor sobre la «verdad» de los hechos que éste ha alegado.

3. La concepción negocial de la determinación de los hechos es discutible por varias razones⁴⁹, pero la más importante es que aparece fundada sobre un equívoco que se refiere a la naturaleza y a la función de la alegación de los hechos y de su refutación o no refutación. Resulta, por tanto, oportuno clarificar qué se entiende cuando se habla de la naturaleza y de los efectos de estas conductas de las partes. Por razones de simplicidad del discurso será oportuno realizar también aquí de finciones sintéticas.

Def. 1. *La alegación de un hecho consiste en la formulación de un enunciado descriptivo de aquel hecho realizado por una parte en uno de sus actos.*

Este enunciado se caracteriza por una pretensión de verdad, por que la parte que alega el hecho lo indica como verdadero. Eso responde a las condiciones conversacionales de Grice, según el cual sería incorrecto afirmar un hecho y contextualmente negarle la verdad⁵⁰. Sin embargo eso no implica que aquel hecho sea verdadero: el enunciado que lo describe puede ser verdadero o falso, según la premisa formulada en P2, pero el *status* epistémico del enunciado que es objeto de alegación es la incerteza. Esta incerteza podrá ser resuelta sólo por el juez en la decisión final, según el éxito de las pruebas.

La alegación de un hecho no tiene por sí algún efecto dispositivo o normativo: sólo en el momento en que la parte lo reconduce a un supuesto fáctico legal y atribuye a él una calificación jurídica, el hecho alegado se hace «constitutivo» de una situación jurídica e íntegra, por ejemplo, la *causa petendi* de la demanda⁵¹. Un hecho que es alegado pero al

⁴⁸ Cfr. la jurisprudencia citada en la nota precedente y BUONCRISTIANI, 2001: 19 ss.

⁴⁹ Para las diversas críticas a esta concepción cfr., en particular, CACCIA CAVALLARI, 1993: 6 ss.; CARATTA, 1995: 264 ss.

⁵⁰ Cfr. GRICE, 1989: 27 ss.

⁵¹ Correctamente se dice, en realidad, que la alegación del hecho es funcionalmente correlativa a la individualización de la *causa petendi* (cfr., p. ej., COMARRO, 1987: 274), lo que presuppone que por sí la alegación del hecho no tenga la eficacia de determinar directamente el fundamento de la demanda.

cual no se da alguna calificación jurídica no tiene eficacia constitutiva alguna, como sucede en el caso en que se alegan los hechos secundarios, que precisamente por su naturaleza no «constituyen» alguna situación jurídica⁵². Esto equivale a decir que si el hecho alegado es considerado en su formulación propia, o sea, en un momento lógicamente (y quizá discursiva y cronológicamente) distinto de aquel en que viene encauzado hacia un supuesto fáctico legal, el hecho no tiene algún efecto jurídico: simplemente, la enunciación de tal hecho representa la formulación de la premisa de un efecto jurídico que de él podrá (o no podrá) hacerse derivar en la eventualidad de que tal enunciación sea confirmada como verdadera por las pruebas. Esta consideración induce a excluir la plausibilidad de una opinión bastante difundida, que señala que la alegación de los hechos estaría íntimamente conectada al principio dispositivo, y que sería incluso un instrumento finalizado a la actuación de tal principio, por que las partes — al alegar los hechos — determinarían con eso mismo el objeto de sus demandas y, por tanto, vincularían al juez para decidir sólo sobre eso que ha sido alegado⁵³. Esta tesis se funda sobre la confusión de dos fenómenos que sería útil distinguir⁵⁴: por un lado, la alegación en sentido propio, que consiste sólo en la formulación de enunciados referidos a la existencia de determinados hechos (al realizar la alegación afirmo que «el hecho F se ha verificado tal cual en el momento T y en lugar L»); y de otro lado, su calificación jurídica en el contexto de la formulación de la demanda (formulando la demanda califico «el hecho F como ilícito en los términos del art. 2.043 del Código Civil y, por lo tanto, pido...»). El principio dispositivo se refiere, ciertamente, a la formulación de la demanda, o sea, a los efectos jurídicos que se quieren hacer derivar de los hechos que se alegan, pero no puede ser referido a la pura y simple formulación de enunciados que describen estos hechos⁵⁵.

En realidad, la alegación no es otra cosa que un acto lingüístico mediante el cual una parte asevera que un hecho se ha verificado con ciertas modalidades. Se trata, por lo tanto, en la terminología de SEARLE, de una aseveración con función meramente *illocutoria*, en cuanto que su autor *afirma* algo⁵⁶. Bajo el perfil epistémico, eso que se afirma es un enunciado hipotético: puede ser verdadero o falso en sí, pero en el momento en que es expresado, y hasta que no sea formulada la decisión final, no es ni verdadero ni falso.

⁵² En particular sobre la alegación de los hechos secundarios cfr. BUONCRISTIANI, 2001: 105 ss.

⁵³ Sobre esta opinión cfr., también para posteriores consideraciones, BUONCRISTIANI, 2001: 11 ss., 31 ss.; COMARRO, 1987: 277; 2004a: 73, 75 ss.

⁵⁴ En sentido contrario cfr. BUONCRISTIANI, 2001: 42 ss., quien no realiza esta distinción y considera que la alegación de los hechos es una declaración de voluntad que equivale a la proposición de la demanda.

⁵⁵ En el sentido de que la alegación de los hechos, y así también la oposición a ellos, no tiene nada que ver con el principio dispositivo cfr., en particular, CARATTA, 1995: 248 ss.

⁵⁶ Sobre esta materia cfr., en particular, SEARLE, 1998: 140 ss., 148; 1980: 23, 29, 65 ss.

4. Habiendo aclarado un aspecto relevante del acto en que consiste la alegación de los hechos, se trata ahora de poner en evidencia algunos aspectos de la conducta que puede definirse como recíproca respecto a la alegación, que puede consistir, sea en la oposición a los hechos alegados, sea en la falta de oposición a ellos. La oposición puede definirse así:

Def. 2. *La oposición consiste en la negación explícita de la verdad de un enunciado que ha sido objeto de alegación.*

Vale la pena destacar que en esta definición se habla de la oposición como negación *explícita* de la verdad de los hechos alegados. Por un lado, eso significa que se necesita de una expresa toma de posición del demandado sobre el hecho alegado por el actor, tanto así que normas como los artículos 167 y 416.3 del Código de Procedimiento Civil italiano exigen — aunque también con formulaciones textuales diversas, siendo la segunda más rigurosa que la primera⁵⁷ — que la oposición sea *específica*. Parece obvio que una oposición que debe ser específica no puede ser implícita. A lo sumo, a la negación explícita de la verdad del hecho alegado puede asimilarse la declaración de no conocer tal hecho⁵⁸, porque también en este caso se trata de una declaración explícita que deja en la incertidumbre su existencia. Es dudoso, por el contrario, que se pueda hablar de oposición *implícita* como aquella que derivaría de la alegación, de parte del demandado, de un hecho incompatible con aquél del actor, o de hechos diversos de éste, o de la deducción de una prueba contraria referida a la existencia de este hecho⁵⁹. Se trata en realidad de conductas que por sí no implican tomas de posición precisas sobre los hechos alegados, de las cuales no se puede deducir con certeza la negación específica de los enunciados que describen estos hechos.

La oposición consiste, por tanto, en un acto lingüístico en que su autor afirma que el enunciado que ha sido alegado no es verdadero. El objeto de este acto lingüístico, o sea, el enunciado de que se afirma alguna cosa a propósito de un hecho, no cambia: se trata del mismo enunciado que ha constituido objeto de la alegación y que se refiere a un hecho principal o secundario de la causa. Cambia, por el contrario, la función *ilocutoria* del nuevo acto lingüístico, ya que su fin es aseverar que el enunciado es falso.

A su vez, la no oposición puede entonces definirse así:

Def. 3. *La no oposición consiste en que falta una negación explícita de la verdad de un enunciado que ha sido objeto de alegación.*

La no oposición no consiste en un acto lingüístico en sentido propio, sino en una mera conducta omisiva: la parte que no se opone al enunciado alegado, de hecho, no dice nada. Sobre este punto es útil precisar que el silencio de la parte que podría oponerse al hecho alegado es suficiente para determinar la no oposición. Contrariamente a lo que habitualmente se considera⁶⁰, no parece que el silencio sobre el hecho alegado pueda equivaler a no oposición sólo cuando la parte se oponga a otros hechos alegados, porque se tiene no oposición también cuando el demandado no se opone a ninguno de los hechos alegados por el actor. Ni siquiera se puede afirmar que se tiene no oposición *tácita* cuando el demandado articula defensas incompatibles con la negación del hecho en cuestión⁶¹. La no oposición, en realidad, es siempre *tácita*, consistiendo en una conducta omisiva, o sea — como ya se ha dicho —, en la falta de una negación explícita de la verdad del enunciado que ha sido objeto de alegación. Si el demandado calla respecto de un hecho alegado, eso significa que no lo impugna: eso que dice o no dice en relación con otros hechos alegados no es relevante con respecto a la oposición o falta de oposición a *aquel* hecho. De otra parte, si el demandado admite explícitamente la verdad de un enunciado objeto de alegación no se tendría una no objeción, sino que se verificaría el fenómeno diverso de la *admisión* del hecho alegado⁶², que equivale en realidad a una alegación del mismo hecho también de parte del demandado⁶³. En consecuencia, es de considerar que el enunciado que ha sido objeto de admisión explícita, o sea, de una nueva alegación, tenga el mismo *status* de aquél originariamente alegado por la otra parte, y consista, por tanto, en una hipótesis incierta en torno al hecho de que se trata.

Teniendo en cuenta lo que se ha expuesto en P2, o sea, que un enunciado es verdadero o es falso en cuanto su contenido corresponda a los acontecimientos del mundo real, se pueden ahora extraer algunas consecuencias indicando cuáles pueden ser los efectos de la oposición o de la no oposición a un enunciado fáctico que ha sido objeto de alegación.

Cons. 1. *Si el enunciado alegado es falso, la no oposición no lo convierte en verdadero.*

Cons. 2. *Si el enunciado alegado es verdadero, la no oposición no lo convierte en verdadero, porque ya lo es.*

Cons. 3. *Si el enunciado alegado es verdadero, la oposición no lo convierte en falso.*

Cons. 4. *Si el enunciado alegado es falso, la oposición no lo convierte en falso, porque ya lo es.*

⁵⁷ Sobre las dos normas cfr., también por referencias de doctrina y jurisprudencia, CASPI Y TARUFFO, 2006: 513 ss., 1191 ss.; y además CASARITA, 1995: 248 ss.

⁵⁸ Cfr., sobre este aspecto, FERRI, 1991: 72, 76.

⁵⁹ Para una orientación jurisprudencial en este sentido cfr. CASPI Y TARUFFO, 2006: 1193.

⁶⁰ Cfr., p. ej., DEL CORRAL, 2004: 119 ss.; CAJ, 2002: 2018; FABIANI, 2003: 1343; CACCIOLA CAVALLARI, 1993: 43; y la jurisprudencia citada por estos autores.

⁶¹ En este sentido cfr. COMOCOLI, 2004a: 85; DEL CORRAL, 2004: 119 ss.; CASARITA, 1995: 200 ss.

⁶² Sobre este punto cfr. CASARITA, 1995: 125 ss.; CACCIOLA CAVALLARI, 1993: 52 ss.

⁶³ Cfr. CASARITA, 1995: 126.

Resulta, por lo tanto, claro que en lo respecta a la verdad o a la falsedad del enunciado que ha sido objeto de alegación, la oposición o la no oposición a él son absolutamente irrelevantes. Como se ha dicho, la hipótesis que ha sido objeto de alegación es verdadera o falsa en sí (o sea, en relación con los acontecimientos del mundo real), pero en el proceso es incierta, y permanece incierta — o sea, posiblemente verdadera o falsa — independientemente de cómo se comporta la parte que se opone o no se opone a ella. En el proceso, de hecho, la incertidumbre podrá resolverse sólo con la decisión final y a partir del resultado de las pruebas.

En general, de cualquier modo, se excluye que el acuerdo de dos o más sujetos pueda cambiar el status epistémico de un enunciado, en particular determinando su verdad. No han fallado en la filosofía y en la epistemología recientes, posiciones según las cuales la verdad de cualquier aseveración dependería exclusivamente del consenso que sobre ella se realiza en un determinado contexto. Según estas posiciones, por tanto, no sería la realidad la que determinaría la verdad o falsedad de los enunciados que la describen, sino que la convergencia de opiniones en relación con la verdad o la falsedad de estos enunciados⁶⁴. Sin embargo, filósofos y epistemólogos de orientación «realista» (como aquella que aquí se sigue) han rechazado decididamente toda concepción consensualista de la verdad: por ejemplo, ALVIN GOLDMAN escribe que «*a consensus theory of truth is the faith of optimists, no part of a proper definition of truth*»⁶⁵. En realidad, si se adhiriera a una concepción consensualista de la verdad se necesitaría admitir que existió una época (quizá no terminada, o no terminada en todas partes) en la que era verdadero que la Tierra fuese plana. Sólo el cambio del acuerdo entre los sujetos interesados habría determinado la falsedad de esta teoría y, por tanto, la transformación de la Tierra en un cuerpo celeste de forma casi esférica. O también se necesitaría reconocer que porque BELLARMINO tenía de su lado un amplio y fuerte consenso, que duró hasta años recientes, entonces por mucho tiempo ha sido verdadero que fuese el sol el que giraba alrededor de la Tierra y falso que Júpiter tuviese cuatro lunas⁶⁶. Los ejemplos paradigmáticos podrían multiplicarse, pero no es necesario agregar otros; parece ya consolidado que la verdad de un enunciado no depende jamás del consenso de un auditorio, y menos del acuerdo de dos personas, sino del modo como está conformado en la realidad el acontecimiento que es su objeto.

⁶⁴ Sobre las distintas concepciones consensualistas de la verdad cfr., p. ej., GOLDMAN, 1999: 69 ss.; LYNN, 2007: 35 ss.

⁶⁵ Cfr. GOLDMAN, 1999: 12. En sentido decididamente crítico cfr. también LYNN, 2007: 46 ss.

⁶⁶ Cfr., sobre este punto, MARCOVI, 2007: 14 ss., quien observa que las tesis que se expresan en el texto no estaban, quizá, históricamente privadas de alguna justificación, pero que las justificaciones sean hijas del tiempo no implica que lo sea la verdad».

Volviendo ahora a la alegación y a la oposición o no oposición de los hechos, se puede observar que en función de las definiciones indicadas precedentemente, según las cuales se trata de actividades que deben ser reconducidas a su propia naturaleza de actos lingüísticos, parece inútil y superfluo imaginar que las partes estipulen, a través de semejantes actividades, un acuerdo negocial teniendo por objeto la verdad de los hechos alegados. De hecho, sería necesario suponer que la alegación del actor consista en una especie de propuesta o de oferta contractual, como si alegando un hecho éste dijese al demandado «te propongo un acuerdo en relación con la verdad del hecho que alego». Por otro lado, la oposición equivaldría a una suerte de rechazo de tal oferta o propuesta, mientras que la no oposición sería una especie de aceptación tácita de ella⁶⁷. En esta perspectiva la jurisprudencia⁶⁸ alcanza a decir que «el hecho no objetado no tiene necesidad de prueba porque las partes han dispuesto de él vinculando al juez a tenerlo en cuenta sin ninguna necesidad de convenirse de su existencia» (curiosa añadida). Parece, sin embargo, evidente, a partir de las consideraciones desarrolladas precedentemente, que esta opinión se funda sobre un grosero equivoco y no toma en consideración la naturaleza real ni los efectos de las actividades de alegación y de oposición y no oposición a los hechos. En particular, parece peregrina la idea de que las partes «dispongan» del hecho que ha sido alegado, como si de la verdad de los hechos se pudiese disponer, con un negocio tan eficaz capaz de vincular al juez para tener como verdadero aquel hecho sin ni siquiera «convencerse de su existencia». Se trata, como es fácil constatar, de una construcción imaginaria que no tiene nada que ver con la realidad de eso que las partes hacen cuando alegan, refutan o no refutan un enunciado de hecho. Tal construcción encuentra una explicación en la ideología del proceso como «cosa privada de las partes» de la que se ha hecho referencia más arriba, pero en el contexto del proceso no se justifica y no responde a alguna exigencia particular. Ella amerita, por tanto, caer bajo la navaja de OCKHAM para quien, como se sabe, *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.

5. Sobre la base de las consideraciones que preceden, la duda formulada en el título de estas páginas se resuelve en sentido negativo: la verdad de los enunciados relativos a los hechos de la causa existe o no existe en función de cómo se hayan desarrollado los acontecimientos en el mundo real, y no es objeto de negociación o de acuerdo entre las partes. Como ya ha sido dicho, la no oposición no hace verdadero eso que es falso, y tampoco hace verdadero eso que ya es verdadero por sí.

⁶⁷ En el sentido de que la no oposición no sea una actividad de naturaleza negocial cfr., en particular, CAVARERA, 1995: 264 ss.

⁶⁸ Cfr., en particular, el *leading case* constituido por la sentencia de Casación S. U. 23 de enero de 2002, núm. 761, *op. cit.* En el mismo sentido cfr. también la jurisprudencia posterior, sobre la cual se pueden ver referencias en CAEN Y TARUFFO, 2006: 1193.

Por otro lado, el postulado recordado precedentemente, que busca derivar de la no objeción de los hechos algunas ventajas prácticas en términos de simplificación y eficiencia del proceso, no lo hace por eso ilegítimo: al contrario, se trata de una finalidad que en alguna medida ha de considerarse positivamente. Vale la pena, sin embargo, precisar cómo opera un mecanismo de este tipo, a los fines de establecer bajo qué condiciones puede ser aceptable.

Sobre este punto debe destacarse que la teoría del hecho «pacífico» se funda sobre una especie de *als ob* que recuerda el pensamiento de VAHNER: en efecto, no se sabe si el enunciado sobre el hecho «pacífico», alegado y no objetado, sea verdadero o falso. No obstante se admite — o se pretende — que el juez se comporte *como si* aquel enunciado fuese verdadero, o sea, *como si* el hecho hipotetizado y afirmado en sede de alegación se hubiese realmente verificado en el mundo de los acontecimientos reales. Como ya ha sido dicho, de hecho, la no oposición no determina la veracidad del enunciado alegado: el *status* de este enunciado queda epistémicamente incierto, porque la no oposición no agrega una información tal que la afirmación de su veracidad pueda aparecer *warranted*.

Por otra parte, no es posible extraer consecuencias de este género de la pura y simple conducta omisiva de la parte que no objeta: si la sabiduría popular dice que «quien calla otorga», no dice, sin embargo, que el hecho de callar demuestre de algún modo la verdad de eso sobre lo que se calla. En realidad, las razones por las que la parte no objeta un hecho alegado pueden ser variadas, pero ninguna de ellas parece idónea para determinar la verdad del enunciado que describe el hecho. Al contrario, el demandado podría evitar relutar un enunciado relativo a un hecho que sabe que no es verdadero precisamente con el fin de ocultar la verdad, colaborando con el actor en violar la ley. No se puede ni siquiera excluir, de otro lado, la eventualidad de que el demandado no conteste un enunciado de hecho que en realidad es falso, porque de la erróneamente que es verdadero. Parece, por tanto, evidente que de la falta de objeción no se pueden extraer elementos de convicción (y tan poco «argumentos de prueba») ⁶⁹ a propósito de la verdad del enunciado en cuestión, y tampoco a propósito de la voluntad de la parte que no objeta la conclusión de un acuerdo en relación con esta verdad.

En una situación de este género, afirmar que el enunciado de hecho no objetado deba ser tomado como verdadero a los fines de la decisión implica una elevado riesgo de error. Fundar la decisión sobre un enunciado de hecho formulado en un momento del proceso en el que no

⁶⁹ Parece, por tanto, carente de fundamento la posición difundida en la jurisprudencia según la cual la no objeción sería una conducta idónea para proveer al juez argumentos de prueba en relación con la verdad del hecho no refutado (cfr. también para consideraciones en tal sentido, CERRATEL, 1993: 175 ss.; GACCIA CAVALLARI, 1993: 39 ss.; FARIANI, 2003: 1347).

se sabe nada en relación con la verdad o falsedad del mismo, en cuanto no se han adquirido todavía elementos de prueba al respecto, implica el riesgo de que se asuma como verdadero un enunciado que, por el contrario, es falso. Este riesgo es cuantificable exactamente en el 50 por 100, porque existe una posibilidad sobre dos de que la decisión fundada sobre aquel enunciado sea errada. Esta proposición expresa en términos de riesgo la medida del *déficit* de justicia que se verifica en el momento en el que se decide la controversia sobre la base de un enunciado de cuya verdad o falsedad no se sabe nada: el riesgo es que una decisión de cada dos sea injusta porque se funda sobre un enunciado falso.

Debe considerarse entonces el problema de establecer si la ventaja práctica que se obtiene, en términos de simplificación del proceso, excluyendo el hecho no objetado del *thema probandum*, es suficiente para contrabalancear la pérdida en términos de justicia de la decisión que deriva de asumir como verdadero un enunciado que tiene el 50 por 100 de probabilidades de ser falso.

Una solución que mirase exclusivamente a la justicia de la decisión impediría excluir toda relevancia procesal a la no objeción de las alegaciones de hecho, y reclamaría que todos los respectivos enunciados fuesen demostrados como verdaderos o falsos en función de las pruebas, no distintamente de eso que sucede para los enunciados de hecho que son objetados. Esta solución, por otro lado, podría ser criticada argumentando que desconoce las exigencias de economía procesal y veta toda posible simplificación en la determinación de los hechos. Este argumento no carece totalmente de relevancia, y lleva entonces a preguntarse si no puede existir una solución razonable, que al menos reduzca en alguna medida los peores riesgos de error en la decisión, aunque abriendo la vía a alguna significativa simplificación del procedimiento.

Una solución razonable puede identificarse al reflexionar sobre la circunstancia de que cuando una parte alega un hecho hipotetizando la verdad del enunciado relativo, en realidad asume sobre sí la carga de demostrar en juicio, con pruebas, que aquel enunciado es verdad porque el hecho se ha verificado efectivamente en el mundo real. En otros términos: el efecto principal de la alegación consiste en asumir la carga de la prueba relativa al hecho alegado: *onus probandi incumbit ei qui dicit* expresa el brocardo tradicional, y, por tanto, aquel que alega un enunciado de hecho asume la carga de demostrar su verdad ⁷⁰. Paralelamente, la objeción de la veracidad de aquel enunciado tiene el efecto — por así decirlo — de consolidar respecto a la parte que ha alegado el hecho la carga de demostrar que éste se ha verificado realmente; la objeción *confirma* (póngase atención: no crea) el *status* epistémico de in-

⁷⁰ No se trata, en realidad, sólo de una regla de técnica procesal, sino de un principio fundamental que encuentra aplicación en todo campo del conocimiento: cfr. GASKINS, 1992: 2 ss.

certeza del enunciado que ha sido objeto de alegación, y — como ya se dijo — tal incerteza se podrá resolver sólo con la determinación probatoria del hecho en cuestión.

Es sobre este terreno, entonces, que se puede encontrar una solución razonable al problema práctico formulado anteriormente. Se puede admitir, por lo tanto, que la falta de objeción de un hecho opere en el sentido de atenuar o de eliminar, para la parte que lo ha alegado, la carga de demostrar su existencia, puesto que el demandado, con su conducta, no desafia al actor a realizar tal demostración. Se puede, por lo tanto, admitir que en virtud de la no objeción se verifique una suerte de *relevatio ab onere probandi* en favor de aquel que ha alegado el hecho convertido en «pacífico»: porque sobre aquel hecho no tiene lugar la dialéctica contradictoria de las partes, se puede simplificar el procedimiento en el sentido de considerar no necesaria la prueba del hecho no objetado.⁷¹

Se debe destacar, no obstante, que esto no comporta ninguna consecuencia respecto a la verdad o no verdad del enunciado que se refiere al hecho; el *status* de éste queda incierto, pero se admite que esta incertidumbre devenga irrelevante, en sede de decisión, en función de la circunstancia de que *entre las partes* ella no ha sido objeto de controversia porque la contraparte no ha puesto a la parte que ha efectuado la alegación en la condición de tener que demostrar la fundamentación de sus aseveraciones. Es claro, por otro lado, que de este modo no se elimina el riesgo de error del que se ha hablado más arriba: se debilita la carga de probar la verdad del hecho alegado, y, por tanto, este hecho queda no demostrado, el respectivo enunciado fáctico queda incierto y, por tanto, queda la posibilidad de que una de cada dos decisiones esté fundada en un enunciado fáctico falso. Se trata entonces de establecer si una consecuencia de este género se justifica sobre la base de la inercia de la parte que habría podido objetar el hecho y no lo ha hecho. En sentido positivo se podría quizá decir que es esta misma parte la que debe asumir — con su conducta — el riesgo de perder por efecto de una decisión fundada sobre un enunciado falso.⁷² Por otro lado, dado que la ley admite, en el art. 2.698 del Código Civil italiano, que las partes convengan una modificación o una inversión de sus respectivas cargas probatorias, se puede también admitir que con su conducta una parte provoque una *relevatio ab onere probandi* a ventaja de la otra parte.⁷³

⁷¹ En sentido análogo cfr. CARARIVA, 1995: 282 ss., que destaca justamente que una cosa es provocar un *relevatio ab onere probandi* a ventaja de la contraparte y otra es vincular al juez a tener como verdadero el hecho no objetado.

⁷² El demandado es libre para elegir la estrategia defensiva que prefiera (así CARARIVA, 1995: 275). Y, por lo tanto, es también libre de asumir sobre sí el riesgo del que se habla en el texto.

⁷³ Es útil recordar, por otra parte, que la norma admite los pactos relativos a las cargas probatorias sólo si la causa se refiere a derechos disponibles. Se puede, por lo tanto, admitir que la *relevatio ab onere*, en caso de falta de objeción, sólo en esta hipótesis, y que no se elimine la carga originaria de

Esto no implica, sin embargo, admitir que tengan lugar las consecuencias que la jurisprudencia a menudo extrae de la falta de objeción de un hecho alegado, y que maximizan la gravedad y frecuencia del peligro de error que existe al fundar una decisión sobre la verdad no demostrada de un enunciado de hecho. Se trata entonces de prever la posibilidad de que se llegue a verificar directamente la verdad o la falsedad del enunciado alegado — y no objetado — todas las veces que eso resulte posible y oportuno. Así, de un lado, se necesita dar a las partes la oportunidad de objetar las alegaciones contrarias en todo momento del proceso⁷⁴; de modo que se imponga la carga de la prueba a la parte que ha alegado los hechos, sin que tenga lugar al respecto alguna preclusión. En tal caso, por otra parte, se necesita que quede a salvo el derecho de la parte, que ha alegado el hecho posteriormente objetado, de deducir y de hacer asumir las pruebas de que dispone en relación con ese hecho. De otro lado, no se puede excluir la asunción de medios de prueba admisibles y relevantes en torno a la verdad o a la falsedad del hecho no objetado, si las partes han deducido tales pruebas o el juez las ha dispuesto de oficio. En todo caso, el hecho no objetado debe ser efectivamente objeto de decisión, en el sentido de que el juez puede siempre extraer elementos de convicción en torno a la verdad o falsedad del mismo de cualquier fuente de convicción que le venga suministrada en el curso del proceso. Además, el juez podrá desconocer su existencia, por ejemplo, cuando la verdad de aquel hecho le aparezca inverosímil o en contraste con otros hechos que han sido probados. En sustancia, el hecho no objetado podrá ser considerado como verdadero y, por tanto, puesto como fundamento de la decisión, sólo cuando el juez haya madurado la convicción de la verdad del enunciado que lo describe.⁷⁵

Todo esto equivale a decir que la no objeción de la alegación de un hecho no tiene en sí algún efecto vinculante, ni para las partes ni para el juez: no se trata, de hecho, de un negocio estipulado entre las partes, sino de una situación en la cual no se deprecia el valor de la verdad como condición de justicia de la decisión, y resulta de cualquier modo oportuno minimizar la eventualidad de que una decisión sea tomada sin una determinación efectiva de la verdad de los hechos relevantes.

la prueba que incumbe al actor, si la causa se refiere a derechos indisponibles. Debería quedar claro, sin embargo, que de este modo no se acepta en absoluto la teoría negociada de la no contestación.

⁷⁴ En un sentido contrario está la jurisprudencia más reciente, que — a diferencia de lo que sucedía en el pasado — excluye la posibilidad de objeciones tardías; cfr. indicaciones en Cassi y TARUFFO, 2006: 1192 ss. La doctrina se ha posicionado contrariamente, a propósito del art. 167 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de una interpretación relativamente más estricta, en cuanto admite que la objeción pueda darse también después de la primera defensa del demandado, al menos hasta la audiencia de tramitación prevista por el art. 183 (véanse referencias en *ibid.*: 513). Después de la reciente reforma de esta norma se puede fácilmente admitir que la objeción pueda darse también en las memorias depositadas fuera de audiencia en los términos concedidos por el juez a los efectos del inciso 5.º de la misma disposición.

⁷⁵ En sentido análogo cfr., en particular, CARARIVA, 1995: 266.

APÉNDICE IV

LA PRUEBA DEL NEXO CAUSAL*

1. EL OBJETO DE LA PRUEBA

El análisis de los problemas relativos a la prueba del nexo causal requiere algunas consideraciones preliminares que resultan indispensables para una correcta delimitación y definición del tema a tratar.

Ante todo, es necesario definir de forma apropiada, y no simplemente genérica, qué constituye el objeto de la prueba y las modalidades con las que se identifica ese objeto. En lenguaje común, el objeto de la prueba está constituido por los «hechos del caso», pero está claro que éstos no son eventos empíricos, dado que, siendo en la gran mayoría de los casos eventos que se han producido antes y fuera del proceso, el juez no puede percibirlos directamente. Solo en el caso poco frecuente de la inspección ocular de cosas o personas puede el juez percibir directamente una circunstancia que deba ser probada; en todos los demás casos el juez no entra en contacto directo con el hecho a probar, de forma que acaba teniendo únicamente relación con enunciados que expresan proposiciones referidas a los hechos de los que debe ocuparse. En otros términos, el juez se enfrenta normalmente a entidades lingüísticas consistentes en enunciados que describen los hechos relevantes del caso. Todo esto es más bien obvio, pero de ello se derivan consecuencias que no son en absoluto banales.

Una de estas consecuencias es que los enunciados fácticos, no estando dotados de una realidad empírica independiente, existen en la medida en que son formulados por alguien. Este «alguien» puede ser

* Traducción de Jordi Ferrer Beltrán.

la parte que alega el hecho como constitutivo de una demanda, el tes-tigo que declara lo que sabe acerca de ese hecho o bien el juez en el momento en que afirma en la sentencia que un determinado enunciado fáctico ha resultado probado o no probado. En realidad, el sujeto que formula un enunciado fáctico lo *construye*, determinando su forma y contenido. Esta construcción se produce mediante la utilización de di-versos criterios, que tanto pueden tener naturaleza jurídica (como la re-ferencia a las normas cuya aplicación se pretende y que determinan la relevancia jurídica del hecho en cuestión) como naturaleza lingüística, semántica, cultural, institucional, etcétera.² Entre los criterios con los que se construyen los enunciados adquieren especial importancia las *ca-tegorías* que son «*abidgious and inescapable in the use of mind*» (AM-TERDAM y BRUNER, 2000: 19). Aunque no todos usamos las mismas ca-tegorías, que son histórica y culturalmente variables (*ibid.*: 18, 23, 27), éstas son esenciales para la determinación del significado de los enun-ciados profetidos (*ibid.*: 28 ss.). Estas consideraciones tienen importan-cia aquí en la medida en que un enunciado referido a un hecho descrito sobre la base de un nexo causal se construye, evidentemente, haciendo referencia a la categoría de la causa. También en este caso estamos ante una aparente banalidad que, sin embargo, merece algunas consideracio-nes. No sólo destaca el hecho de que en los dos últimos milenios y me-dio el concepto de causa ha sido discutido desde los puntos de vista fi-losófico y epistemológico, de forma que no puede decirse que se trate de un concepto simple y elemental³, sino que es relevante también la perspectiva desde la que se define la categoría de la causalidad.

Así, por ejemplo, en lugar de recurrir al concepto filosófico de causa, puede pensarse —desde una perspectiva cognitivista— que la causa es un *idealized cognitive model*, es decir, una modalidad típica

² Sobre algunos de los aspectos de la construcción de los enunciados fácticos véase TA-RUFFO, 2002: 280 ss. [trad. cast.: 256 ss.].

³ Una síntesis breve pero eficaz puede encontrarse en AGAZZI, 1999: 393 ss. Véase también PIZZI, 1997: 1 ss.; para una interesante presentación histórica del concepto de causa, cfr. LAURISA, 1999. A diferencia de las reconstrucciones históricas de las concepciones de la causalidad hechas por los filósofos, las elaboradas por los juristas (cfr. entre lo más reciente, ROMANO, 2005: 9 ss., 35 ss.; CAPECCHI, 2005: 211 ss.) son mucho menos claras y se fundan sobre la muy discutible pre-tensión de derivar directamente de las evoluciones de la física teórica consecuencias significati-vas respecto del nexo causal que se determina en juicio. Puede verse una comparación entre las distintas perspectivas, por ejemplo, en AGAZZI (1999: 397), quien habla, en tanto que episte-mólogo, de una recuperación de la noción de causalidad, y CAPECCHI (2005: 211 ss.), quien habla, en tanto que jurista, del declive del principio de causalidad en la filosofía y en la física. Cabe suge-rrir al respecto: *ne sator ultra crepidam*.

Un ejemplo notable en muchos aspectos de cómo los juristas tienen escasa habilidad con los conceptos generales se puede encontrar en la motivación de la Sentencia de Casación italiana de 18 de abril de 2005, núm. 7997, en la que el ponente califica la categoría jurídica del nexo causal como «uno de los más antiguos oximoronos de todo el ordenamiento penal y civil». Es verdad que el concepto de causalidad ha sido siempre problemático y que los juristas filosóficamente despro-vistas han hecho mucho por hacerlo aún más confuso, pero es difícil encontrar en él la *contra-dictio in adjecto* que caracteriza la figura retórica del oximoron.

con la que la mente humana organiza el conocimiento de eventos, per-sonas y objetos, así como de sus relaciones características, en estructu-ras que resulten significativas en su conjunto⁴. Del mismo modo que los otros modelos cognitivos idealizados, la causalidad está fundada en un conocimiento directo de eventos y en una elaboración cultural, posee un alto grado de generalidad y no es una representación objetiva de la realidad, sino una idealización que caracteriza algunas situaciones que se pueden encontrar en la experiencia (WINTER, 2001: 89). Desde una perspectiva hasta cierto punto análoga, pero con desarrollos distintos, se puede pensar en la causalidad como modelo mental del que nos ser-vimos para interpretar los datos de la experiencia⁵. Obviamente, no es posible aquí profundizar adecuadamente en todas las perspectivas desde las que se podría analizar el concepto de causalidad. Sin embargo, hay algunas implicaciones específicas que derivan del uso de la categoría de la causa en la formulación de enunciados destinados a ser objeto de prueba en juicio que exigen algunos comentarios adicionales.

1.1. Causa y probabilidad

Ante todo debe subrayarse que la correlación entre eventos no tiene que expresarse necesariamente mediante la categoría de la causa. Por un lado, en efecto, esta correlación podría ser construida como una simple *asociación*, es decir, afirmando que los dos eventos se producen conjun-tamente en un determinado número de casos en el ámbito de una mues-tra específica⁶. Por otro lado, esa correlación podría expresarse en térmi-nos de *probabilidad*, es decir, utilizando un concepto que —según cuanto se sostiene habitualmente— no mantiene vínculo alguno con la categoría de la causa⁷. Tratándose de categorías distintas y no reducibles entre sí, un enunciado que vincula dos hechos en términos de probabilidad, afir-mando que la existencia de uno de ellos hace probable la existencia del otro, no es equivalente a un enunciado que vincule dos hechos afirmando que uno de ellos es causa del otro. Esos enunciados, en efecto, tienen sig-nificados distintos y describen realidades distintas, en la medida en que ofrecen interpretaciones diferentes de la realidad a la que se refieren. En todo caso, volveré más adelante sobre el lenguaje de la probabilidad.

La cuestión de si el lenguaje de la probabilidad, y no el de la causa-lidad, es el adecuado para describir el hecho que se trata de probar de-

⁴ En esta perspectiva, cfr., en especial, WINTER, 2001: 88 s., 93, 105 s.

⁵ En esencia, siguiendo a HUME —para quien, como se sabe, el nexo causal no es otra cosa que el resultado de la costumbre psicológica de ver una conexión regular entre eventos—, la causa-lidad podría no ser más que un fenómeno psicológico; al respecto cfr. JOHNSON y LAURO, 1999: 67 ss.

⁶ Esto es lo que sucede a menudo sobre la base de datos epidemiológicos; cfr. GREEN, FREEDMAN y GORRIS, 2000: 336, 348.

⁷ Sobre el hecho de que el concepto de causa es absojuto, esto es, que implica una conexión cierta y no probable, véase, p. ej., AGAZZI, 1999: 394, 398. Cfr. también STRALLA, 2005: 19 ss., 144 ss.

pende de la naturaleza del supuesto de hecho sustantivo que se funda sobre ese hecho. Si, por ejemplo, hacemos referencia a supuestos de hecho en los que lo jurídicamente relevante es el denominado *aumento del riesgo*, el correspondiente enunciado fáctico puede ser correctamente formulado en términos de probabilidad. El aumento del riesgo, en efecto, se configura normalmente como una situación en la que la ocurrencia de un evento hace más probable la ocurrencia de otro, de modo que el riesgo de que se produzca este segundo evento aumenta cuando se produce el primero.⁸ Este tipo de situaciones resulta relevante cuando se trata de evitar la producción de un perjuicio, que se hace más probable con la ocurrencia del hecho dañoso, o bien cuando la ley sanciona comportamientos peligrosos en sí mismos, configurando el riesgo o el peligro producidos por un determinado comportamiento como jurídicamente relevantes de forma autónoma. En cambio, si el supuesto de hecho sustantivo está construido por la norma que lo prevé, de forma que lo que se considera relevante para la producción de un determinado efecto es la verificación de una conexión causal entre dos eventos — como sucede, por ejemplo, en el caso del art. 2.043 del Código Civil o del art. 40 del Código Penal italiano —, entonces no es posible describir el supuesto de hecho concreto en los términos de un nexo probabilístico entre esos dos eventos. Se trataría, en realidad, de la descripción de una realidad que no es la presupuesta por la norma a la que se pretende hacer referencia. No es casualidad que la mejor doctrina penalista es decididamente crítica con la transformación subrepticia de los delitos de resultado en delitos de peligro, que se produce precisamente cuando se identifica un nexo probabilístico donde la ley requiere un nexo causal entre dos hechos (STELLA, 2003: 224 ss., 291 ss.). Críticas análogas pueden dirigirse, por las mismas razones, a la doctrina y a la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil, cuando consideran suficiente un vínculo meramente probabilístico entre hechos, en situaciones en las que la ley exige, en cambio, la existencia de un verdadero y estricto nexo causal. Un ejemplo, entre los muchos posibles, puede encontrarse en el caso de la denominada pérdida de oportunidad, en la que se reconoce que el perjuicio se vincula de un modo incierto, no más que probable, al hecho dañoso (VISINTINI, 1999: 513). Toda la amplia literatura sobre la pérdida de oportunidad subraya la naturaleza probabilística de la conexión entre el hecho dañoso y el perjuicio, por la obvia razón de que se trata de un perjuicio hipotético que se configura sobre la base de un argumento contrafáctico y que, por tanto, no puede ser demostrado directamente.⁹ Otro ejemplo interesante

⁸ Se produce un aumento del riesgo cuando entre dos eventos se establece un nexo de causalidad general (al respecto véase *infra* apartado 1.2).

⁹ No es casualidad que se dude no sólo de si ese perjuicio debe ser clasificado como lucro cesante o como daño emergente, sino también de la propia configuración de un perjuicio como ese. Entre la doctrina más reciente cfr. también para ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema, MONTPELLI, 2003: 873 ss.; SEVERI, 2003: 296; PACCESI, 2000: 659 ss.

se encuentra en las distintas situaciones de la responsabilidad que Guido Alpa ha definido como «estocástica», para subrayar que está fundada en la probabilidad de que el sujeto que se considera responsable pueda haber provocado el daño (ALPA, 1999: 328 s.). Es evidente que en estos casos la responsabilidad no se atribuye en función de la determinación de un nexo causal, precisamente porque no es posible determinar la responsabilidad específica de distintos sujetos que podrían haber provocado el daño (ALPA, 1999: 328 s.; GUSSANI, 1988: 348 ss.). Surge así el criterio de la denominada *market share liability*, utilizado por algunos tribunales norteamericanos, según el cual la responsabilidad no se atribuye sobre la base de la prueba de un nexo causal entre el uso de un producto y el perjuicio sufrido por alguien, sino en función de la presencia de la empresa en el mercado del producto que se considera dañoso y de la cuota de mercado que esa empresa tenga (HENSLER, PAGE, DOMBEY, MOORE, GIDDENS, GROSS y MOLLER, 2000: 306 ss.; GUSSANI, 1988: 347).

No es posible discutir aquí si supuestos de hecho como éstos entran realmente en el campo de la responsabilidad civil¹⁰, ni tampoco si las decisiones de política jurídica que permiten explicar su diseño están justificadas por las normas de referencia y en el plano de los valores que se quieren implementar. Lo que parece claro es que diversos conceptos de causalidad son utilizados a menudo de forma superficial e instrumental para justificar criterios de atribución de responsabilidad que responden a finalidades de política jurídica — perseguidas más o menos conscientemente — más que a criterios conceptuales claros y rigurosos (IZZO, 2004: 213 ss.). Debería estar claro también que existe una neta diferencia *cuantitativa*, no reducible a cuestiones de grado o de flexibilidad de los conceptos, entre la configuración de un nexo causal en sentido estricto y las hipótesis probabilísticas de la conexión entre eventos. En resumen: si el supuesto de hecho sustantivo se incarna en un nexo causal, éste no puede describirse adecuadamente por un enunciado que exprese una correlación probabilística. Incluso si esta correlación fuese probada, la prueba sería en todo caso inútil e irrelevante, dado que no se habría probado el hecho que la norma sustantiva presupone. Análogamente, si el hecho constitutivo de un derecho (por ejemplo, del derecho de resarcimiento del daño) está constituido por un nexo causal entre dos eventos, y es correctamente descrito en términos de causalidad por el enunciado que a él se refiere, la demostración de una conexión probabilística no constituirá prueba del enunciado y será igualmente inútil e irrelevante, por la misma razón.

¹⁰ Duda, acertadamente, de ello MONSIEUX, 2003: 13 ss., quien expresa fundadas perplejidades acerca de si la responsabilidad civil es la institución adecuada para resolver los problemas de los daños masivos (*mass torts*).

1.2. Causalidad general y causalidad específica

Las consideraciones realizadas hasta el momento nos llevan a afirmar otro punto extremadamente importante en la individualización del nexo causal como objeto de prueba. Se trata de la distinción, ya convertida en un lugar común para quienes se ocupan seriamente de estos problemas, entre *causalidad general* y *causalidad específica* o *individual*. La causalidad general es aquella que permite establecer un vínculo entre dos tipos de eventos según los cuales, en la muestra tomada en consideración, la producción de un evento de un cierto tipo hace más probable la producción de un evento de otro tipo¹¹. Así por ejemplo, en una determinada población es más probable que quien fuma (evento 1) contraiga cáncer de pulmón (evento 2). En resumen, el nexo de causalidad general permite afirmar que un tipo de hecho *puede* determinar la ocurrencia de otro tipo de hecho en el ámbito de determinada muestra¹² y establece el nivel de *riesgo relativo* de un hecho en conexión con otro hecho. Un nexo de causalidad general puede expresarse adecuadamente — como suele hacerse — en términos de probabilidad (FROSINI, 2002: 38 ss.), dado que versa sobre la frecuencia en que se produce un evento en presencia de otro evento, siempre en el ámbito de la muestra que se toma en consideración.

El nexo de causalidad individual, o específica, establece que en una específica y concreta situación un hecho particular ha sido causado por la ocurrencia de otro hecho específico y determinado. Se trata de un concepto de causalidad que tiene poco en común con el de la causalidad general, recién examinado¹³. Aquí se hace referencia a un evento particular que afecta a un sujeto específico, no a clases de eventos que se producen en el ámbito de una determinada población o muestra. Además, no se conjetura una mera correlación entre tipos de eventos y tan poco la capacidad de un evento de incrementar la probabilidad de que se produzca otro evento, sino que se afirma que un hecho específico *x* ha causado que se produzca un hecho específico *y*. Si retornamos el ejemplo anterior, se trata de establecer que Ticio ha contraído el cáncer de pulmón *porque* era un fumador¹⁴.

¹¹ Sobre el concepto de causalidad general véase, especialmente, también para ulteriores referencias bibliográficas, STELLA, 2003: 291 ss.

¹² El concepto de causalidad general está ampliamente estudiado en el ámbito de la epidemiología y de la estadística. Sobre la causalidad general en epidemiología cfr. en particular, GREEN, FRIEDMAN Y GORIS, 2000: 374 ss.; STELLA, 2003: 294 ss.

¹³ Una útil operación de terapia lingüística aconsejaría reservar únicamente el uso del lenguaje causal para las situaciones de causalidad individual. La causalidad general — que no establece verdaderos y estrictos nexos causales — podría denominarse de otro modo, por ejemplo, como «aumento del riesgo» o «riesgo relativo».

¹⁴ Sobre el concepto de causalidad específica o individual véase, en particular, también para ulteriores referencias bibliográficas, STELLA, 2003: 339 ss.

La distinción entre las dos nociones de causalidad debería resultar suficientemente clara: a pesar de ello, es obviada a menudo por la doctrina y la jurisprudencia, viciando el discurso con una confusión conceptual bastante grave. El problema es que de la existencia de una correlación causal general *no puede derivarse la demostración* de la existencia de un nexo de causalidad individual. Los especialistas en estos temas afirman normalmente que de una correlación (como la de la causalidad general) no puede derivarse ningún nexo causal específico (KAYE Y FRIEDMAN, 2000: 94 ss.; RUBINFELD, 2000: 182 ss.; STELLA, 2003: 296 ss., 303 ss.) y que la causa individual debe ser demostrada de forma autónoma, no simplemente sobre la base de una correlación estadística (RUBINFELD, 2000: 185, y, ampliamente, STELLA, 2003: 398 ss.). En otros términos, para que pueda existir un nexo de causalidad específica es necesario que exista el correspondiente nexo de causalidad general, pero de esto último no es posible derivar la demostración de la existencia del nexo de causalidad específica (FROSINI, 2002: 39; GREEN, FRIEDMAN Y GORIS, 2000: 383 ss.). Por otra parte, es ampliamente conocido (o debería serlo) que una frecuencia estadística, aunque sea elevada, no puede decir nada significativo acerca de la producción de un evento específico: como se suele decir, las estadísticas sirven para hacer previsiones sobre la probabilidad de que se produzca un cierto tipo de eventos, pero no sirven para determinar si un hecho particular se ha producido o no. Y menos aún sirven para establecer si un hecho determinado se ha producido como efecto de otro hecho. En consecuencia, si el hecho que se trata de probar está constituido por un nexo de causalidad específica entre dos eventos particulares, probar que existe una correlación de causalidad general entre eventos de ese tipo en una determinada muestra no sirve para nada: la causalidad general no demuestra la causalidad individual.

Sucede a veces que estos aspectos esenciales del problema no son tomados con la debida consideración o, simplemente, son ignorados o confundidos. Así, por ejemplo, una tendencia americana ha sostenido que si una correlación de causalidad general es estadísticamente muy fuerte, es decir, capaz de hacer aumentar dos veces, al menos, el riesgo de que en presencia de un hecho se produzca también otro hecho, entonces el juez estaría justificado en suponer que en el caso individual se ha producido un nexo causal entre dos eventos específicos (por ejemplo, el tabaco y el cáncer de Ticio) — GREEN, FRIEDMAN Y GORIS, 2000: 383 s.; STELLA, 2003: 318 ss. —. En la discusión que se viene desarrollando desde hace tiempo acerca del valor probatorio de las estadísticas hay también una línea de pensamiento — también minoritaria, pero comparada por algún filósofo notable¹⁵ — según la cual si se dispone de una

¹⁵ Hago referencia a Frederick Schauer, del que puede verse SCHAUER, 2003: 79 ss. Sobre

frecuencia estadística particularmente elevada sobre la conexión entre dos tipos de eventos, esto puede resultar suficiente para establecer que en el caso concreto se ha producido realmente un nexo causal entre los dos eventos específicos. No es posible analizar aquí con profundidad las razones por las que estas tendencias — que no por casualidad son minoritarias en el seno de una literatura muy amplia — tienen un dudoso fundamento. Queda, en cualquier caso, la perplejidad de base, fundada en lo que sostienen los especialistas en estadística cuando reflexionan sobre los límites de su ciencia y sobre las condiciones de uso justificado de los datos estadísticos: que estos datos versan sobre clases de eventos y no de eventos individuales y sirven para realizar previsiones, pero no para determinar la ocurrencia de hechos individuales ya acaecidos. Valga, al respecto, el argumento clásico: conocer que lanzando un dado perfectamente equilibrado tengo una probabilidad de un sexto de obtener un 6 (o cualquier otro resultado) me puede ayudar a realizar una apuesta, pero la misma información no me dirá nada acerca del resultado de un lanzamiento específico ya efectuado que desconozco. Si tengo que establecer que en ese lanzamiento el resultado ha sido un 6, lo tendré que hacer de otras formas, no sobre la base de la frecuencia relativa de un resultado respecto de todos los resultados posibles.

1.3. Causalidad material y causalidad jurídica

Otro problema relevante que debe afrontarse antes de entrar en el tema de la prueba del nexo causal versa de nuevo sobre qué se entiende por nexo causal: esto es, se trata de establecer si estamos ante una *causalidad natural, material o empírica* o bien frente a una *causalidad jurídica*. Ésta es una distinción habitual en la doctrina y en la jurisprudencia¹⁶, pero requiere algunas precisiones desde el punto de vista de lo que constituye objeto de prueba. En un sentido muy genérico, se puede hablar de «causalidad jurídica» cada vez que una norma toma en consideración un nexo de causalidad material, calificándolo jurídicamente y atribuyéndole consecuencias jurídicas: así, por ejemplo, el artículo 2.043 del Código Civil italiano califica jurídicamente la causa hablando de «hecho ilícito», califica jurídicamente el efecto al hablar de «daño injusto» y hace referencia al nexo causal con el término «ocasiona» que vincula el hecho indicado como causa con el hecho indicado como efecto. En este sentido, la causalidad jurídica es sólo el ropaje jurídico que una norma atribuye a un nexo causal. Sin

embargo, el problema de la causalidad jurídica no es tan simple y, es más, ha dado lugar a elaboraciones conceptuales muy complejas, hasta el punto de que las distintas teorías son habitualmente reconducidas a no menos de cinco líneas diversas (ALPA, 1999: 320 ss.; MONATERI, 1998: 147 ss.). Con todo, no es necesario discutir los fundamentos de estas teorías. En realidad, así como las normas del Código Civil a las que se refieren, estas teorías no dicen nada acerca del nexo de causalidad material: éste no es definido sino presupuesto como premisa a la que las normas hacen referencia implícita (VISINTINI, 1999: 619 ss.; ALPA, 1999: 317; MONATERI, 1998: 145). Por otra parte, las reglas — a menudo de origen doctrinal y jurisprudencial, más que normativo — a las que se alude con la expresión «causalidad jurídica» son típicamente «artificiales» y expresan preferencias de oportunidad jurídica (MONATERI, 1998: 146) referidas principalmente a la selección de los daños resarcibles y a la atribución de la correspondiente responsabilidad a determinados sujetos¹⁷. Las nociones de causalidad material y de causalidad jurídica están, pues, conectadas en la medida en que la causalidad jurídica implica y presupone la causalidad material; pero son también diferentes, en la medida en que la causalidad material se refiere a los hechos empíricos, vinculados por un nexo causal tal que en la realidad material un hecho es identificado como causa de otro, mientras que la causalidad jurídica se refiere a las modalidades con las que el derecho toma en consideración esos sucesos y los «modela» según categorías jurídicas. Desde el punto de vista de la prueba, lo que importa de forma especial es el nexo de causalidad material, dado que lo que se prueba en juicio son los hechos empíricos a los que las normas atribuyen calificaciones y consecuencias jurídicas¹⁸. En resumen, no se prueba la causalidad jurídica, sino el nexo de causalidad material: los enunciados fácticos que son objeto de prueba describen el nexo causal supuestamente existente entre eventos empíricos. Naturalmente, la causalidad jurídica puede incidir en la determinación de los eventos que constituyen el objeto de estos enunciados y que, por tanto, deben ser probados, del mismo modo que el supuesto de hecho jurídico al que se hace referencia sirve para establecer qué hechos deben ser probados para que las respectivas normas puedan ser aplicadas (TARUFFO, 1992: 74 ss. (trad. cast.: 96 ss.)). Así, por ejemplo, será necesario probar también las consecuencias mediatas e indirectas del hecho ilícito si se parte de la premisa de que también estos daños son resar-

el problema de si los datos estadísticos son suficientes por sí solos para fundar conclusiones probatorias véase FROSINI, 2002: 11 ss., 65 ss.

¹⁶ En el ámbito de la doctrina civilista más reciente cfr. también para ulteriores referencias bibliográficas, VISINTINI, 1999: 589 ss.; ALPA, 1999: 317 ss., 322 ss.; MONATERI, 1998, 144 ss.; CAPORCHIA, 2005: 5 ss.

¹⁷ Cfr. en particular, VISINTINI, 1999: 589 ss., 596 ss.; ALPA, 1999: 317, 326 s.; MONATERI, 1998: 147. El propio MONATERI (1998: 151) identifica eficazmente la *ratio* de la causalidad jurídica en la limitación «hacia atrás» de la búsqueda de los responsables del hecho ilícito y en la limitación «hacia delante» de la búsqueda de las eventuales consecuencias del mismo.

¹⁸ En algunas ocasiones este aspecto de la causalidad es especificado expresamente: es el caso, por ejemplo, del § 28 del *Restatement of the Law Third on Torts*, aprobado por el American Law Institute en 2005, donde se indica como *factual cause* aquello que el actor debe probar que ha realizado el demandado en los juicios de resarcimiento por *physical harm*.

cibles más allá de las consecuencias inmediatas o directas de las que habla el artículo 1.223 del Código Civil italiano; o bien será necesario probar todas las circunstancias que integran los supuestos de hecho de responsabilidad objetiva, por ejemplo, demostrando la responsabilidad material del autor efectivo del hecho ilícito en los supuestos regulados por los artículos 2.047, 2.048 y 2.049 del Código Civil italiano. Del mismo modo, será necesario probar el estado de incapacidad previsto por el artículo 2.046, o bien la legítima defensa prevista por el artículo 2.044 o el estado de necesidad previsto por el artículo 2.045, si se trata de excluir la responsabilidad en los supuestos regulados por esas normas. En todo caso, el contenido de los enunciados que conforman el objeto de prueba del nexo causal está constituido por eventos empíricos tratados bajo el concepto de causalidad material, mientras que la dimensión de la causalidad jurídica no entra directamente en el contexto de la prueba.

2. EL ENUNCIADO RELATIVO AL NEXO CAUSAL

El problema de la prueba del nexo causal versa, pues, sobre la demostración probatoria de la verdad de un enunciado que describe un nexo de causalidad natural o específica. Al respecto conviene inmediatamente precisar que ese nexo puede construirse de distintas formas y puede expresarse en términos diversos: se puede decir que «*x* ha causado *y*» o bien que «*y* presupone *x* como causa», etcétera. Además, pueden existir nexos causales simples e inmediatos, como cuando se dice que «*x* ha sido la causa directa de *y*», suponiendo que entre los dos eventos hay un contacto directo en el espacio y muy próximo en el tiempo, o bien, en ausencia de esa relación directa, se trata de individualizar la cadena causal que, a través de varios pasos causales que implican diversos eventos intermedios, vincula *x* a *y* (con una forma del tipo «*x* ha causado *k*; *k* ha causado *z*; *z* ha causado *w*; *w* ha causado *y*»). También puede suceder que se configure la presencia de diversos causas (de modo que «*x*, *z*, *k* y *w* han causado *y*») como en el caso en que un evento ha sido producido por la conducta de diversos sujetos. No interesa aquí examinar detalladamente estas situaciones y otras que pueden producirse, siendo todas ellas variaciones y combinaciones de un esquema básico representado por el enunciado típico «*x* ha causado *y*». No obstante, vale la pena subrayar que, en todo caso, es necesario que el enunciado en cuestión sea *completo* (es decir, que haga referencia a todos los eventos que entran en juego en el esquema de relaciones causales) y *preciso* (esto es, que defina y describa claramente todos los eventos que integran el esquema causal, determinando su función en ese esquema). Sin embargo, el nivel de completud y precisión que debe alcanzarse en la construcción de estos enunciados no puede ser absoluto

y depende del contexto en el que esos enunciados se insertan y de la función que desarrollan en ese contexto¹⁹; así, por ejemplo, si el enunciado causal está referido a un hecho principal, el criterio de referencia está constituido por la norma cuya aplicación se pretende sobre la base de ese enunciado²⁰; si, en cambio, el enunciado causal versa sobre un hecho secundario, el criterio de referencia está constituido por la relevancia lógica que ese enunciado tenga en el interior de una cadena inferencial completa²¹.

El enunciado causal elemental que, por simplicidad, usaré como objeto de análisis, tiene la forma «*x* ha causado *y*» y consta de tres elementos: el evento que se identifica como causa, el evento que se identifica como efecto o consecuencia y el nexo causal que vincula los dos eventos y que permite individualizar cuál de ellos es la causa y cuál es el efecto. En lo que respecta a la prueba del enunciado, lo primero que debe señalarse es que la causa y el efecto son dos eventos empíricos particulares, de los cuales es necesario aportar la debida demostración de su ocurrencia. Cada uno de ellos es objeto, en realidad, de un enunciado más específico (del tipo «es verdad que *x* se ha producido así y así», «es verdad que *y* se ha producido así y así») que debe ser probado. En efecto, *x* e *y* son hechos empíricos individuales y específicos (la no detención ante el stop, la caída del jarrón de flores, el consumo de un medicamento, las heridas, la muerte, la destrucción de una cosa, etc.) que pueden ser percibidos, verificados, reproducidos y documentados. De esos hechos se puede y se debe aportar prueba en el proceso según las reglas ordinarias: en la responsabilidad civil, por ejemplo, tanto el hecho ilícito como el perjuicio deben ser probados. Y no se presentan problemas particulares desde el punto de vista de las modalidades de la prueba de estos hechos: es necesario que la verdad de los respectivos enunciados sea demostrada mediante las modalidades habituales.

La situación es muy distinta respecto del tercer elemento del enunciado: el nexo causal que vincula *x* e *y*. Está claro que este elemento

¹⁹ Acerca de la necesidad de omitir una buena cantidad de presupuestos que se asumen tácitamente cuando se formula un enunciado causal, cfr. STRELA, 1990: 263 ss., 297 ss. Se trata, por otra parte, de un caso particular de la situación que se produce siempre que se toma la descripción de un hecho como objeto de prueba: dado que existen infinitas formas de describir el mismo hecho (cfr. TARUFFO, 1992a: 71 ss. (trad. cast.: 93 ss.); HÄCK, 1998: 157 ss.), una descripción de ese hecho que pretendiera ser absolutamente completa debería, a su vez, ser también infinita, siendo la suma de las infinitas descripciones posibles y quizás de alguna cosa más. Por ello, cualquier descripción de un hecho es necesariamente incompleta y es fruto de una elección del sujeto que la constituye.

²⁰ En efecto, la norma cuya aplicación se pretende es el principal criterio de determinación de los aspectos del hecho que deben integrarse en su descripción; véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992a: 74 ss. (trad. cast.: 96 ss.).

²¹ La relevancia lógica del hecho secundario, es decir, su capacidad de constituir la premisa de una inferencia relativa a otro hecho, determina la descripción del hecho secundario; véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992a: 100 ss. (trad. cast.: 123 ss.).

también debe ser demostrado: si se prueba la ocurrencia de x y también la ocurrencia de y , pero no se determina que entre los dos hechos haya conexión alguna, es evidente que el enunciado « x ha causado y » no estará probado. El problema es que, a diferencia de los sucesos empíricos x e y , el nexo causal no es —al menos a partir de la famosa crítica de HOME y de KANT— un evento empírico observable o perceptible como cualquier otro hecho material. Es más, la relación de causalidad no es en absoluto un suceso empírico asimilable de algún modo a los otros sucesos que constituyen la causa y el efecto: lo que se percibe al entrar en contacto con el mundo de los sucesos empíricos son los hechos x e y , pero nadie ha visto o percibido nunca el nexo causal que los vincula. Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, es necesario aportar al proceso una adecuada demostración del nexo causal, ya que de otro modo la construcción causal del supuesto de hecho concreto no tendría sentido y no resultaría probada. Hay una forma para salir de este *impasse* aparente: la existencia del nexo causal no puede ser probada de forma directa, pero sí lo puede ser de forma inferencial, es decir, demostrando que existe una ley «de cobertura» en la que puede subsumirse el caso específico. Se trata de demostrar que de forma general los hechos del tipo X causan hechos del tipo Y ; y sobre esta base se puede decir que « x ha causado y » porque sucede de forma general que hechos del primer tipo causan hechos del segundo tipo. En ese caso nos encontramos en el género de explicación que pertenece al *modelo nomológico-deductivo*, que ha sido estudiado particularmente por HEMPEL y que hoy es considerado por la mejor doctrina penalista como el esquema idóneo para dar cuenta de la explicación causal.²² La inferencia es «nomológica» porque se funda en una ley de cobertura y es «deductiva» porque esta ley de cobertura es —al menos en principio— general y, por tanto, incluye el caso particular que es objeto de demostración: si en todos los casos se da que X causa Y , entonces en el caso particular x ha causado y .

3. LA PRUEBA DE LA LEY DE COBERTURA

Si la existencia del nexo causal particular entre x e y se demuestra por vía inferencial sobre la base de la ley de cobertura, según la cual los eventos del tipo X causan en todos los casos eventos del tipo Y , el problema de la prueba se desplaza a la ley de cobertura, cuya existencia debe ser demostrada en el proceso para que pueda considerarse probada la premisa de la que se deriva el enunciado relativo a la relación causal entre x e y . La ley de cobertura no puede ser simplemente afirmada, conjeturada o presupuesta; su existencia debe ser probada.²³ Como ya

se ha mencionado, en efecto, si no se prueba el nexo causal el enunciado causal no resulta probado y si no se demuestra la existencia de la ley de cobertura el nexo causal no está probado tampoco. En estos términos, esta afirmación es más bien obvia, aunque ha suscitado problemas importantes.

La tesis según la cual la ley de cobertura debe ser demostrada en el proceso ha sido eficazmente defendida por Federico STELLA al sostener que el juez debe ser un «consumidor» y no un «productor» de leyes causales, sin poder sustituir al científico en el descubrimiento y en la formulación de las leyes científicas. Existe, pues, para el juez la prohibición de fundar sus decisiones en leyes que la ciencia no reconoce como tales, o bien de formular leyes «propias» que estén en conflicto con las leyes aceptadas y consideradas válidas por la comunidad científica (STELLA, 1990: 153 s.). Si no es el juez, sino la ciencia, quien «formula» las leyes de cobertura sobre las que se funda la inferencia del nexo causal, entonces son las denominadas pruebas científicas las que deben ofrecer al juez los conocimientos que le son necesarios para la individualización de las leyes causales sobre las que se funda la prueba del nexo causal específico. Desde esta perspectiva, el problema de la prueba del nexo causal se configura como un caso particular —aunque importantísimo— de una problemática mucho más amplia, referida a la utilización probatoria del conocimiento científico, sobre la que se ha ido conformando en los últimos años una muy amplia literatura.²⁴ Sin profundizar aquí en el tema de la prueba científica, vale la pena subrayar, por una parte, que el recurso a los conocimientos científicos está haciéndose cada vez más frecuente y, por otra parte, que el incremento de las áreas de conocimiento que son «cubiertas» por la ciencia (ya sea por el desarrollo de las ciencias clásicas, ya sea por el surgimiento de nuevas ciencias de la naturaleza y de la sociedad) va reduciendo rápidamente la necesidad de recurrir al sentido común o a la denominada cultura media para seleccionar las nociones indispensables para la decisión.²⁵ Esto no significa que no se presenten problemas, dado que el recurso cada vez más frecuente a la ciencia implica el crecimiento del riesgo de que nos sirvamos de la mala ciencia o de la pseudociencia (la *junk science* de la

de la vida cotidiana. En ese caso, puede no ser necesaria la demostración específica de su existencia. De todos modos, esta ausencia de demostración puede admitirse sólo en los casos en que la ley de cobertura sea notoria, es decir, esté avalada por la opinión pública sin duda o incertidumbre alguna. En todos los demás casos, la existencia de la ley de cobertura debe ser demostrada específicamente.

²² En Italia cfr., por ejemplo, TARUFFO, 2005d [trad. cast., en este mismo volumen: 277]; DONDI, 1996: 261 ss. Entre lo más reciente, cfr. DOMINIONI, 2005. En la literatura norteamericana la *scientific evidence* constituye desde hace tiempo una materia autónoma, sobre la que existen manuales y tratados. Cfr., por ejemplo, FAYOMAN, KAYE, SAYS y SANDERS, 2002b, y el *Reference Manual on Scientific Evidence*, del Federal Judicial Center.

²³ Sobre ciencia y sentido común véase, más ampliamente, TARUFFO, 2002: 145 ss. [trad. cast.: 130 ss.].

²² Cfr., en particular, STELLA, 2003: 339 ss.; 1990: 278 ss.; 2005: 5 ss.; AGAZZI, 1999: 397 s.; cfr. también ROMANO, 2005: 48 ss.

²³ Puede suceder que la ley de cobertura sea obvia y banal, como ocurre en muchos casos

literatura norteamericana)²⁶ y hace apremiante la necesidad de controles — también en sede judicial — sobre la validez de los conocimientos científicos que se incorporan al proceso.²⁷ Sin embargo, esto no impide para que sea la ciencia la que ofrezca las leyes de cobertura que son necesarias para justificar las decisiones en torno a la verdad del enunciado que describe un nexo causal particular y que, por tanto, sean las pruebas científicas las que constituyan el instrumento procesal para la demostración de su existencia.

Sobre este punto, sin embargo, no hay consenso general. Es significativa al respecto la opinión expresada recientemente por Antonio PAGLIARO en un trabajo que se ocupa de *Causalidad y derecho penal* (2005: 1037 ss.). PAGLIARO comparte la opinión de que el nexo causal específico debe ser demostrado mediante el recurso a leyes de cobertura, pero no comparte la tesis según la cual es la ciencia la que debe ofrecer la prueba de la existencia de esas leyes. Él sostiene, en cambio, que «es necesario — y suficiente — el convencimiento moral motivado, motivado y, por ello, «objetivo» de que existen leyes de cobertura» (PAGLIARO, 2005: 1042 y también en 1043; cursivas en el texto original). Frente a una formulación de este tipo no se puede más que permanecer perplejo. Si tiene algún sentido, éste es discutible. Por un lado, no está claro el significado del adjetivo «moral», referido al convencimiento del juez acerca de la existencia de una ley causal, que evoca la naturaleza «moral» de la certidumbre fundada sobre la *intime conviction*, anteriormente mencionada. Si se hace referencia a los problemas de prueba y, por tanto, de carácter cognoscitivo, no es fácil entender cuál puede ser la «moralidad» del convencimiento del juez, salvo que con esto se quiera indicar — sin hacer en absoluto el discurso más claro — que el convencimiento debe ser particularmente «fuerte», es decir, que el juez debe estar profundamente convencido de la existencia de la ley de cobertura que sitúa como fundamento de la inferencia causal. Queda la duda, sin embargo, acerca de la base sobre la que el juez debería fundar este profundo convencimiento. Quizás se aluda — una vez más — a la *intime conviction* tan querida por los penalistas, pero en este caso surge una evidente contradicción con la otra parte de la afirmación, en la que se dice que el convencimiento del juez debe ser «objetivo», en cuanto «motivado y motivado». Dejando a un lado que el convencimiento del

juez debe ser efectivamente motivado, más que motivado, sigue estando indeterminado el fundamento de la justificación que el juez debería ofrecer: se presenta la duda de si se piensa en una justificación realmente «objetiva» o bien se juega al equívoco (usando el término «objetivo») de forma que una opción subjetiva del juez se convierta en objetiva a condición de que él afirme estar realmente convencido de la existencia de una ley de cobertura, aunque no se comprenda de dónde ha derivado su existencia. Más allá de las retóricas forzadas, de esta forma no se hace otra cosa que legitimar al juez para crear o para inventar el mismo las leyes de cobertura que le sean útiles; y para hacerlo de forma arbitraria y subjetiva, pidiéndole sólo que explique que no lo hace a la ligera sino que está realmente convencido de ello.

Esta tesis es inaceptable, especialmente porque tiende a legitimar en el fondo, con una terminología engañosa, el arbitrio subjetivo del juez. Sin embargo, aborda un problema que requiere algunas consideraciones adicionales. El problema que se plantea es cuál es la fuente de la que el juez puede extraer el conocimiento de las leyes de cobertura que son necesarias para fundamentar la demostración del nexo causal. Cuando se dispone de conocimientos científicos que demuestran una ley de cobertura de carácter general, no surgen mayores cuestiones: el juez adquiere estos conocimientos a través de los oportunos instrumentos procesales, es decir, por el trámite de los peritajes técnicos. Esto implica que el juez es capaz de escoger adecuadamente el perito, utilizarlo de forma correcta y controlar el resultado del peritaje, pero en línea de principio la modalidad procesal de adquisición de la ley científica de cobertura no supone especiales dificultades.²⁸

Una situación en cierto sentido subóptima, aunque no especialmente complicada, es aquella en que la ley de cobertura no es efectivamente general sino cuasigeneral, es decir, dotada de una altísima probabilidad estadística, de tal forma que cubre la práctica totalidad de los casos particulares. En este caso, seguimos estando, aunque sea con alguna adaptación, en el ámbito del modelo nomológico-deductivo, de forma que la estructura lógica fundamental de la inferencia causal sigue siendo sustancialmente la misma, con la única diferencia de que la conclusión relativa al caso particular no estará dotada de la absoluta certeza deductiva que caracteriza a las inferencias fundadas en premisas generales, pero tendrá en todo caso un grado apreciable de certeza práctica garantizado por la cuasigeneralidad de la ley de cobertura (STELLA, 2003: 346 ss.; 1990: 314 ss.). En cuanto a las modalidades de demostración de la existencia de estas leyes de cobertura, no hay nada que añadir a lo dicho respecto de las leyes generales: es la ciencia — y, por tanto, la prueba científica — la que debe determinar si existe una regla dotada de

²⁶ Es impresionantemente el «museo de los errores» derivado del mal uso de la ciencia descrito por Haber, 1991. Sobre este punto véase también FACMAN, 1999.

²⁷ A este respecto es ya un rito la referencia a la sentencia pronunciada en 1993 por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Daubert, que ha dado lugar a una rica, aunque no siempre coherente, jurisprudencia y a una inmensa literatura. Pueden verse, en particular, TARUFFO, 1996: 219 ss.; DONDI, 1996; DOMENIONI, 2005: 137 s. La sentencia del caso Daubert está publicada en traducción italiana de DONDI en la *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996: 277 ss. Sobre la jurisprudencia sucesiva a Daubert, cfr. BARBERE, 2000: 9 ss.; DOMENIONI, 2005: 179 ss.

²⁸ Más ampliamente, sobre este punto, cfr. TARUFFO, 2004: 485 ss.; 492 ss.; 2005b: 6 ss.

una probabilidad estadística suficientemente elevada para justificar la equiparación práctica a una ley general en sentido estricto.

Surgen problemas mucho más complejos cuando lo que se pretende utilizar como regla de cobertura, para fundar sobre ella la existencia del nexo causal en un caso particular, no tiene carácter general ni casuístico. Esta situación es bastante frecuente y, por tanto, vale la pena analizarla individualmente al menos los dos supuestos más importantes.

3.1. Las frecuencias estadísticas

Un primer supuesto se produce cuando los conocimientos científicos disponibles acerca de la conexión entre dos eventos pueden expresarse en frecuencias estadísticas de grado medio, medio-bajo o directamente bajo, como sucede a menudo con los datos ofrecidos por la epidemiología. Como ya se ha dicho anteriormente, este tipo de datos pueden ser útiles para demostrar una correlación de causalidad general o un incremento del riesgo, pero aquí el problema es otro: se trata de determinar si frecuencias de este tipo pueden constituir reglas de cobertura capaces de fundamentar la demostración de un nexo causal específico. Como ya se ha dicho a propósito de la distinción entre causalidad general y causalidad específica (véase *supra* apartado 1.3), la solución a este problema no puede ser más que negativa. La presencia de una frecuencia estadística según la cual X e Y se presentan juntos en una misma muestra con una probabilidad del 30 por 100, o del 50 por 100, o incluso superior pero no cercana al 100 por 100, no permite fundar una inferencia de tipo cuasideductivo que justifique la conclusión de que, por tanto, «X ha causado Y»²⁹. No debe olvidarse, en realidad, que el nexo de causalidad existe o no existe en absoluto (AGAZZI, 1999: 394, 398) y que, por tanto, no tiene sentido decir que «X ha causado Y con un 30 por 100 de probabilidad, dado que disponemos de datos estadísticos que justifican una regla de cobertura según la cual en el 30 por 100 de los casos X causa Y». Las cosas no serían distintas ni siquiera si dispusiésemos de estadísticas de frecuencias del 60 o del 70 por 100. Por tanto, siempre que se hace referencia a una frecuencia estadística que no puede ser asumida como regla de cobertura, debemos concluir que el enunciado relativo al nexo causal específico no ha sido probado.

Naturalmente, esto presupone que se comparta la tesis, presentada anteriormente (véase *supra* apartado 1.1.), de que una frecuencia estadística, aunque sea relativamente elevada, no aporta nunca la prueba de que se ha producido un evento específico. Sin embargo, hay quien sos-

tiene que frecuencias estadísticas suficientemente elevadas son aptas para ofrecer la prueba de un hecho específico Y, por tanto, se inclina a sostener que la prueba estadística puede ser suficiente para esa demostración. Parece defender esta idea SCHAUER, quien sostiene que si se dispone de frecuencias estadísticas suficientemente altas, las inferencias sobre el caso individual que pueden derivarse de ellas son a veces preferibles —aunque no sean en absoluto seguras— a los resultados de las pruebas judiciales ordinarias, especialmente cuando estas últimas son particularmente inciertas y dudosas (SCHAUER, 2003: 85 ss., 96). Desde un punto de vista práctico, esta tesis puede parecer hasta cierto punto convincente. Sin embargo, no deja de suscitar varias perplejidades. Por un lado, en efecto, es oportuno señalar que el hecho de que las pruebas ordinarias no sean suficientes para demostrar un hecho no implica que se deba sobrevalorar el significado de las frecuencias estadísticas respecto del caso individual: frente a pruebas insuficientes, la conclusión es que el juez debe considerar el hecho como no probado y decidir en consecuencia (por ejemplo, rechazando las pretensiones de la demanda que se basan en ese hecho). Por otro lado, SCHAUER no determina —y quizás no podría hacerlo— cuál es el grado de probabilidad a partir del cual una frecuencia estadística podría ser suficiente para ofrecer la demostración de un caso específico. Si se toma en consideración una frecuencia próxima al 100 por 100, volvemos a la hipótesis del modelo cuasideductivo, pero esta hipótesis no plantea normalmente problemas, como ya se ha visto. Si, en cambio, se toman en consideración frecuencias inferiores, se acaba dejando al juez la decisión de si la frecuencia estadística es o no suficiente para aportar la prueba de un hecho, quizás incluso en contraste con otras pruebas: de esta forma, sin embargo, no se fundamenta sobre la fuerza demostrativa de la frecuencia estadística, sino sólo sobre una elección que el juez acaba haciendo caso a caso, sin criterios racionales de decisión.

3.2. Máximas de experiencia y sentido común

Más complicada, pero más importante por su frecuencia, es la otra situación que aquí vale la pena examinar, *i. e.*, aquella en que no se invoca como fundamento de la inferencia causal una ley científica o una frecuencia estadística³⁰, sino que se apela a una *máxima de experiencia*.

²⁹ Sobre el tema de las frecuencias estadísticas medias y bajas véase, ampliamente, STALLA, 2003: 350 ss.; 2002: 1215 ss.

³⁰ En referencia a una situación de este tipo se puede encontrar una afirmación cuanto menos curiosa en la ya citada Sentencia italiana de Casación de 18 de abril de 2002, núm. 7997. En la motivación, en efecto, se afirma que si el juez no dispone de exhaustivos criterios de probabilidad científica debe valerse de criterios «de lógica aristotélica». Surge entonces la pregunta de que concepción de la lógica aristotélica tiene el ponente, que parece creer que ARISTÓTELES, en sus obras sobre la lógica, dijo todo lo que es necesario conocer sobre el mundo, o, al menos, todo lo que no ha sido cubierto posteriormente por leyes científicas. Surge también la pregunta de si, por ventura, no será conveniente acudir a conocimientos más atendibles que los que el Estagi-

El discurso al respecto debería ser largo³¹, pero en esta sede puede limitarse a algunas observaciones.

Debe ante todo subrayarse que la noción de máxima de experiencia presenta, al menos, dos aspectos problemáticos. El primero de ellos es que es localmente contingente: se ha recurrido a ella en la doctrina alemana, italiana y se usa también ocasionalmente en España (GARCIMARTÍN MONTERO, 1997: 88 ss.), pero no se encuentra en la cultura jurídica de otros ordenamientos europeos y no europeos. Ésta sería ya una razón suficiente para aplicar la navaja de Ockham: si la mayor parte de los ordenamientos procesales puede prescindir de la noción de máxima de experiencia, es muy probable que esta sea una complicación inútil, si no dañina. El segundo aspecto relevante es su contingencia histórica y cultural. FREDERICH STEIN la acuñó en 1893 en un conocidísimo libro sobre la ciencia privada del juez (STEIN, 1893: 16 ss.), en el contexto de una teoría silogística (o mejor, plurisilogística) de la decisión judicial. Para dar forma silogística también al juicio sobre los hechos, STEIN tenía necesidad de premisas fácticas generales³². Fue así como definió las *Erfahrungssätze* como reglas generales derivadas inductivamente de la experiencia, suponiendo que la cultura media de la sociedad sintetiza la experiencia de las cosas más diversas en máximas o reglas que toman forma de leyes generales. Posteriormente la noción es importada a Italia especialmente a través de la *Prova civile* de CARNELUTTI (1915: 64 ss.) y sigue presente en la cultura procesal alemana e italiana, aun perdiendo su connotación originaria que la situaba dentro de la teoría del silogismo judicial. Fuera de esa teoría —que hoy es generalmente rechazada— la noción de máxima de experiencia queda, sin embargo, sin una función específica³³.

En todo caso, es el punto esencial el que sigue planteando dudas: esto es, que la experiencia común sea apta para construir inductivamente generalizaciones dotadas de una forma lógica y de un contenido cognoscitivo prácticamente equiparable, al menos, al de las leyes científicas generales o cuasigenerales. Para resolver adecuadamente estas dudas es necesario trazar algunas distinciones, dado que a menudo se designa como máxima de experiencia cualquier noción que se encuentre

ría tenía a su disposición hace cerca de dos milenios y medio. Es más, se obtiene la impresión de que la cultura metajurídica de algún juez es bastante pobre y no va más allá de algún recuerdo confuso de sus estudios de escuela.

³¹ En general, y para referencias bibliográficas adicionales, cfr. TARUFFO, 1992a: 194 ss. [trad. cast.: 218 ss.]; 2002: 132 ss. [trad. cast.: 117 ss.].

³² Lo dice claramente el propio STEIN (1893: 18 ss.). Sobre el tema véase, más ampliamente, TARUFFO, 2002: 140 ss. [trad. cast.: 125 ss.].

³³ Se ha intentado su recuperación proponiendo una noción de máxima de experiencia que incluye, además de reglas generales, generalizaciones fundadas sobre cuantificaciones estadísticas (véase, por ejemplo, KOCH y ROSSMAN, 1982: 285 ss.), pero esto no resuelve el problema, dado que, como se verá en el texto más adelante, en la grandísima mayoría de los casos la máxima de experiencia no se corresponde con una ley general ni con una frecuencia estadística determinada.

en el ámbito del sentido común o de la cultura media de un cierto lugar en un determinado momento. Algunas veces, en realidad, nos encontramos con máximas de experiencia que no son más que la traducción de leyes científicas de carácter general en los términos del sentido común y de la cultura media. En esos casos, con la condición de que la vulgarización de la ley científica no haya traicionado su significado originario, se puede equiparar la máxima de experiencia a la ley científica y utilizarla como ley de cobertura de la inferencia causal³⁴. En otros casos, la máxima de experiencia expresa en lenguaje común frecuencias estadísticas de un grado muy elevado: así, la máxima se corresponde con generalizaciones empíricas de un alto grado de probabilidad. Si existe un control estadístico de este grado de probabilidad, nos encontramos ante una situación sustancialmente equivalente a la del modelo cuasideductivo de inferencia del que ya me he ocupado anteriormente.

La situación, sin embargo, es absolutamente distinta, y en gran medida más incierta, en los numerosísimos casos en que la máxima de experiencia carece de cualquier apoyo científico o estadístico, es decir, precisamente cuando se trata de una afirmación fundada únicamente en la experiencia. Respecto de estos supuestos pueden formularse algunas preguntas, a las que, sin embargo, es difícil encontrarles respuestas aceptables³⁵. ¿De quién es la experiencia relevante para la elaboración de una máxima? ¿La del juez? Pero, entonces, ¿cuántos casos debe haber visto y decidido el juez para formarse esa experiencia? ¿Pero cómo ha decidido esos casos en momentos en que su experiencia no se había formado aún? Si los ha decidido en función de criterios diversos, de caso en caso, ¿cómo hace para formular la máxima? O, en cambio, ¿se trata de la experiencia de un ambiente social o cultural? ¿Cuál? ¿Cuán amplio? ¿Cuán homogéneo? ¿Cuánto tiempo ha sido necesario para que la experiencia de un grupo social se haya consolidado en una regla general? ¿Años, siglos? Más aún, ¿quién está legitimado para formular la máxima, condensando en una aserción la experiencia de variadas y numerosas circunstancias específicas vividas por algunos sujetos o por millones de personas? ¿Es el juez quien se hace intérprete del sentir social y crea *ad hoc* la máxima de experiencia? ¿O bien hay otros intérpretes del sentido común legitimados para decidir en qué consiste la experiencia de determinados hechos? ¿Son, quizás, los «todólogos» o los «tertulianos» televisivos, o existen «expertos» de la experiencia social? El juego de las preguntas sin respuesta,

³⁴ En este punto, un problema que no puede obviarse es el ritmo con el que el sentido común asume los conocimientos científicos: se han necesitado siglos para que la revolución copernicana se hiciera de sentido común y son probablemente numerosos los conocimientos científicos que —a pesar de la amplia divulgación existente actualmente— no se han convertido y no se convertirán nunca en nociones de sentido común. Más ampliamente, sobre el tema de la absorción de las nociones científicas en el sentido común, cfr. PASTORE, 1996: 158.

³⁵ Sobre estos problemas cfr., en particular, VAN ZANDT, 1991: 777 ss. También TARUFFO, 2002: 140 ss., 312 ss. [trad. cast.: 125 ss., 285 ss.].

pero en absoluto ociosas, podría continuar. Sin embargo, los interrogantes ya formulados parecen suficientes para poner en duda el fundamento epistémico de las máximas de experiencia y, por tanto, para hacer absolutamente problemático el recurso a las mismas como reglas de cobertura para la formulación de una inferencia causal.³⁶

Podría oponerse a estas consideraciones que las máximas de experiencia, o, más en general, las nociones de sentido común, no pueden ser eliminadas del razonamiento decisorio y justificativo del juez, jugando un importante papel precisamente en el ámbito de la prueba y de su valoración. Es verdad, sin duda, que las máximas de experiencia y las nociones de sentido común tienen esa relevancia, pero eso no demuestra que éstas constituyan siempre criterios válidos de inferencia y de valoración. Al contrario, precisamente el hecho de que el recurso a estas nociones sea inevitable y que éstas sean tan inciertas y peligrosas si se usan acriticamente como reglas de inferencia hace que se deba hacer un uso extremadamente cauto y prudente de las mismas y, sobre todo, que su fuerza heurística y justificativa no deba ser sobrevalorada. Por ello, ciertamente el juez puede recurrir a nociones de sentido común, pero a condición de que haga un uso correcto de las mismas. Esto significa, por ejemplo, que si una máxima de experiencia contradice una ley científica, el juez debe recurrir a ésta y no a aquélla. Además, si dos máximas de experiencia se contradicen — como sucede a menudo — el juez debe comprobar cuál de ellas es más atendible y, si es el caso, concluir que no lo es ninguna de las dos. Más en general, el juez debe comprobar de la manera más cuidadosa posible el fundamento cognoscitivo de la máxima de la experiencia, eventualmente descartándola y comprobando la posibilidad de utilizar otras máximas, hasta que pueda «anclar» firmemente las nociones que adopte sobre una base generalmente compartida (WAGENAAR, VAN KOPPEN y CROMBAG, 1993: 61 ss., 73 ss., 237 ss.). El juez, por otra parte, no debe sobrestimar el valor lógico y heurístico de la noción que utiliza: en particular, no debe considerarse como general una noción que expresa sólo la posibilidad o la eventualidad infrecuente de que un hecho se produzca. Finalmente, el juez debe saber distinguir entre la formulación de generalizaciones fáciles y la expresión de valoraciones éticas, estéticas o culturales que forman una parte importante del sentido común y de la cultura media, pero que no sirven para fundar inferencias dirigidas al conocimiento probatorio de los hechos [TARUFFO, 2002: 132 ss., 312 ss. (trad. cast.: 117 ss., 285 ss.)].

³⁶ PAGLIARO (2005: 1042) no tiene en cuenta adecuadamente estos problemas y llega a incluir entre las reglas de cobertura a las máximas de experiencia, «entre las que asumen una importancia particular aquellas referidas a los comportamientos (de la misma víctima o de otros sujetos)». Parece que aquí se sostiene incluso la formulación de máximas de experiencia «individuales», es decir, referidas al comportamiento de sujetos concretos: con ello el concepto de máxima de experiencia se extiende hasta el punto de perder todo su significado.

Estos problemas se presentan también de forma sustancialmente idéntica, aun abandonando la obsoleta noción de máxima de experiencia, si nos planteamos la cuestión de cómo puede obtenerse a partir del sentido común la demostración de la existencia de una regla de cobertura que permita la demostración inferencial del nexo causal. Aunque se conciba la noción de causa como un modelo cognitivo idealizado (WINTER, 2001: 93) — siguiendo las indicaciones provenientes de las ciencias cognitivas —, queda el problema de determinar si ese modelo cognitivo, que sin duda permite interpretar la realidad, es suficiente para establecer la base cognoscitiva para la determinación del nexo causal. No basta, en efecto, con recurrir a la idea general de causalidad, sino que es necesario identificar un modelo causal específico, que sea aplicable directamente a los hechos que estén en juego en el caso concreto. Sólo así es posible determinar si se da una conexión causal entre *x* e *y*. Se trata, pues, de determinar en cada caso si existe un modelo cognitivo idealizado referible a la específica vinculación causal que se conjetura entre *x* e *y*. Determinar si en el caso concreto existe o no un modelo cognitivo idealizado que pueda desarrollar esta función es una operación de análisis de las modalidades cognitivas prevalecientes en el contexto cultural de referencia que puede conllevar dificultades relevantes, para el juez y para cualquier otro intérprete del sentido común.³⁷

Sin embargo, parece difícil suponer que a partir del simple sentido común sea posible derivar directa y fácilmente reglas o categorías idóneas para actuar como reglas de cobertura para la inferencia causal específica (salvo que en la base de estas reglas o categorías se encuentren leyes científicas generales o cusi-generales). En particular, parece que debemos excluir que el juez pueda obtener la ley de cobertura de la inferencia causal a partir de su ciencia privada, improvisándose como aprendiz de brujo y evitando o eludiendo cualquier control de validez científica de las nociones en las que fundamenta su razonamiento. La prueba científica es, pues, indispensable para demostrar la existencia de la ley causal de cobertura o para verificar — en caso de duda — la fundamentación científica de las nociones de sentido común o de los modelos cognitivos que el juez pretenda usar como regla de cobertura. La consecuencia obvia es que si no se dispone de confirmación científica de la regla de cobertura, falta la premisa indispensable para la formulación de la inferencia causal específica. En ese caso, es inevitable concluir que el correspondiente enunciado causal queda sin confirmación probatoria.

³⁷ Puede ser de utilidad al respecto la idea de la estructura «radial» de las categorías (sobre la que puede verse WINTER, 2001: 69 ss.). Ésta permite identificar las conexiones de diversos conceptos (en nuestro caso: de diversas conexiones causales) con la categoría fundamental. Se podría, así, identificar un campo de relaciones causales específicas (cada una de ellas relativa a la relación causal entre tipos de hechos específicamente individualizados) vinculadas a la categoría general de la causalidad.

4. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA

Un problema adicional que merece ser brevemente afrontado es el relativo a los criterios con los que el juez, en presencia de elementos de prueba sobre el enunciado relativo a la existencia de un nexo causal, establece si ese enunciado ha recibido o no una adecuada confirmación probatoria. Al respecto, vale la pena advertir que cuanto se dirá sobre los criterios de valoración se aplica a los tres elementos del enunciado, esto es, para la afirmación de la ocurrencia del hecho señalado como causa, la afirmación del hecho señalado como efecto y la afirmación del nexo causal entre los dos hechos. Así, cada uno de estos tres elementos debe ser demostrado según los criterios generales de prueba.

Además, es necesario distinguir en función del tipo de proceso que se tome en consideración y de las reglas probatorias que rijan en cada uno de ellos. Ciertamente, es mayoritario el imperio del principio de la libre convicción (a pesar de que en algunos procesos civiles perduran aún reglas de prueba legal), pero —aparte de que ese principio tiene distintas versiones y diversas formulaciones normativas en función de los casos— es también verdad que el principio tiene un claro significado negativo, en el sentido de que desvincula al juez de las reglas legales de valoración de la prueba (TARUFFO, 1992a: 369 ss. (trad. cast.: 395 ss.)). Y un significado positivo al menos incierto. El principio de la libre convicción, en efecto, atribuye al juez el poder de valorar discrecionalmente las pruebas y de determinar su eficacia, pero no prescribe el modo en que el juez debe ejercitar ese poder discrecional. Esta circunstancia ha posibilitado que se lleven a cabo diversas interpretaciones del principio: por ejemplo, los teóricos de la *intime conviction* sostienen que la discrecionalidad del juez es ilimitada y su ejercicio se funda exclusivamente en la persuasión interior del juez acerca de la verdad de los hechos. Una línea sustancialmente análoga, aunque quizás menos radical, se da en la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana cuando protege la discrecionalidad del juez sin indicar criterio alguno al que éste debería ajustarse en la valoración de la prueba.³⁸ Así, pues, existen líneas de pensamiento para las que la libre convicción del juez equivaldría al arbitrio subjetivo de cada juzgador, quien, precisamente, dispondría de libertad para valorar las pruebas según sus preferencias personales, con la única condición de tener la «certeza moral» de esas preferencias.³⁹

³⁸ La afirmación según la cual el juez es libre de valorar la prueba según su apreciación discrecional, que no es censurable si lo motiva adecuadamente (aunque la determinación de cuándo está adecuadamente motivado es otro de los puntos en los que la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana es incierta y genérica), es recurrente en decenas de decisiones de la Suprema Corte. Es más, se trata de una cláusula de estilo tan común que cualquier cita específica sería a la vez superflua y escasamente significativa.

³⁹ Para una interesante revisión crítica del principio en cuestión, cfr. NOBILI, 2003: 71 ss.

Existen también, sin embargo, otras líneas de pensamiento para las que la libertad del convencimiento del juez no excluye que éste deba seguir criterios racionales y controlables en el ejercicio de su poder discrecional. En general, vale la consideración de que el principio de la libre convicción desvincula al juez de las reglas de prueba legal, pero no lo exime de observar criterios de racionalidad y controlabilidad lógica del razonamiento probatorio, especialmente en los ordenamientos en los que el juez está sujeto a la obligación de motivar su decisión con argumentos idóneos para dar una justificación racional e intersubjetivamente aceptable de la misma. La atención, por tanto, debe desplazarse hacia los criterios de valoración a los que el juez debe atenerse en el momento en que valora los elementos de prueba de los que dispone a los efectos de establecer si el enunciado sobre los hechos que es objeto de la decisión puede, o no, considerarse probado. No existen estándares o criterios al respecto que se refieran específicamente a la prueba del nexo causal. Por ello, es necesario acudir, aunque sea sintéticamente, a los criterios referidos a la valoración de las pruebas en general.

4.1. La prueba más allá de toda duda razonable

El proceso penal merece, desde este punto de vista, un análisis específico, dado que a las tendencias que se fundan en un concepto indeterminado de certeza moral del juez se contraponen las líneas de pensamiento que sostienen que el juez debería considerar probada la culpabilidad del imputado sólo si su responsabilidad ha quedado demostrada «más allá de toda duda razonable». Como es sabido, la fórmula de la prueba *beyond any reasonable doubt* es recurrente desde hace mucho tiempo en los tribunales norteamericanos y ha sido propuesta también por importantes autores en Italia.⁴⁰ A pesar de que pueden presentarse problemas para ofrecer una definición precisa y analítica de ese estándar, especialmente si se utilizan criterios cuantitativos inapropiados para la naturaleza del problema (LAUDAN, 2003: 295 ss.), parece indiscutible la razón moral fundamental —antes aún que jurídica⁴¹— que está en la base de la adopción del criterio de la «duda razonable», esto es, la opción ética según la cual es preferible que muchos culpables sean absueltos al peligro de condenar a un inocente. Esta opción ética conlleva diversas consecuencias, una de las cuales, precisamente, consiste en exigir que la condena se funde en una prueba de la culpabilidad de un grado especialmente elevado (STELLA, 2003: 189 ss.). Con independencia de cómo sea definido, por tanto, el estándar de la prueba «más allá de toda duda razonable» expresa la exigen-

⁴⁰ Cfr., ampliamente, STELLA, 2003: 116 ss., 154 ss., 195 ss.; FROSINI, 2002: 121 ss.

⁴¹ Para la demostración de la vigencia de la regla de la prueba más allá de toda duda razonable, también en el ordenamiento italiano, véase, en particular, STELLA, 2003: 211 ss.

cia de que la culpabilidad del imputado sea demostrada con un altísimo grado de confirmación, prácticamente equivalente a la certeza.

La aplicación de este criterio a la prueba del nexo causal supone consecuencias importantes, dado que, como ya se ha dicho, el estándar probatorio debe valer para todos los componentes del enunciado referido al nexo causal. Es necesario, por tanto, que se demuestre más allá de toda duda razonable no sólo la afirmación relativa al hecho indicado como causa y la relativa al hecho indicado como efecto, sino también la existencia de una ley de cobertura idónea para fundamentar la inferencia por medio de la cual se afirma la existencia del nexo causal específico. En consecuencia, no sólo no es suficiente que el juez conjeture o invente la ley de cobertura, sino que es necesario que su existencia sea demostrada más allá de toda duda razonable.

4.2. La probabilidad lógica prevaleciente

En el proceso civil no existen estándares de prueba como el que rige en el proceso penal, pero esto no significa — como ya se ha mencionado — que el juez sea libre de dejarse llevar por sus intuiciones para establecer si un determinado enunciado fáctico es verdadero o falso. El juez civil está, en todo caso, obligado a decidir sobre la base de las pruebas aportadas al proceso (art. 115.c.1 del Código italiano de Procedimiento Civil) y la valoración de las pruebas es casi siempre libre (art. 116.c.1 del Código italiano de Procedimiento Civil), pero esto no implica que la valoración pueda ser arbitraria e irracional. Por lo que respecta a los estándares de valoración de la prueba, deben identificarse criterios cuya aplicación permita al juez racionalizar su propio convencimiento, es decir, guiar la discrecionalidad de sus decisiones [TARUFFO, 1992a: 373 ss. (trad. cast.: 399 ss.)].

Un criterio que se presenta como una correcta racionalización del principio de la libre convicción es el que se puede denominar como *probabilidad prevaleciente*, que se corresponde sustancialmente con la fórmula norteamericana de la *preponderance of evidence*⁴². Antes de explicar en qué consiste este criterio es necesario hacer una advertencia: el término «probabilidad» no se refiere aquí — como, en cambio, sucede a menudo — a la probabilidad como frecuencia estadística o a la probabilidad cuantitativa en general, sino al grado de confirmación lógica que un enunciado obtiene sobre la base de las pruebas que a él se refieren. Esta precisión es importante porque en muchos casos quien habla de probabilidad en el contexto de razonamiento probatorio se refiere

— más o menos conscientemente — a la probabilidad cuantitativa o, más específicamente, al teorema de Bayes para el cálculo de probabilidades. Hay, sin embargo, diversas razones para afirmar que los conceptos y los cálculos de la probabilidad cuantitativa no son aplicables al razonamiento sobre la prueba⁴³. El concepto idóneo, en cambio, para analizar la estructura del razonamiento probatorio y la valoración que debe realizar el juez es el de la probabilidad «baconiana» o «lógica», que se refiere al grado de confirmación (es decir, al *evidential weight*) que una hipótesis sobre un hecho obtiene sobre la base de las inferencias realizadas a partir de los elementos de prueba disponibles⁴⁴. Se puede, pues, hablar de un criterio de *probabilidad lógica prevaleciente* como estándar al que el juez debe atenerse en la determinación de si un hecho ha recibido o no suficiente confirmación probatoria y, por tanto, al establecer si ese enunciado puede o no considerarse como «verdadero» a los efectos de la decisión⁴⁵.

El criterio de la probabilidad lógica prevaleciente consiste, en realidad, en la combinación de dos reglas: la regla del «más probable que no» y la regla de la «prevalencia relativa» de la probabilidad.

La regla del «más probable que no» impone que respecto de cada enunciado se considere la eventualidad de que pueda ser verdadero o falso, es decir, que respecto del mismo hecho se presente una hipótesis positiva y su hipótesis negativa complementaria. Entre esas dos hipótesis, el juez debe escoger aquella que, sobre la base de las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica superior a la otra: sería, en efecto, irracional preferir una hipótesis que es menos probable que su opuesta. Si se piensa, en particular, en la hipótesis positiva, *l. e.*, en la confirmación de la verdad del enunciado, esto implica que existan pruebas preponderantes a su favor: sucede así cuando existen una o más pruebas directas — de las que es segura su credibilidad o su autenticidad — que confirman la hipótesis, o bien existen una o más pruebas indirectas de las que es posible derivar válidamente inferencias convergentes a favor de la hipótesis. En cambio, estaremos ante una confirmación débil y, por tanto, ante la prevalencia de la hipótesis negativa, cuando a favor de la hipótesis positiva dispongamos de indicios inciertos, presunciones débiles o no concordantes, o bien pruebas divergentes o contradictorias. En resumen: la hipótesis positiva debe ser elegida como opción racional cuando es lógicamente más probable que la hipótesis negativa, es decir, cuando obtiene una confirmación «fuerte» de

⁴² No es posible afrontar detalladamente estos aspectos del problema. Al respecto cfr. FROST, 2002: 45 ss.; TARUFFO, 1992a: 166 ss. [trad. cast.: 190 ss.].

⁴³ Acerca del concepto de probabilidad lógica véase, esencialmente, COHEN, 1977: 213 ss. Cfr. también BAYESSON, 1984. Véase, además, también para referencias bibliográficas ulteriores, TARUFFO, 1992a: 199 ss. [trad. cast.: 223 ss.] y, recientemente, 2005c: 1067 ss.

⁴⁴ Sobre el concepto de verdad de los enunciados fácticos como confirmación lógica que esos enunciados reciben de las pruebas disponibles cfr., en particular, FISHER & BEIRAN, 2005: 68 ss.

⁴² Sobre el fundamento racional de este criterio cfr., en particular, CLEMMONT y SHERWIN, 2002: 251 ss.

las pruebas disponibles: en cambio, la hipótesis positiva debe ser descartada cuando las pruebas disponibles le atribuyan una confirmación «débil», haciéndola así escasamente creíble. Obviamente, debe preferirse la hipótesis negativa si existen pruebas contrarias prevalecientes, esto es, si existen más elementos de prueba que confirmen el enunciado que niega la existencia del hecho.

La regla de la «prevalencia relativa» se refiere al caso en que sobre el mismo hecho existan diversas hipótesis, es decir, diversos enunciados que narran el hecho de formas distintas, que hayan recibido alguna confirmación positiva de las pruebas aportadas al proceso (es decir, se toman en consideración sólo aquellas hipótesis que hayan resultado «más probables que no», de forma que las hipótesis negativas prevalecientes no importan). Así pues, si existen distintos enunciados sobre el mismo hecho que han obtenido confirmación probatoria, la regla de la prevalencia relativa impone que el juez escoja como «verdadero» el enunciado que haya recibido el grado relativamente mayor de confirmación sobre la base de las pruebas disponibles.

El criterio general de la probabilidad lógica prevaleciente se aplica también al caso en el que el objeto de prueba sea un enunciado relativo a un nexo de causalidad específica. Las dos reglas señaladas deben, pues, aplicarse tanto a las afirmaciones referidas al hecho identificado como causa y al hecho identificado como efecto, como a la formulación de la regla de cobertura de la que se deriva la afirmación del nexo causal que vincula los dos hechos. Si uno (o más de uno) de los tres subenunciados que componen el enunciado complejo relativo al nexo causal no supera el test de la probabilidad prevaleciente, porque resulta prevaleciente la hipótesis negativa, la prueba del nexo causal no subsiste. Como se ha dicho anteriormente, en efecto, es necesario que todos los enunciados que son objeto de prueba resulten confirmados por las pruebas. En particular, la prueba fracasa cuando no se obtiene un grado de confirmación prevaleciente sobre la regla de cobertura: como ya se ha advertido, la falta de prueba de la existencia de esta regla hace imposible la demostración inferencial de la existencia del nexo causal particular. Naturalmente, el mismo criterio se aplica a cada paso de la eventual cadena causal que compone la conexión entre causa «inicial» y efecto «final»: al respecto, es necesario tener presente que una cadena de inferencias tiene una fuerza conjunta que no puede ser superior a la fuerza de su anillo más débil. La consecuencia de ello es que si uno de los anillos causales no supera el test de la probabilidad lógica prevaleciente, la cadena causal entera resultará carente de confirmación probatoria y fracasará la demostración del nexo causal entre el hecho indicado como causa inicial y el hecho identificado como efecto final.

APÉNDICE V LA PRUEBA CIENTÍFICA *

1. NOCIONES GENERALES

La expresión «prueba científica» se ha hecho habitual en los últimos años tanto en el ámbito del proceso civil¹ como en el campo del proceso penal²; a la par que ese tipo de prueba ha experimentado en diversos sistemas jurídicos una importante evolución, especialmente en los Estados Unidos de América³. En términos generales, con tal expresión se designan los supuestos en que el conocimiento científico es usado en el proceso para aportar el conocimiento o la demostración de un hecho, o —mejor dicho— la prueba de la verdad de un enunciado fáctico.

En el contexto procesal, la prueba científica coincide en parte, pero no íntegramente, con la prueba pericial. En realidad, es bastante común que la prueba científica se forme y aporte al proceso mediante un perito. Sin embargo, la prueba pericial no siempre implica el recurso a conocimientos específicamente científicos. Por ejemplo, si se trata de medir la extensión de un inmueble, de determinar un porcentaje de invalidez o de

* Traducción de María del Carmen Vázquez Rojas, con revisión de Jordi Ferrer Beltrán.

¹ Ch. TARUFFO, 2005d: 1079 ss.; 2004: 485 ss.; 2005b: 3 ss.; 1996: 230 ss.; así como LOW-BARRO, 2007: 35 ss.

² Ch. DOMINIONI, 2005; CANZO, 2005: 5 ss.; TONINI, 2003: 1459 ss.

³ La *scientific evidence* ha adquirido un lugar preponderante tanto en el ámbito europeo como en el contexto práctico de la prueba en el sistema procesal norteamericano. Son testimonio de esta situación, tanto los recientes manuales que afrontan con gran amplitud los problemas relativos a este elemento probatorio (cfr., por ejemplo, FAYAN, KAYE, SAKS y SANDERS, 2002a, en cuatro volúmenes), como los numerosos ensayos recogidos en el *Relevance Manual on Scientific Evidence*, editado en el año 2000 por el Federal Judicial Center.

efectuar cálculos contables complejos, entran claramente en juego competencias técnicas específicas, pero éstas no constituyen, propiamente, conocimientos científicos. Así pues, sólo cuando un elemento probatorio concreto deriva del uso de nociones de carácter científico en sentido estricto³ se puede hablar propiamente de prueba científica, mas no cuando se trata de conocimientos de carácter técnico. Ahora bien, mientras que en el proceso civil⁴ la consideración de la prueba científica como objeto de prueba pericial no resulta problemática, la cuestión se torna más compleja en el proceso penal, dada la reconducción de la prueba científica al ámbito de las pruebas atípicas propuesta por la doctrina más reciente⁵.

En ambos casos, e independientemente de cuál sea la perspectiva teórica que se adopte para afrontar el problema de la prueba científica en el contexto procesal, subsiste el problema de establecer cuándo es oportuno o necesario recurrir a conocimientos científicos para conformar un elemento probatorio o para la valoración de los hechos y cuándo, en cambio, tal recurso puede ser evitado, considerándose suficiente la adquisición de otras pruebas o el empleo de la llamada ciencia privada del juez. En términos generales, este problema remite a los requisitos establecidos para la admisión de la prueba pericial, tema que no puede ser abordado aquí con detalle⁷. Respecto al uso de la prueba científica específicamente, parece evidente que se trata de nociones y métodos de análisis que rebasan el patrimonio cultural del que, en circunstancias normales, dispone el juez, que es —por definición— un representante de la cultura media o del sentido común⁸ y que, por tanto —también por definición—, no puede conocer todas las nociones y metodologías científicas necesarias para la conformación de la prueba o la valoración de los hechos. En este punto, se podrá discutir la posibilidad de distinguir diferentes niveles o grados culturales que entran en juego en el proceso⁹. Parece vaga, en todo caso, la noción «endoprocesal» de una «cultura institucional», supuestamente compartida por el juez y las partes y que se manifestaría en el curso del proceso contradictorio¹⁰; en realidad ésta no se distingue de la cultura «extraprocesal», a la que inevitablemente acuden tanto el juez como las partes para identificar las bases cognoscitivas que fundamentan la valoración de las pruebas. En cualquier caso, resulta inevitable la distinción fundamental entre las nociones de «cultura científica», propia de cada ciencia, y «cultura co-

mún», propia de todos aquellos que carecen de una formación científica específica. Como se verá más adelante¹¹, el juez no es, no puede ser y no debe ser un científico: esto implica que el juez debe ser consciente de los límites (y también de las lagunas) de su cultura no jurídica, y que debe ceder el espacio al científico siempre que un hecho pueda —y, por lo tanto, deba— ser probado mediante métodos científicos. Parece razonable sostener, en efecto, que siempre que se pueda disponer de pruebas científicas éstas resultan preferibles al recurso a nociones no científicas, incontrolables y a menudo inaceptables, que forman parte del sentido común y de las máximas de experiencia que en él se fundan¹².

Por otro lado, es posible que la prueba científica se forme fuera del proceso y, por ende, sin sujeción alguna a las modalidades procedimentales establecidas para la prueba pericial: caen en este supuesto análisis o experimentos de naturaleza sumamente variada, efectuados por científicos en laboratorios o espacios adecuados para tales efectos, cuyos resultados pueden, en todo caso, ser utilizados en juicio aunque —precisamente— no hayan sido realizados bajo las modalidades previstas por la normativa procesal para la prueba pericial. Bajo este esquema, podemos hablar de «prueba científica *judicial*», cuando se conforma siguiendo las modalidades establecidas jurídicamente, y de «prueba científica *extrajudicial*» en todos los otros casos, en los que la prueba científica podrá ser reconducida al ámbito de las pruebas atípicas.

2. LA CIENCIA EN EL PROCESO

La relación entre la ciencia y el derecho ha sido objeto de varios estudios recientes, aunque no siempre de muy buena calidad¹³. Aunque aquí no es posible afrontar una temática tan compleja¹⁴, vale la pena, en cambio, centrar la atención en la relación, más específica, que vincula el uso de conocimientos científicos con la prueba judicial de los hechos. Ciertamente, el empleo de la ciencia en el proceso judicial no es una novedad: desde siempre —cuanto menos a partir de la llegada de las pruebas «racionales»— su uso ha estado presente en el proceso; pese a esto, algunos aspectos relativamente recientemente merecen especial mención, también porque permiten explicar la creciente atención de la que actualmente goza la prueba científica.

³ Véase *infra* apartado 3, sobre los problemas relativos a la definición de aquello que puede ser considerado como «ciencia».

⁴ Véase *infra* apartado 5.

⁵ Cfr. DOMINIONI, 2005: 83 ss., 207 ss.

⁶ Para estudios doctrinales y criterios jurisprudenciales más recientes, cfr. CAIRI y TARUFFO, 2006: 179 ss.; DOMINIONI, 2005: 52 ss.

⁷ En términos muy amplios al respecto véase TARUFFO, 2002: 121 ss.

⁸ Cfr., en particular, DOMINIONI, 2005: 45 ss.

⁹ La referencia es al pensamiento de DOMINIONI, 2005: 57 ss.

¹¹ Véase *infra* apartado 6.

¹² En términos sumamente amplios al respecto, cfr. TARUFFO, 2002: 132 ss., 140 ss. Análogamente LOWENACKO, 2007: 49.

¹³ Esta reserva parece necesaria considerando el modesto nivel de uno de los textos más conocidos al respecto, o sea, JASANOFF, 2001.

¹⁴ Para una visión panorámica, bastante útil, sobre este punto, también desde una perspectiva de análisis comparatista, cfr. los ensayos recogidos en COMANDE y PONZANELLI, 2004.

Por un lado, me refiero a los numerosos progresos realizados, y que se siguen realizando cada día, en las técnicas científicas que pueden aplicarse para el análisis y determinación de los hechos relevantes en un juicio determinado. Además del conocido caso de la prueba de ADN¹⁵ (cuyas técnicas, sin embargo, siguen en constante evolución, como demuestra el análisis del ADN mitocondrial), y que recientemente ha sido objeto de atención de la Corte Constitucional italiana,¹⁶ se pueden mencionar, por ejemplo, numerosas técnicas químicas y físicas de análisis/reproducción de ciertos acontecimientos y accidentes, de análisis farmacológicos, médicos, biológicos y genéticos de la naturaleza más diversa. En muchos casos estos desarrollos ofrecen pruebas más seguras y objetivas sobre hechos pasados: basta pensar en la diferencia cualitativa de los actuales tests genéticos con respecto a las antiguas pruebas hematológicas. Pero el punto más importante es que poco a poco son susceptibles de análisis y comprobación científica hechos que anteriormente no lo eran y que, por ende, no podían ser comprobados o bien eran objeto de una prueba basada en el sentido común. Así pues, en el terreno de la prueba jurídica, la ciencia progresivamente está ocupando más espacios y más importantes, reduciéndose proporcionalmente el área reservada en el pasado a las pruebas tradicionales o a la ciencia privada del juez. Se restinge, entonces, el número de los hechos comprobables o valorables únicamente por medio del sentido común y las máximas de experiencia¹⁷, aumentando el número de hechos que, en la medida en que pueden ser comprobados científicamente, *deberían* ser objeto de pruebas científicas.

Otro fenómeno, en cierta forma análogo y paralelo al anterior, es la expansión del ámbito de aplicación del término «ciencia». La concepción común y tradicional de la ciencia, generalmente también utilizada en el ámbito del proceso, aludía básicamente a las ciencias naturales o «ciencias duras», como la física, la química, la ingeniería y, en alguno de sus aspectos, la medicina y la biología. Actualmente, los límites de estas ciencias se han extendido quizá más allá de lo que el no-científico logra imaginar; sin embargo, la novedad más importante por lo que respecta a la prueba científica es el hecho de que esa concepción dura de la «ciencia» se ha ido extendiendo hasta comprender también a las cien-

cias «humanas» y «sociales»: por ejemplo, la psicología, la sociología y la economía. También este fenómeno, eminentemente cultural, está destinado a incidir en las modalidades de determinación y valoración judicial de los hechos. Sin embargo, en el contexto procesal la línea general ha sido y sigue siendo dejar al juez que recurre únicamente al sentido común y a las máximas de experiencia para obtener de ellos las nociones necesarias para determinar y valorar los hechos que no entran en el campo de las ciencias empíricas. En consecuencia, las valoraciones de naturaleza psicológica¹⁸, sociológica, financiera y económica quedan a menudo confiadas a la «cultura del juez», considerado como exponente típico del conocimiento «común». En cambio, cuando a estas áreas del conocimiento se les reconoce un estatus científico, se abre un abismo evidente entre el conocimiento no científico del que podría valerse el juez y el conocimiento científico del que debería servirse a los efectos de alcanzar una determinación rigurosa y una valoración cuidadosa de los hechos¹⁹. En resumen, el sentido común y la experiencia ya no son suficientes para agotar las áreas del conocimiento no comprendidas por las ciencias naturales y se abren espacios cada vez más amplios para el recurso a las pruebas científicas, incluso cuando los hechos a probar o valorar entran en las ciencias humanas o sociales. Así pues, no sólo el psicólogo²⁰ y el economista, sino también el historiador del arte y el crítico literario pueden ser llamados para aportar al juez el apoyo de su ciencia.

3. ¿QUÉ CIENCIA?

La aparición de métodos de investigación científica cada vez más sofisticados y el aumento constante de los tipos de saber que ambicionan a ser considerados como conocimientos científicos, han generado un problema que no sólo es sumamente importante en términos epistemológicos generales sino que adquiere también gran relevancia respecto del papel que la ciencia puede desarrollar en la comprobación de los hechos en un juicio y en la determinación de su valor como ele-

¹⁵ Sobre las dificultades relativas a la prueba de naturaleza psicológica, cfr. DAVOLI, 2000: 808 ss.

¹⁶ En general sobre estos temas y/o para profundizar en los mismos, cfr. MORGANTI y WALKER, 1990: 83 ss., 108 s., 279 s.; FACCAN, KAYE, SAKS y SANDERS, 2002: vol. 3, 55 s.

¹⁷ Sin embargo, el uso como elemento probatorio de este tipo de ciencias no resulta tan obvio y no tiene carácter general. Véase, por ejemplo, el artículo 220.2 del Código de Procedimiento Penal italiano, en el que se prohíbe el uso de «pruebas percerales para conocer la habilidad o la "profesionalidad" de la actividad criminal, la tendencia a delinquir, el carácter y la personalidad del acusado y, generalmente, las características psicológicas que no tienen una causa patológica», salvo lo previsto para la ejecución de la pena o medida de seguridad. En este sentido, están prohibidas las pericias de naturaleza cronológica y psicológica (al respecto cfr. CONSO y GREVI, 2005: 675).

¹⁵ Al respecto, en particular, cfr. FERRANDO, 1996: 730 s.; SPATTAI, 1993: 189. En la amplia literatura americana, también para ulteriores referencias bibliográficas, cfr. KAYE y SENSABAUGH, 2000: 485 ss.; FACCAN, KAYE, SAKS y SANDERS, 2002a: vol. 3, 207 ss. Véase también TARUFFO, 1996: 225 ss.

¹⁶ Cfr. la Sentencia de la Corte Costituzionale de 21 de junio de 2006, núm. 266, donde se modifica el criterio del Tribunal de Casación italiano, estableciéndose que es suficiente probar la ausencia de la relación filial a través de pruebas de naturaleza genética o hematológica para fundar el desconocimiento jurídico de la paternidad, aunque no se haya probado el adulterio de la madre (que anteriormente sí era necesario probar).

¹⁷ En términos más amplios al respecto véase TARUFFO, 2002: 145 ss.

mento probatorio. El problema es que no todo conocimiento presentado como científico es, sólo por esta circunstancia, atendible y merecedor de ser usado como prueba. Se trata, pues, de distinguir la «buena» ciencia, válida y fiable, de la «mala» ciencia o *junk science*, como ha sido denominada por la doctrina estadounidense²¹. Esta distinción es sumamente importante, ya que ninguna decisión judicial puede fundamentarse sensatamente en conocimientos «basuras», que no merecen la denominación de ciencia, pero no es fácil de trazar en términos simples y claros. Resulta, pues, necesaria una mayor atención para el argumento.

3.1. El mal uso de la ciencia

Un buen método científico, válido y correcto en sí mismo, puede ser aplicado de manera incorrecta y, por ende, generar resultados carentes de valor cognoscitivo y probatorio. Por ejemplo, la prueba de ADN puede tener un grado de fiabilidad muy elevado, prácticamente equivalente a la certeza, pero sólo si en su conformación se han aplicado correctamente los protocolos de análisis, si los materiales analizados no fueron manipulados, etcétera²². Otro ejemplo significativo, por la frecuencia con que ocurre en la práctica, es el de los datos epidemiológicos. Estos pueden ser el resultado de muy buenas investigaciones, pero pueden ser utilizados de modo erróneo cuando se derivan de ellos conclusiones injustificadas. Por ejemplo, si se dispone de datos que muestran una simple correlación no causal entre hechos o que sólo revelan un nexo de causalidad general (*i. e.*, un aumento de riesgo en el grupo o población de referencia), sería impropio deducir de ello la prueba de un nexo de causalidad específica²³. Este es, en sustancia, el problema de la denominada «baja frecuencia», que no puede ser manipulada hasta obtener un valor de alta probabilidad estadística del hecho sujeto a prueba y que — si son usadas de modo incorrecto — conducen a conclusiones carentes de cualquier validez cognoscitiva²⁴. O bien, se puede disponer de ciertos datos epidemiológicos válidos pero que no proporcionan conclusiones unívocas y que, en todo caso, serían un mal fundamento si se usan como prueba de la existencia de un nexo de causalidad específica²⁵. Las numerosas controversias surgi-

²¹ Cfr. HUBER, 1991; LOMBARDO, 2007: 42 ss.; CENTOSZE, 2001: 1232.

²² Sobre este problema cfr., en particular, SCHUKLER, 1998: 109 ss.

²³ Sobre la diferencia entre correlación no causal, causalidad general y causalidad específica, cfr. TARUFFO, 2006a: 106 ss. [trad. cast., en este mismo volumen: 256 ss.]. STELLA, 2003: 291 ss., 319 ss. Sobre la causalidad general en epidemiología cfr., en particular, GREEN, FREEMAN Y GORDON, 2000: 374 ss. En relación con la imposibilidad de deducir la existencia de un nexo causal específico de una relación de causalidad general, cfr. KAYE Y FREEMAN, 2000: 94 ss.; LOMBARDO, 2007: 53 s., 59 ss.

²⁴ A propósito cfr. STELLA, 2003: 330 ss.; 2005: 76 ss.; LOMBARDO, 2007: 61.

²⁵ Al respecto cfr., en particular, STELLA, 2003: 330 ss.; 2005: 76 ss.; LOMBARDO, 2007: 61.

das en los Estados Unidos con respecto a la peligrosidad del fármaco Bendectin son un ejemplo significativo de las consecuencias desastrosas que puede ocasionar la manipulación o el mal uso de datos científicos de difícil interpretación²⁶. En todo caso, es necesario puntualizar que la *junk science* no es un problema científico, pues la ciencia basura simplemente no es ciencia: ésta es un problema de carácter procesal, ya que son los mecanismos procesales los que permiten o no previenen su entrada en el juicio²⁷.

3.2 La buena ciencia. El caso Daubert

El desafío de la posible presencia de *junk science* en el proceso judicial ha sido afrontado primero y con particular énfasis en el sistema jurídico norteamericano, vinculado al surgimiento de los *mass torts* y en función de las peculiares modalidades de adquisición de la *expert evidence* que caracterizan al ordenamiento estadounidense²⁸. No es casualidad que estos problemas hayan sido abordados por la Corte Suprema, que los ha enfrentado en la sentencia sobre el caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* en 1993, bien conocida también en Italia²⁹. En la motivación de la mayoría, el juez Blackmun dictó en realidad un sintético tratado de epistemología, con la finalidad de apuntar los criterios a los que el juez debería atenerse para admitir o excluir los meritos de prueba científica presentados por las partes. Se trata, sustancialmente, de cuatro criterios: a) la controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica o la técnica en la que se fundamenta la prueba; b) el porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica empleada; c) la publicación en revistas sometidas al control de otros expertos, de la teoría o la técnica en cuestión; d) la existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada³⁰. Aunado a esto, el conocimiento científico en cuestión debe ser *fit*, es decir, directamente relevante y concretamente útil para decidir sobre los hechos del caso³¹.

La decisión del caso Daubert ha generado inmensas discusiones, e incluso fuertes críticas, en la doctrina estadounidense, dando lugar a una

²⁶ Cfr. SANDERS, 2001.

²⁷ Cfr. FOSTER y HUBER, 1999: 17.

²⁸ Sobre la naturaleza y los muchos problemas que conlleva el *expert witness* como testigo de parte en el sistema norteamericano cfr., en particular, GROSS, 1991: 1113 ss.

²⁹ La sentencia ha sido traducida al italiano por DONDI y publicada en la *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996: 277 ss. Acompañan a esta publicación amplios comentarios del traductor (DONDI, 1996: 261 ss.). Al respecto también véase TARUFFO, 1996: 236.

³⁰ Para análisis referentes a estos criterios véanse las referencias de la nota precedente y, en particular, FOSTER y HUBER, 1999: 37 ss., 69 ss., 137 ss., 163 ss.

³¹ Sobre esta condición, en particular, cfr. FOSTER y HUBER, 1999: 23 ss.

extensa literatura³². En todo caso, la sentencia Daubert ha sido seguida por la jurisprudencia sucesiva, que ha extendido su aplicación a las nociones técnicas, además de a los conocimientos científicos³³. Además, esa decisión condujo en el año 2000 a una relevante reforma de la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence* que, pese a no recoger específicamente los criterios contenidos en la sentencia Daubert, se ha situado en la misma línea, estableciendo que el *expert testimony* sea admitido sólo cuando se fundamente en hechos o datos suficientes, sea el producto de principios y métodos fiables y el experto haya aplicado válidamente estos principios y métodos a los hechos del caso específico³⁴. Más allá de la aplicabilidad y validez de los criterios formulados en Daubert y en la nueva regla 702³⁵, en esta evolución del ordenamiento estadounidense resalta significativamente la seriedad con que se ha enfrentado el problema de la «buena ciencia» y la necesidad de impedir que la «mala ciencia», al ser admitida en el proceso, condicione la decisión del juzgador sobre los hechos del caso. Así pues, la experiencia estadounidense es una referencia indispensable cuando se trata de definir las condiciones de admisión de las pruebas científicas³⁶.

Bajo esta perspectiva, resulta evidente que con la aplicación de los citados criterios, se pretende dejar fuera del ámbito probatorio el uso de «conocimientos» que se presentan —o incluso son comúnmente considerados— como científicos, pero que no corresponden a paradigmas de validez científica compartidos. Por ejemplo, ha sido justamente advertido que para establecer si un método con pretensiones de científicidad efectivamente tiene calidad científica, no es conveniente consultar a aquellos que lo practican, incluso como profesión y que son presentados como expertos en los escenarios judiciales. Si se hiciera así, probablemente podríamos concluir que la astrología y la lectura de las hojas de té (o del fondo de las tazas de café) son también conocimientos científicos, pues los sujetos que las practican (y muchas de las personas que se dirigen a ellos) afirman la validez de los «conocimientos» obtenidos por estos medios³⁷. Dejando a un lado casos tan extremos (aunque

no del todo absurdos, especialmente si se advierte que algunas veces también se recurre a los *medium* o adivinos en las investigaciones judiciales), la aplicación de criterios de científicidad bastante rigurosos ha puesto en crisis al menos a dos instrumentos de investigación y prueba tradicionalmente considerados como seguros: el análisis grafológico y la comparación de huellas digitales³⁸. Las incertidumbres y los elevados márgenes de error —en todo caso, no determinables con suficiente precisión— característicos de estas metodologías, inducen a concluir que sus resultados no cuentan con validez científica en sentido estricto (por otra parte: el único sentido admisible). Aunque puedan resultar útiles para la investigación probatoria, debe excluirse que constituyan en sí mismos una prueba adecuada y atendible de los hechos del caso.

3.3. Paradigmas diversos

El caso Daubert versaba sobre la peligrosidad de una medicina, lo que hace comprensible que la *opinion* del juez BLACKMUN, aunque se formulara en términos generales, esté basada en el modelo de las ciencias empíricas. Por tanto, persiste el problema —que ya ha sido señalado— respecto a los conocimientos que no se corresponden con ese modelo de ciencia, debido a que —haciendo uso de los términos kunianos, un tanto desgastados pero siempre útiles— siguen paradigmas diferentes de los de las ciencias empíricas. Me refiero a las formas de conocimiento características de las ciencias humanas y sociales, que no operan mediante experimentos, cálculos y nexos causales o probabilísticos entre eventos empíricos verificables (y eventualmente reproducibles), sino que se desarrollan mediante esquemas de interpretación que implican fundamentalmente una actividad de tipo hermenéutico³⁹. Por otra parte, esto no implica que estas actividades no tiendan a la objetivación⁴⁰ y, en todo caso, se aplica el principio de que es en la esfera particular de cada área científica donde se realiza la selección de las nociones científicamente válidas⁴¹. Pese a estas peculiaridades metodológicas, que marcan una profunda diferencia entre las ciencias humanas y las ciencias naturales, el fundamento científico de los conocimientos pertenecientes a las ciencias humanas puede y debe ser controlado, no pudiéndose abandonar sus juicios a la pura subjetividad del experto. Una prueba psicológica —que a menudo resulta indispensable tanto en el proceso civil como en el proceso penal— no sigue el mismo para-

³² Dado el espacio, no es posible dar mayores referencias bibliográficas. Para esto, pueden cfr. las obras citadas en la nota 29 y en las notas siguientes.

³³ Cfr. ROTHSTEIN, RAEBER y CRUMER, 2003: 345 ss., 350 ss.; GRAHAM, 2003: 320 ss., 331 ss.; 2000: 317 ss.; BERGER, 2000: 9 ss.

³⁴ Cfr. ROTHSTEIN, RAEBER y CRUMER, 2003: 353 ss.; GRAHAM, 2003: 340 s.; GRAUER, 2002: 76. Así como, recientemente, DOMINONI, 2005: 197 ss.

³⁵ Para consultar algunas incertidumbres y reservas sobre este punto, cfr. DOMINONI, 2005, que tiene además amplias referencias bibliográficas.

³⁶ LOMBARDO (2007: 45) afirma que la sentencia Daubert no tiene una particular relevancia en el ordenamiento italiano, pues considera que éste ya contaba con las garantías adecuadas para evitar la entrada de mala ciencia en el proceso. Sin embargo, es lícito pensar que las modalidades establecidas para la elección del perito y la formulación de las preguntas que se le dirigen no son en sí mismas idóneas para prevenir la admisión de la *junk science* si no se cuenta con algunos criterios específicos para su valoración.

³⁷ Cfr. FAIGMAN, 1999: 62.

³⁸ Cfr. FAIGMAN, 1999: 2 ss., 62 ss., 77 ss.; FAIGMAN, KAVE, SAKS y SANDERS, 2002a: vol. 2, 346 ss., 400 ss.

³⁹ Sobre la distinción entre ciencias de la explicación y ciencias de la comprensión cfr., en particular, BOCCHETTI, 1999: 8 ss., 21 s.; 2006: 24 s., 31 ss.

⁴⁰ Cfr. *ibid.*: 13 ss., 85 ss., 205 ss.

⁴¹ Cfr. CASSETTI, 2005: 32.

digma que un análisis químico, pero su validez científica también debe ser verificada para que pueda ser utilizada como elemento probatorio; obviamente, su validez tendrá que establecerse considerando los criterios de validez científicos que corresponden a la psicología⁴². Las mismas observaciones son aplicables a todas las ciencias humanas o sociales que pueden ser utilizadas para conocer o valorar los hechos relevantes para la decisión judicial.

Por otra parte, mientras se va aportando claridad al uso judicial de los conocimientos ofrecidos por las ciencias empíricas, se mantienen las incertidumbres sobre las condiciones de validez de los conocimientos ofrecidos por las ciencias que siguen paradigmas diferentes. Estas incertidumbres pueden tener consecuencias negativas, tanto en el sentido de las dificultades que surgen cuando se trata de controlar el fundamento y la validez de estos conocimientos, como porque —frente a estas dificultades— puede consolidarse la tendencia de los jueces a no utilizar estos conocimientos y a refugiarse en el indeterminado pero más familiar ámbito del sentido común. Esto, sin embargo, supondría la renuncia al uso de conocimientos especializados en el proceso que —a pesar de los problemas que implica el control de su validez— pueden ser indispensables para la prueba de los hechos. En suma, parece preferible recurrir a nociones científicas cuya validez puede ser controlada, aunque sea con métodos distintos de los de las ciencias empíricas, que recurrir a la ciencia privada del juez, cuya validez y habilidad escapan a todo control.

En todo caso, sería necesaria una especie de Daubert de las ciencias no empíricas, con el objetivo de establecer un conjunto de reglas que puedan ser aplicadas por los jueces para controlar la validez de los conocimientos ofrecidos por esas ciencias y su utilizabilidad probatoria.

4. UN CASO PARTICULAR: LA PRUEBA ESTADÍSTICA

En los últimos años ha surgido con especial énfasis el problema del uso de los datos estadísticos como medio de prueba, conocido comúnmente como «prueba estadística». Al respecto, es necesario introducir algunas distinciones, ya que la mera referencia de datos estadísticos o el empleo judicial de cálculos estadísticos no implican necesariamente un vínculo con la prueba de los hechos:

a) No versan sobre el problema de la prueba estadística los innumerables trabajos teóricos, difundidos especialmente en los Estados Unidos de América, que proponen modelos teóricos de razonamiento judicial

⁴² La desconfianza en la validez científica de las pruebas de carácter psicológico y criminológico es una de las razones que explican la prohibición prevista en el artículo 230.2 del Código de Procedimiento Penal italiano (cfr. Conso y Geroni, 2005: 675).

—y, en particular, de la valoración de la prueba— basados en cálculos de probabilidad cuantitativa empleando el denominado teorema de Bayes⁴³. Hay varias razones para dudar que el teorema de Bayes —y en general el cálculo de la probabilidad cuantitativa— sea una concepción válida del razonamiento probatorio⁴⁴, pero no es éste el lugar para profundizar en ellas. En todo caso, el argumento principal es que los trabajos que siguen el modelo bayesiano no versan sobre un tipo de prueba particular o sobre una técnica probatoria específica, sino que tienen por objetivo la construcción de un modelo general de valoración de la prueba (de todo tipo de prueba), así como de la construcción de las inferencias que fundamentan la decisión fáctica final, atribuyéndole valores de probabilidad cuantitativa. Así pues, dichos trabajos no aluden al uso de los datos estadísticos como prueba y no existe vínculo alguno entre estas teorías, ya sean fundadas o infundadas, con la prueba estadística en sentido estricto, ni —de forma más general— con la prueba científica.

b) Existen casos en los que el resultado de un experimento científico, que es utilizado como prueba de un hecho, se expresa en cifras porcentuales. El ejemplo más conocido es, una vez más, la prueba de ADN, cuyo resultado positivo generalmente tiene un grado de probabilidad del 98-99 por 100. A pesar de ello, no se trata de una prueba estadística en sentido estricto, pues tales cifras porcentuales no expresan la frecuencia con que ocurre un determinado suceso dentro de una clase de eventos, sino que expresan —inversamente— el margen de error que corresponde al resultado de un experimento concreto, o bien su grado de habilidad, teniendo en cuenta las modalidades con las que se efectuó el experimento y las comparaciones que permiten establecer la identificación del ADN sometido a análisis.

c) Así pues, estamos ante una prueba estadística en sentido estricto sólo cuando frecuencias estadísticas *científicamente controladas*, referentes al número de veces que un evento sucede en la población de referencia, son utilizadas como prueba de un hecho específico que debe ser probado en el proceso. El énfasis en el sintagma «científicamente controlada» tiene dos objetivos: primero, resaltar que el análisis estadístico es una especie sumamente importante del género de las pruebas científicas; segundo, subrayar que bajo este esquema, se hace referencia sólo a los casos en los que los datos y los cálculos estadísticos son convalidados por la ciencia, descartando los innumerables casos en los que se expresan indebidamente frecuencias estadísticas o cuantificacio-

⁴³ Hay una extensa literatura al respecto entre la que puede verse, por ejemplo, SCHUM, 1994; KAOVAYE y SCHUM, 1996; THURLES y GREEN, 2003, donde también puede consultarse una amplia introducción al tema. Un bayesianismo crítico puede verse en MORA *(ibid.)*; véase también FROST, 2002: 98 ss.

⁴⁴ Para el análisis de estas razones, cfr. TARUFFO, 1992a: 168 ss., 199 ss. [trad. cast.: 193 ss., 223 ss.].

nes probabilísticas improvisadas⁴⁵, cuya pretensión es solo darle una aparente exactitud a afirmaciones carentes de toda verificación empírica⁴⁶. Parece evidente que estos supuestos no tienen nada que ver con la prueba científica.

Por otro lado, del empleo de datos y análisis estadísticos como elemento de prueba en el proceso judicial surgen algunos problemas complejos, a los que sólo me puedo referir aquí sumariamente⁴⁷. Un primer problema, objeto de opiniones contrapuestas, versa sobre si las frecuencias estadísticas «puras», es decir, consideradas en sí mismas como expresión de la frecuencia con que cierto evento se produce en una serie determinada de casos, pueden tomarse como prueba de un evento específico de ese tipo. Algunos teóricos se han pronunciado en sentido positivo, es decir, afirmando que podría ser suficiente alegar datos estadísticos relativos a la frecuencia de un cierto tipo de eventos para poder considerar probado que se ha producido un evento concreto de ese tipo en las circunstancias relevantes para la causa judicial⁴⁸. En el derecho positivo italiano, por ejemplo, no se encuentran casos en los que la ley atribuya un verdadero valor probatorio a datos estadísticos «puros»; sin embargo, en algunos casos el legislador atribuye cierto valor a la producción de datos estadísticos en el juicio: un ejemplo significativo de esto es el artículo 4 de la ley núm. 125, del 10 de abril de 1991, en materia de acciones positivas para la tutela de la igualdad en el lugar de trabajo, en el que se establece que corresponde al empresario la carga de la prueba sobre la inexistencia de actos discriminatorios en los supuestos en que el trabajador presente elementos, *incluso basados en datos estadísticos*, que permitan presumir la presencia de esos actos o comportamientos. Pero, en este caso, los datos estadísticos no son usados como prueba de la discriminación sino como elemento idóneo para invertir la carga de la prueba que sería ordinaria entre las partes⁴⁹.

Sin embargo, parece que la opinión predominante en la doctrina considera insuficientes los datos estadísticos «puros» para probar hechos concretos. El argumento fundamental es que de la frecuencia con que se

⁴⁵ Es bastante común que para formular estas cuantificaciones se haga referencia a máximas de experiencia. Sin embargo, esto no aumenta la fiabilidad del razonamiento, puesto que en la mayor parte de los casos las máximas de experiencia carecen de fundamento epistemológico. Sobre este punto cfr. TARUFFO, 2002: 140 ss. [trad. cast.: 125 ss.].

⁴⁶ El uso indebido de cuantificaciones estadísticas está muy difundido y constituye una de las fuentes más frecuentes y relevantes de errores en la decisión. Al respecto cfr. el ya clásico análisis de NISETTI y ROSS, 1989.

⁴⁷ Para un análisis reciente y amplias indicaciones tanto doctrinales como jurisprudenciales cfr. DOMENONI, 2005: 308 ss.

⁴⁸ Con respecto a esta orientación cfr., en particular, FROSINI, 2002: 65 ss. Por su reciente adhesión a este criterio cfr. SCHAUER, 2003: 79 ss.

⁴⁹ Al respecto véase, más ampliamente, TARUFFO, 1992a: 481 ss. [trad. cast.: 509]. Sobre el uso de datos estadísticos en los casos de discriminación cfr. *Manual for Complex Litigation*, 2004: 435; VICK, 2000: 576, 579 ss.; GUSSANI, 1989: 1033, 1044 ss.

produce un tipo de eventos en una serie determinada de situaciones, no se puede extraer consecuencia alguna acerca de un acontecimiento individual: el ejemplo más evidente, y el más estudiado, es la imposibilidad de inferir de datos estadísticos referentes a correlaciones de causalidad general, la prueba de un nexo causal individual⁵⁰. En otras palabras, como suele decirse, las estadísticas sirven para hacer previsiones o —precisamente— para establecer frecuencias, pero no sirven para probar hechos particulares. En consecuencia, un dato estadístico no puede constituir *por sí mismo* la prueba del hecho que se trata de determinar en el proceso⁵¹. Esto no implica que los datos estadísticos sean, por definición, inútiles desde el punto de vista probatorio, sólo se indica que no son suficientes: la prueba estadística requiere que el dato estadístico se vincule con el hecho individual que se trata de probar mediante una regla de inferencia del tipo «si E se verifica X veces sobre el 100 por 100, entonces el hecho individual Y se ha verificado con una probabilidad de X por 100». Sin embargo, es necesario que esta regla de inferencia muestre valores muy elevados de X, es decir, que la frecuencia con que se constata Y sea muy alta, sustancialmente cercana a 100 por 100: sólo en ese supuesto, en efecto, se podría construir una inferencia *causiductiva* idónea para atribuir un grado de *certeza práctica* a la conclusión respecto de la existencia del hecho a probar⁵². Con un nivel de frecuencia estadística más bajo, cualquier inferencia sobre el hecho individual a probar tendría un margen de error tan amplio que haría lógicamente infundada la consecuencia sobre la prueba de ese hecho.

Un problema ulterior se presenta debido a que la utilidad probatoria de los datos estadísticos varía —en el sentido de que existe o no existe— según el tipo de hecho que se trate de probar. Si —como se ha dicho anteriormente— se trata de demostrar que la frecuencia del hecho E aumenta en una proporción determinada, estadísticamente comprobada, la probabilidad de que se produzca el hecho F (como ocurre en los casos llamados de «incremento del riesgo»), entonces el dato estadístico puede aportar la demostración del nexo de causalidad general, es decir, de la frecuencia de la correlación entre los hechos del tipo E y los hechos del tipo F. No es mera casualidad que el ámbito de mayor aplicación de las pruebas estadísticas sea el de los denominados *mass torts*, donde se trata de establecer, por ejemplo, cuáles son los efectos dañinos del suministro de un medica-

⁵⁰ Cfr. TARUFFO, 2006a: 108 [trad. cast. en este mismo volumen: 257]; DOMENONI, 2005: 314 ss.; STELLA, 2003: 296 ss.; FROSINI, 2002: 39. En la literatura de lengua inglesa cfr., en particular, GREEN, FREEDMAN y GORDON, 2000: 383 ss.; KAYE y FREEDMAN, 2000: 94 ss.; RUBINSTEIN, 1998: 182 ss.

⁵¹ Cfr. también para ulteriores referencias bibliográficas, FROSINI, 2002: 65 s.

⁵² Se hace aquí referencia al modelo nomológico-deductivo, en función del cual una inferencia referente a la conexión entre eventos es justificada si existe una ley general que sostiene esa conexión. Sobre el uso de este modelo también para los casos en los que existe una ley «cuasi-siguerable», *i. e.*, de una frecuencia estadística muy elevada, cfr. TARUFFO, 2006a: 114 [trad. cast. en este mismo volumen]; STELLA, 2003: 339 ss.

mento en una determinada población. Si, en cambio, se trata de demostrar un nexo de causalidad específica e individual, es decir, que «el hecho individual E ha causado el hecho individual F» en determinadas circunstancias, entonces el dato estadístico según el cual los hechos del tipo E están vinculados con hechos del tipo F en el X por 100 de los casos no permite — salvo el caso citado de las frecuencias estadísticas particularmente elevadas — concluir que resulta probado que E ha causado F.⁵³

En torno a estos conceptos y, por ende, a las condiciones en que la prueba estadística puede ser válidamente empleada, hay en todo caso algunas incertidumbres y tendencias muy discutidas. Una de estas tendencias ha surgido recientemente en la jurisprudencia estadounidense en materia de *mass torts*, en la que algunas sentencias han admitido que investigaciones estadísticas efectuadas *por muestreo* sobre la posible frecuencia de un efecto dañino en una población determinada, pueden ser suficientes para establecer que en dicha población ese efecto se manifiesta con la misma frecuencia, lo que — si se trata de una frecuencia significativa — podría constituir prueba del nexo causal entre el hecho dañino y el daño que se asume que han sufrido los miembros de aquella población.⁵⁴ Es cierto que se requiere de una frecuencia estadística no menor al 95 por 100 respecto de la conexión existente entre los dos eventos⁵⁵, lo que permitiría hablar de certeza práctica de la inferencia estadística relativa a cada conexión individual considerada, pero aún queda el hecho de que se trata de una frecuencia establecida por muestreo, con la consecuencia de que el problema se sitúa ahora en la representatividad de tales muestras con respecto a la población de referencia.⁵⁶ El punto que suscita dudas, sobre todo frente a usos fantásticos del cálculo estadístico, es siempre la posibilidad de derivar a partir de frecuencias estadísticas, o incluso de frecuencias establecidas por muestreo, consecuencias probatorias científicamente válidas para la prueba de los hechos en casos individuales.

5. LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA

Los problemas abordados hasta ahora surgen de manera preponderante — aunque no solamente — en el momento de la admisión de

la prueba científica. No es casualidad que la sentencia del caso *Daubert* y toda la literatura surgida a partir de ella hayan puesto el acento en la función de *gatekeeper* que debe desarrollar el juez, evitando la entrada al proceso de conocimientos carentes de validez y fiabilidad científica.⁵⁷ Esto es comprensible particularmente en un sistema, como el estadounidense, en el que las pruebas científicas generalmente son presentadas por *expert witnesses* de parte (siendo las partes, y no el juez, quienes deciden qué pruebas presentar, incluyendo las pruebas científicas)⁵⁸. Son, de hecho, las partes quienes eligen a sus expertos, en un amplio e incontrolado «mercado de expertos», y les pagan para que digan aquello que les conviene. Así pues, parece intuitivo que en un sistema de este tipo, el riesgo de que entre *junk science* en el proceso es especialmente alto y, por ende, la tarea de control preliminar que debe desempeñar el juez sobre los elementos probatorios que serán admitidos en el proceso es sumamente importante.

Sin embargo, también en sistemas como el nuestro resulta relevante el problema de asegurar *ex ante*, es decir, en el momento de la admisión de la prueba, la adquisición de «buena ciencia» en el proceso. Desde el punto de vista puramente procedimental, las modalidades de admisión judicial de la prueba científica son las de la prueba pericial, si se parte de la premisa de que el perito es quien provee al juez de los conocimientos científicos necesarios para la decisión de los hechos. En el proceso civil italiano, por ejemplo, hacen referencia a esto los artículos 66 y ss., así como 191 y ss. del Código de Procedimiento Civil.⁵⁹ En cambio, en el proceso penal italiano la situación es algo más incierta: el artículo de referencia es el 189 del Código de Procedimiento Penal, si se reconduce la prueba científica al conjunto de las pruebas atípicas⁶⁰, pero también entran en juego las normas sobre la prueba de reconstrucción de los hechos (artículo 218 y ss. del Código de Procedimiento Penal) o sobre la prueba pericial (artículo 220 y ss. del Código de Procedimiento Penal)⁶¹, si se considera que esos son los instrumentos procesales para la adquisición de la prueba científica. En todo caso, el hecho de que se trate de la prueba científica hace oportunas algunas consideraciones adicionales.

Ante todo, como se ha dicho en párrafos anteriores, las incertidumbres acerca de la naturaleza y la validez científica de algunas áreas del saber pueden inducir al juzgador a no hacer uso de peritajes técnicos, y

⁵³ Más ampliamente sobre este tema cfr. TARUFFO, 2006a: 118 [trad. cast., en este mismo volumen, 206], también para referencias bibliográficas ulteriores.

⁵⁴ Cfr. WALKER y MOWHAN: *Sampling Evidence at the Crossroad*, en curso de publicación en la *South California Law Review*, pero consultable en <http://law.kexpress.com>

⁵⁵ Cfr. *ibid.*

⁵⁶ En la decisión de primera instancia sobre el caso *McLaughlin*, pronunciada el 17 de noviembre de 2006, el juez Weinstein (un notable experto en *mass torts* y en prueba) admitió una prueba por muestreo sobre una *class* de 50 millones de personas (los fumadores de cigarrillos *light*), a los efectos de conformar una prueba estadística válida para todos los miembros de esa *class* (para un análisis de este caso y otros semejantes cfr. *ibid.*).

⁵⁷ Véase *supra* apartado 3.2.

⁵⁸ La regla 706 de las *Federal Rules of Evidence* otorga al juez la facultad de ordenar de oficio el *expert testimony*, pero tal facultad es muy raramente usada, prevaleciendo la regla no escrita de que corresponde a las partes aportar al tribunal la *expert evidence* que ellas mismas consideren útiles. Cfr., por ejemplo, GRAYMAN, 2003: 363 ss.

⁵⁹ Sobre estas normas véase CAARI y TARUFFO, 2006: 179 ss., 620 ss.

⁶⁰ Al respecto, también para referencias bibliográficas adicionales, cfr. DOMINIONI, 2005: 207 s.

⁶¹ A propósito véase, por todos, CONSI y GARETTI, 2005: 669, 670 ss.

la misma situación se da también si el juez ignora la existencia de técnicas científicas adecuadas para el análisis de determinados hechos. Y puede suceder también que el juez considere que cuenta con todos los conocimientos — incluso los científicos — necesarios para tomar su decisión y, por lo tanto, considere innecesario recurrir a los conocimientos de un experto. En todas esas circunstancias surge la figura del juez *appreni sorcier*, que presume demasiado sobre la extensión y fiabilidad de su cultura personal y, por ello, corre el riesgo de tomar una decisión basada en su propia *junk science*. Pero existe también el peligro opuesto, en los casos en que el juez sostiene erróneamente que alguna actividad (como la rabadomancia) o alguna técnica (como el análisis caligráfico) están dotadas de validez científica y, con este criterio, admitta u ordene algún tipo de análisis o peritaje técnicos que no tienen valor cognoscitivo y, por tanto, no pueden ser propiamente considerados como instrumentos probatorios.

Otro punto muy delicado de la prueba científica es la elección y nombramiento del perito. Las normas que regulan estas actividades son bastante genéricas y no aseguran un adecuado nivel de competencia del experto⁶²; además, no se distingue entre los supuestos que hacen necesarias investigaciones científicas complejas y sofisticadas de aquellos que sólo requieren análisis y valoraciones técnicas de rutina. La elección del experto, además, queda a la discrecionalidad del juez y es, en este ámbito, donde deben tomarse en consideración las particulares dificultades que puede presentar la prueba científica. Un perito de incierta o modesta preparación profesional puede, en efecto, producir mala ciencia si es encargado de resolver un problema para el que no tiene conocimiento.

Un aspecto adicional que exige atención es el de la formulación de las preguntas que se dirigen al perito⁶³. Una mala o errónea formulación, o la formulación de una pregunta inapropiada en referencia a los hechos particulares que deben ser probados, podrían hacer inútil la prueba científica. También la realización de preguntas que la ciencia no puede responder, o que el perito no puede responder por carecer de los conocimientos necesarios, se convierten en una mera pérdida de tiempo. En todos esos casos, el juez corre el riesgo de obtener respuestas carentes de validez científica. En otras palabras: para obtener del perito respuestas «adecuadas» (esto es: válidas científicamente y relevantes para el caso específico), el juez debe saber formular las preguntas adecuadas. Si el juez formula preguntas equivocadas muy difícilmente podrá conseguir del perito respuestas útiles para su decisión. Por otra parte, todo esto requiere del juez un conocimiento adecuado de los métodos cientí-

ficos que se pretenden emplear y del tipo de resultado que éstos pueden producir, a los efectos de poder formular una prognosis razonable sobre la relevancia que la prueba científica podrá tener para la decisión.

En la formulación de todas estas valoraciones preliminares, la participación de las partes no sólo es necesaria, sino que puede también ser muy útil para dirigir adecuadamente la valoración del juez en la admisión de las pruebas científicas⁶⁴. Sin embargo, corresponde claramente al juez la responsabilidad de asegurar que en el juicio sólo se admita «buena ciencia».

6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA

La prueba científica se presenta, dado su peculiar carácter de validez cognoscitiva, dotada de un grado particularmente elevado de fiabilidad. Precisamente por su calificación como «científica» se sitúa a un nivel de fiabilidad particularmente elevado, atribuyéndole un peso y un valor demostrativo superior al que se reconoce a las pruebas ordinarias. Nuevamente, es significativo el ejemplo de la prueba de ADN, que se presenta con un grado de aproximación a la certeza del 99 por 100, por lo que es «prácticamente» segura y, por lo tanto, es sustancialmente definitiva para la identificación del sujeto en cuestión. La sentencia de la Corte Constitucional italiana anteriormente citada⁶⁵, toma nota de ello: la prueba genética es un medio idóneo para demostrar la paternidad de un individuo distinto del que tiene la paternidad jurídica y, por tanto, no es necesario, para la cancelación de esta última, probar también el adulterio de la madre. Por otra parte, si se dispusiese de la prueba del adulterio, pero los resultados de la prueba genética indicaran que el padre biológico coincide con el que tiene la paternidad jurídica, esto último bastaría para excluir la posibilidad de la cancelación de ésta, haciendo a esos efectos irrelevante el adulterio.

A propósito de la prueba científica surge de nuevo — con mayor énfasis aún que en el caso de las pruebas periciales técnicas ordinarias — la tradicional paradoja del juzgador como *peritus peritiorum*⁶⁶. Por un lado, se presupone que el juez recurre al científico precisamente porque no tiene los conocimientos científicos necesarios para decidir sobre los hechos del caso; pero, por otro lado, se exige que el mismo juez sea capaz de valorar la fiabilidad de los resultados de la prueba científica y de atribuirles el peso probatorio que, sobre la base en su convicción discrecional, considere adecuado. Se excluye, en efecto, y por buenas razones, que los resultados de la prueba pericial sean vinculantes para el

⁶² Sobre la prueba pericial en el proceso civil véanse, más ampliamente, TARUFFO, 2005d: 1107 ss.; CAIRI Y TARUFFO, 2006: 183.

⁶³ En este sentido cf.: CAIRI Y TARUFFO, 2006: 625; TARUFFO, 2005d: 1108.

⁶⁴ Cf. también LOMBARDO, 2007: 51; TOMINI, 2003: 1459.

⁶⁵ Véase *supra* nota 16.

⁶⁶ Al respecto véase, entre los más recientes, LOMBARDO, 2007: 50 ss.

juez y se admite, en cambio, que es éste quien debe resolver si acepta tales resultados o discrepa de ellos⁶⁷. Además, se pide que el juez motive específicamente su resolución sobre el resultado de la prueba pericial, sobre todo cuando su valoración difiere de la del perito⁶⁸. Parece obvio que estas mismas reglas se aplican también cuando el objeto de pericia es una prueba científica, pero en este caso resulta particularmente difícil la labor del juez de formular una valoración autónoma (dada la apariencia autoritativa que posee la prueba científica).

Sin embargo, la paradoja es sólo aparente. En realidad, cuando se afirma que el juez debe realizar una valoración autónoma acerca de la fiabilidad de la prueba científica no se pretende que deba transformarse en un científico —lo que evidentemente sería imposible— y mucho menos que repita los análisis y experimentos que conforman la propia prueba científica. Lo que se exige, en cambio, es que el juez sea capaz de valorar si está en el ámbito de una forma de conocimiento dotada de dignidad y validez científica, y si los métodos de investigación y control típicos de esa ciencia han sido correctamente aplicados en el caso particular que debe juzgar⁶⁹. Esto es, se trata fundamentalmente de confirmar la existencia de las condiciones de cientificidad de la prueba, como las establecidas en la decisión del caso Daubert y en la versión reformada de la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence*, a las que se ha hecho referencia anteriormente. Estas valoraciones pueden ser exigentes y complejas, pero es lícito presumir que están al alcance del juez que debe formular la decisión final sobre los hechos. Mediante valoraciones de este tipo, el juez debe controlar, sustancialmente, el carácter científico y la validez de los métodos con los que se ha realizado la prueba. Si este control tiene resultado positivo, el juez puede fundamentar, con buenas razones, su decisión en la prueba científica, explicando las razones por las que ha considerado que la prueba es científicamente válida y fiable⁷⁰. Sólo con esta motivación el juez puede evitar la sospecha de que no haya ejercido su función de *peritus peritorum*, es decir, que se le considere como mero receptor pasivo de la opinión del experto. Si el resultado del control del juez es, en cambio, negativo, el juez —dejando a un lado la posibilidad de ordenar una prueba pericial suplementaria o nueva— no podrá tener en cuenta la prueba en su decisión, por ser científicamente inválida, naturalmente justificando en la motivación su valoración negativa.

⁶⁷ Al respecto cfr., por todos, Casari y Taruffo, 2006: 181 s.

⁶⁸ La jurisprudencia es constante en señalar la necesidad de una motivación específica de la valoración negativa del juez respecto de la prueba científica. En cambio, el panorama es incierto con respecto a la necesidad de una motivación específica cuando el juez compare las conclusiones del perito (cfr. Casari y Taruffo, 2006: 181 ss.). Aunque, dado que el juzgador siempre debe motivar la valoración de las pruebas, parece más rigurosa y coherente la opinión positiva.

⁶⁹ Análogamente, Lombarico, 2007: 51.

⁷⁰ Sobre la orientación parcialmente diversa de la jurisprudencia véase *supra* nota 68.

Puede objetarse que, de esta forma, se configura una tarea del juez de muy difícil cumplimiento, dado que requiere una formación cultural superior a la media que muchos jueces pueden no tener. Sin embargo, la respuesta simple es que la función de decidir sobre los hechos no es, y no puede ser, siempre sencilla y fácil. Puede suceder (de hecho es muy probable) que el sentido común no comprenda las nociones suficientes para permitir al juez valorar adecuadamente las pruebas de la forma que se ha señalado. La única consecuencia que se puede extraer de ello es que la valoración de la prueba científica es una actividad que transcende el sentido común, requiriendo del juez la capacidad de «conocer la ciencia» para realizar apropiadamente su función judicial. Claro está que sería absurdo pretender que el juez sea omnisciente, pero parece razonable, en la sociedad actual, que el juez disponga de una formación epistemológica básica que le permita realizar una adecuada valoración crítica de la validez y fiabilidad de las pruebas científicas.

BIBLIOGRAFÍA

- ABU HAREIRA, M. Y., 1986: «An Early Holistic Conception of Judicial Fact-Finding», en *Juridical Review*, 79.
- AGAZZI, E., 1999: «La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 42 (2).
- AICALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., 1965: *Estudios de derecho probatorio*, Concepción, Chile: Universidad de Concepción.
- ALEXY, R., y PECZENIK, A., 1990: «The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality», en *Ratio Juris*, 3.
- ALLEN, CH., 1997: *The Law of Evidence in Victorian England*, Cambridge-New York.
- ALLEN, R. J., 1993: «Burden of Proof, Uncertainty, and Ambiguity in Modern Legal Discourse», en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 17.
- ALPA, G., 1999: *Trattato di diritto civile. La responsabilità civile (IV)*, Milano: Giuffrè.
- ALVARADO VELICSO, A., 2004: *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá: Temis.
- AMSTERDAM, A. G., y BRUNER, J., 2002: *Minding the Law*, Cambridge, Massachusetts-London: Harvard University Press.
- ANDERSON, T., y TWINING, W., 1991: *Analysis of Evidence. How to Do Things with Facts Based on Wigmore's Science of Judicial Proof*, Evanston, Illinois: Northwestern University Press.
- ANDREWS, N., 2000: «A New Civil Procedural Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone"», en *Civis Justice Quarterly*, 19.
- 2003: *English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford: Oxford University Press.
- APPLAMAN, J. A., 1965: *Cross-Examination*, Fairfax, Virginia: Coiner Publications.

- ARENS, P., 1971: *Mündlichkeitsprinzip und Prozessbeschleunigung im Zivilprozess*, Berlin.
- ARENS, P., y LUKE, W., 1992: *Zivilprozessrecht*, 5.^a ed., München: Verlag C. H. Beck.
- ARZTEZ, F., 1993: *Psychologie der Zeugnisaussage. System der Glaubwürdigkeitsmerkmale*, 3.^a ed., München: Verlag C. H. Beck.
- ATYAH, P. S., y SUMMERS, R., 1987: *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford: Oxford University Press.
- BALL, M. S., 1975: «The Play's the Thing: An Unscientific Reflection on Courts under the Rubric of Theater», en *Stanford Law Review*, 28.
- BANKOWSKI, Z., 1990: «The Jury and Reality», en NEHROT, P. (ed.): *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht-Boston-London: Springer.
- BARBOSA MOREIRA, J. C., 2005: «O neoprivatismo no processo civil», en *Revista Iberoamericana de derecho procesal*, VII.
- BAUMBACH, A.; LAUTERBACH, W.; ALBERS, J., y HARTMANN, P., 2003: *Zivilprozessordnung*, 61.^a ed., München: Verlag C. H. Beck.
- 2005: *Zivilprozessordnung*, 63.^a ed., München: Verlag C. H. Beck.
- BAUMGARTL, G., 1989: «Geheimverfahren im Zivilprozess zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nach Schweizer Vorbild?», en *Festschrift für Walter J. Habscheid*, Bielefeld: Gieseking.
- 1991: *Handbuch der Beweislast im Privatrecht* (I), 2.^a ed., Köln-Berlin-Oros: Heymanns.
- BAUR, F., 1966: *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess*, Berlin.
- BEARDSLEY, J., 1986: «Proof of Fact in French Civil Procedure», en *American Journal of Comparative Law*, 34.
- BENDER, R., 1981: «Das Beweismass», en *Festschrift Baur*, Tübinge.
- BENDER, R., y NACK, A., 1981: *Tatsachenfeststellung vor Gericht: Glaubwürdigkeits- und Beweislehre*, München.
- BENESSON, F. C., 1984: *Probability, Objectivity and Evidence*, London-Boston: Routledge-Kegan Paul.
- BENNET L., y FELDMAN, M., 1981: *Reconstructing Reality in the Courtroom. Justice and Judgment in American Culture*, New Brunswick-London: Rutgers University.
- BENTHAM, J. [1823]: *Traité des preuves judiciaires* (I), Paris.
- BERGER, M., 2000: «The Supreme Court's Trilogy on the Admissibility of Expert Testimony», en *Reference Manual of Scientific Evidence*, United States of America: Federal Judicial Center.
- BERT, C., 2001: *Psicologia sociale della giustizia*, Bologna: Il Mulino.
- BLANC, E., 1974: *La preuve judiciaire. Commentaire du décret du 17 décembre 1973*, Paris: Librairie du Journal des notaires et des avocats.
- BLOM-COOPER, L., 2002: «Experts and Assessors: Past Present and Future», en *Civil Justice Quarterly*, 21.
- BOBIN, H. (comp.), 1976: «Presenting the Evidence», en *Civil Litigation and Trial Techniques*, New York: Practising Law Institute.

- BOHM, P., 2004: «Proceso civil e ideología nello stato nazional-socialista», trad. it., en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2.
- BONA, M., 2003: «Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali sulla causalità omissiva», en *Rivista di diritto civile*, 4.
- BORGES, J. L., 2005: *Siete moches*, Buenos Aires: Alianza.
- BORUTTI, S., 1999: *Filosofia delle scienze umane. Le categorie dell'Antropologia e della Sociologia*, Milano: Mondadori Bruno.
- 2006: *Filosofia dei sensi, estetica del pensiero tra filosofia, arte e letteratura*, Milano: Cortina.
- BOSTON UNIVERSITY, 1983: «Symposium on Probability and Inference in the Law of Evidence», en *Boston University Law Review*, 66.
- BOURGOIS, G.; JULIEN, P., y ZAVAKO, M., 1999: *La pratique de l'expertise judiciaire*, Paris: Liéc.
- BOVE, M., 2002: «Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"», en *Rivista di diritto processuale*, 57 (2).
- BREDIN, J. D., 1995: «France», en SAVAT, H. (comp.): *La valeur du témoignage en Droit Civil: The Probative Value of Testimony in Private Law*, La Hague: Kluwer Law International.
- 1996: «Le doute et l'inime conviction», en *Droits*, 23.
- BREWER, S., 1998: «Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process», en *Yale Law Journal*, 107.
- BRILMAVER, L., 1988: «Second-Order Evidence and Bayesian Logic», en TILBERS, P., y GREEN, E. (eds.): *Probability and Inference in the Law of Evidence: The uses and limits of Bayesianism*, Dordrecht-Boston-London: Springer.
- BROOKS, P., y GEWIRTZ, P. (eds.), 1996: *Law's Stories, Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven-London: Yale University Press.
- BRÜGGEMANN, D., 1968: *Judex statutor und judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteienfreiheit im gewöhnlichen deutschen Zivilprozess*, Bielefeld.
- BRUNER, J., 2002: *Making Stories. Law, Literature, Life*, Cambridge-Massachusetts-London: Farrar, Straus and Giroux.
- BRUNS, R., 1978: «Beweiswert», en *ZZP*, 91.
- BUCONCRISTIANI, D., 2001: *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino: G. Giappichelli.
- BURNS, R. P., 2005: «Fallacies on Fallacies: A Reply», en *International Commentary on Evidence* (3).
- BURROW, J. W., 2000: *The Crisis of the Reason. European Thought, 1848-1914*, New Haven-London: Yale University Press.
- BUSNELL, F. D., 1965: «Perdita di una chance e risarcimento del danno», en *Foro Italiano*, 47 (IV).
- CADIER, L., 1999: «Civil Justice Reform: Access, Cost and Delay: The French Perspective, en Civil Justice in Crisis», en ZUCKERMAN, A. (ed.): *Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford-New York: Oxford University Press.
- 2000: *Droit judiciaire privé*, 3.^a ed., Paris: Liéc.

- CADIER, L., y JEULAND, E., 2004: *Droit judiciaire privé*, 4.^a ed., Paris: Litec.
- CALAMANDREI, P., 1965: «La genesi logica della giustizia civile», in *Opere giuridiche* (I), Napoli: Morano.
- CALLEN, C., 1982: «Notes on a Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law», in *Indiana Law Journal*, 57.
- 1991a: «Adjudication and the Appearance of Statistical Evidence», in *Tulane Law Review*, 65.
- 1991b: «Cognitive Science and the Sufficiency of "Sufficiency of the Evidence" Tests», in *Tulane Law Review*, 65.
- CAMBI, E. A., 2001: *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CAZZIO, G., 2005: «Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale», in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano: Giuffrè.
- CAPECCHI, M., 2002: *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie «fatto illecito» a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova: CEDAM.
- CAPELLETTI, M., 1962: *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* (2 vols.), Milano: Giuffrè.
- 1971: *Procedure orate et procedure écrites*, Milano-New York: Giuffrè.
- CAPELLETTI, M., y TALLON, D., 1973: *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milan-New York: Giuffrè.
- CAPPONI, B., 1990: «Le "informazioni" del giudice civile (appunti per una ricerca)», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- CAPPONI, B., y VERDE, V. (eds.), 2002: *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- CANNELLITI, F., 1992: *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico di prova* (1915), Milano: Giuffrè.
- CARRI, F., y TARUFFO, M., 2002: *Commentario breve al codice di procedura civile*, 4.^a ed., Padova: CEDAM.
- 2006: *Commentario breve al codice di procedura civile*, 5.^a ed., Padova: CEDAM.
- CASETTI, A., 2005: «Verità, decisione razionale e teoria della complessità», in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano: Giuffrè.
- CARATTA, A., 1995: *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano.
- CATELLANI, P., 1992: *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna: Il Mulino.
- CAUDILL, D. S., y LARUE, L. H., 2003: «Why Judges Applying the Daubert Trilogy Need to Know about the Social, Institutional, and Rhetorical — and Not Just the Methodological — Aspects of Science», *Boston College Law Review*, 45.
- CAVALLONE, B., 1991: *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova: CEDAM.
- CEA, G., 2002: «Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite», in *Foro Italiano*.

- CECIL, J. S., y WILSON, T. E., 1993: *Court-Appointed Experts: Defining the Role of Experts Appointed under Federal Rule 706*, United States of America: Federal Judicial Center.
- CENDON, P., y ZIVIZ, P., 1992: «L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- CENTRE NATIONAL DE RECHERCHES DE LOGIQUE, 1961: *Le fait et le droit. Études de logique juridique*, Bruxelles: E. Bruylant.
- CENTONZE, F., 2001: «Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 44 (4).
- CHAMOUX, F., 1981: «La loi du 12 juillet 1980: une ouverture sur des nouveaux moyens de preuve», in *Juris Classique Périodique*, I.
- CHASE, O. G., 2005: *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York-London: NYU Pr.
- CHAVES, A., 1976: «The role of the Judge in Public Law Litigation», in *Harvard Law Review*, 89.
- CHIARONI, S., 2000: «Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile», in *Rivista di diritto processuale*.
- 2004: «Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- CHOW, D. C. K., 1990: «Trashing Nihilism», in *Tulane Law Review*, 65.
- CIACCIA CAVALLARI, B., 1992: *La contestazione nel processo civile. I: La contestazione tra norme e sistema*, Milano: Giuffrè.
- 1993: *La contestazione nel processo civile. II: La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano: Giuffrè.
- CIAN, G., y TRABUCCHI, A., 2003: *Commento breve al codice civile. Compilazione giurisprudenziale* (I), 6.^a ed., Padova: CEDAM.
- CIRIACI, F., 1995: «Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)», in *Rivista di diritto processuale*.
- 1997: «Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiovenda», in *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- 2002: «Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- 2003a: «I problemi della giustizia civile tra passato e presente», in *Rivista di diritto civile*.
- 2003b: «Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan», in *Rivista di diritto processuale*.
- CLEAR, E. W., STONG, J. W., BROWN, K. S., y MOSTELLER, R. P., 1988: *Cases and Materials on Evidence*, 4.^a ed., St. Paul, Minnesota.
- CLERMONT, K. M., 1987: «Procedure's Magical Number Three: Psychological Bases for Standards of Decision», in *Cornell Law Review*, 72.
- CLERMONT, K. M., y SHERWIN, E., 2002: «A Comparative View of Standards of Proof», in *American Journal of Comparative Law*, 50.
- COHEN, L. J., 1977: *The Probable and the Provable*, Oxford: Oxford University Press.

- 1989: *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, Oxford: Oxford University Press.
- COLOMA CORREA, R., 2006: «Vamos a contar mentiras tratada... O de límites a los dichos de los abogados», en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, 2 (XIX).
- COMANDE, G., y PONZANELLI, G. (comps.), 2004: *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino: Giappichelli.
- COMITTEE ON DNA TECHNOLOGY IN FORENSIC SCIENCE Y NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 1992: *DNA Technology in Forensic Science*, Washington DC: National Academies Press.
- COMOLIO, L. P., 1980: *Il principio di economia processuale*, I, Padova: CEDAM.
- 1987: «Allegazione», en *Digesto delle Discipline Privatistiche / Sezione Civile*, vol. 1, Torino.
- 1989: «Contraddition», en *Digesto delle Discipline Privatistiche / Sezione Civile*, vol. 4, Torino.
- 1996: *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino: G. Giappichelli.
- 2004a: *Le prove civili*, 2ª ed., Torino: UTET.
- 2004b: *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino: G. Giappichelli.
- COMOLIO, L. P.; FERRI, C., y TARUFFO, M., 1998: *Lezioni sul processo civile*, 2ª ed., Milano: Il Mulino.
- CONSO, G., y GREVI, V., 2005: *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova: CEDAM.
- CONSOLO, C., 2004: «Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asturgica e del suo rigeneratore», en *Ordinanza della procedura civile di Franco Giuseppe*, 1895, Milano: Giuffrè.
- CONWAY-JONES, D. M., 2002: «Factual Causation in Toxic Tort Litigation: A philosophical View of Proof and Certainty in Uncertain Disciplines», en *University of Richmond Law Review*, 35.
- CORNÉ, G., y FOYER, J., 1996: *Procédure civile*, 3ª ed., Paris: Presses Universitaires de France.
- COUTURE, E. J., 1989: *Estudios de Derecho Procesal Civil (I)*, Buenos Aires: Depalma.
- COVER, R. M.; FISS, O. M., y RESNIK, J., 1988: *Procedure*, Westbury-New York: West Publishing Company.
- CROSS, S. R., y TAPPER, C., 1990: *On Evidence*, 7ª ed., London: Butterworths Law.
- CUSIMANO, N., 2007: «Le prove nel discorso storico: riflessioni a margine», en ANDO y NICOLACI: *Processo alla prova. Modelli e pratiche di verifica dei saperi*, Roma: Carocci.
- CURZON, L. B., 1986: *Law of Evidence*, 2ª ed., London: Macdonald and Evans Ltd.
- DAMASKA, M. R., 1975: «Presentation of Evidence and Factfinding Precision», en *University of Pennsylvania Law Review*.
- 1986: *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven-London: Yale University Press.

- 1990: «Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence: A Comparative View», en MERRYMAN, J. H., y CLARK, D. S. (eds.): *Comparative and private international law Essays in honor of John Henry Merryman*, Berlin: Duncker and Humblot.
- 1991: *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it., Bologna: Il Mulino.
- 1997: *Evidence Law Adrift*, New Haven-London: Yale University Press.
- 2002: «Adversary Systems», en *Encyclopedia of Crime and Justice (I)*.
- DANET, B., 1980: «Language in the Legal Process», en *Law and Society Review*.
- DANOVÀ, F., 2000: «Note sulla consulenza psicologica nel processo civile», en *Rivista di diritto processuale*.
- DAVID, P., 1991: «Probability and Proof: Some Basic Concepts», en ANDERSON, T., y TWING (eds.): *Analysis of Evidence: How to Do Things with Facts, Based on Wigmore's Science of Judicial Proof*, Evanston, Illinois: Northwestern University Press.
- DAVISON, D., 1984: «True to facts», en *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford: Clarendon Press.
- DE CUPIS, A., 1986: «Il risarcimento della perdita di una "chance"», en *Giurisprudenza Italiana (I)*.
- DE LA OLIVA, A., y DIEZ-PRICAZO GIMÉNEZ, I., 2000: *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- DE SANTIS, F., 1988: *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- DEL CORE, S., 2004: «Il principio di non contestazione nel processo civile: Profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali», en *Giustizia civile (II)*.
- DEN BOER, M., 1996: «A Linguistic Analysis of Narrative Coherence in the Courtroom», en NERHOT, P. (ed.): *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht-Boston-London: Springer.
- DENNIS, I., 1999: *The Law of Evidence*, London: Sweet and Maxwell.
- DENT, V., 1971: «L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei», en *Processo civile e giustizia sociale*, Milano: Di Comunità.
- 1983: *Dall'azione al giudicato*, Padova: CEDAM.
- 1988: «Prova documentale (dir. proc. civ.)», en *Enciclopedia del diritto (XXXVII)*, Milano.
- 1989: *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna: Il Mulino.
- 1992: «L'inversione dell'onere della prova: Rilevi introduttivi», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- DEKSHOWITZ, A., 1996: «Life is Not a Dramatic Narrative», en BROOKS y GEMWITZ (eds.): *Law's Stories, Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven-London: Yale University Press.
- DEVIS ECHANDÍA, H., 1970: *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia.

- DI GIOVINE, O., 2002: «Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*.
- DÍAZ FERNÁNDEZ, A., 2004: *La prueba en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, 2.ª ed., Barcelona: Bosch.
- DOMBOFF, M. A., 1985: *On Direct and Cross-Examination*, New York: John Wiley and Sons Inc.
- DOMINIONI, O., 2005: *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano: Giuffrè.
- DOMI, A., 1979: «L'evoluzione della hearsay rule nel processo civile anglosassone», in *Rivista di Diritto Processuale*, 1 (1) y 2 (34).
- 1985: *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova: CEDAM.
- 1996: «Paradigmi processuali ed "expert witness testimony" nel diritto statunitense», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (IV).
- 1997: «Prova testimoniale nel processo civile», in *Digesto delle Discipline Privatistiche / Sezione Civile* (XVII).
- DREIER, R., 1991: «Irrationalismus in der Rechtswissenschaft», in *Recht - Staat - Vernunft. Studien zur Rechtslehre*, 2.ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag KG.
- DUXBURY, N., 1999: *Random justice: on lotteries and legal decision-making*, Oxford: Clarendon Press.
- EBERLE, N., 1989: *Zur Rhetorik des zivilprozessualen Beweises*, Frankfurt am Main-Berna-New York-Paris: Peter Lang Verlaggruppe.
- EDWARDS, W., 1988: «Summing Up: The Society of Bayesian Trial Lawyers», in TILBERS P., y GREEN E. (eds.): *Probability and inference in the Law of Evidence: The uses and limits of Bayesianism*, Dordrecht-Boston-London: Springer.
- EGLISTON, R., 1978: *Evidence, Proof and Probability*, London: Weidenfeld and Nicolson.
- EHRICH, W., 1970: *The Lost Art of Cross-Examination*, New York: G. P. Putnam's sons.
- EKELÖF, P. O., 1962: «Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis der Ersten Anscheins», en *ZfP* 75.
- ENGEL, H. U., 1992: *Beweisinterlokut und Beweisabschluss im Zivilprozess*, Köln-Berlin: Heymann.
- ENGISCH, K., 1960: *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2.ª ed., Heidelberg: Carl Winter-Universitätsverlag.
- ENZENSBERGER, H. M., 2004: *Gli elisir della scienza. Sguardi trasversali in poesia e in prosa*, trad. it., Torino: Einaudi.
- ESSER, J., y KUCHINKE, K., 1966: «Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung», en KUCHINKE, BOLDING y LANDO (comps.): *Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung*, Frankfurt am Main-Berlin: Metzner.
- FABIANI, M., 2003: «Il valore probatorio della non contestazione dei fatti allegati», en *Corriere Giuridico*.
- FABRINI TOMBARI, G., 1991: «Note in tema di presunzioni legali», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- FAREGA, J. P., 2000: *Teoría general de la prueba*, 2.ª ed., Santa Fe de Bogotá: Temis.
- FARGMAN, D. L., 1999: *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in Law*, New York: W. H. Freeman and Co.
- FARGMAN, D.; KAVE, D.; SAKS, M.; SANDERS J., y CHENG'S, E., 2002a: *Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony*, 4 vols., 2.ª ed., St. Paul, Minnesota: West group publishing.
- 2002b: *Science in the Law. Standards, Statistics and Research*, 3 vols., St. Paul, Minnesota: West group publishing.
- FAREN GUILLEN, V., 2001: «La ley de enjuiciamiento civil de 1881, invariante española (1881-2000)», en *Ley de Enjuiciamiento Civil 1881*, Millán.
- FALCÓN, E. M., 2003: *Tratado de la prueba*, 2 vols., Buenos Aires: Astrea.
- FASCHING, V., 1959-1974: *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, 4 vols. y supl., Wien: Manz.
- 1990: *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrech.*, 2.ª ed., Wien: Manz.
- FASTENRATH, J., 1990: *Arztgutachtenprozess und Beweislastverteilung*, Frankfurt am Main-Berna-otros: Peter Lang Publishing.
- FAZZALARI, E., 1972: «L'imparzialità del giudice civile», in *Rivista di diritto processuale*.
- FEDERAL JUDICIAL CENTER, 2004: *Manual for complex litigation*, 4.ª ed., United States of America: Thomson West.
- FENNER, G. M., 2004: *The Hearsay Rule*, Durham: Carolina Academic Press.
- FERRAJOLI, L., 2007: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vols. 1 y 2, Roma-Bari: Laterza.
- FERRAND, F., 2005: «The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France», en TROCKER y VARANO: *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino: Giappichelli.
- FERRANDO, G., 1996: «Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilità nell'accertamento della filiazione», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- FERRER BEIRAN, J., 2005: *Prueba y verdad en el Derecho*, 2.ª ed., Barcelona: Marcial Pons.
- FERRER BARRIENDOS, A., 2000: «Interrogatorio de las partes», en MONTERO AROCA (comp.): *La prueba*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- FIENBERG, S. E. (comp.), 1989: *The Evolving Role of Statistical Assessments as Evidence in the Courts*, New York: Springer.
- FINKELSTEIN, M. O., 1978: *Quantitative Methods in Law. Studies in the Application of Mathematical Probability and Statistics to Legal Problems*, New York-London: Free Press.
- FINKELSTEIN, M. O., y FARLEY, W. B., 1970: «A Bayesian Approach to Identification Evidence», en *Harvard Law Review*, 83.
- FINKELSTEIN, M. O., y LEVIN, B., 1990: *Statistics for Lawyers*, New York: Springer.

- FISS, O., 2003: *The Law as It Could Be*. New York-London: NYU Press. Hay traducción castellana: *El derecho como razón pública*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.
- FONT SERRA, E., 2000: «El dicamen de peritos en la nueva ley de enjuiciamiento civil», en MONTERO AROCA (comp.): *La prueba*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- FOSTER, K. R., y HUBER P. W., 1999: *Judging Science. Scientific Knowledge and the Federal Courts*. Cambridge-Massachusetts-London: MIT Press.
- FRANK, J., 1950: *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*. Princeton: Princeton University Press.
- FRANKEL, M. E., 1975: «The Search for Truth: An Empirical View», en *University of Pennsylvania Law Review*, 123.
- FRECKELTON, J., 1987: *The Trial of the Expert*. Melbourne: Oxford University Press.
- FREEDMAN, M. H., 1966: «Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions», en *Michigan Law Review*, 64.
- 1975: «Judge Frankel's Search for Truth», en *University of Pennsylvania Law Review*, 123.
- FRIEDENTHAL, J. H.; KANE, M. K., y MULLER, A. R., 1985: *Civil Procedure*. St. Paul, Minnesota: West Group.
- FRIEDENTHAL, J. H., y SINGER, M., 1985: *The Law of Evidence*. Mineola-New York: Thomson West.
- FRIEDMAN, L. M., 1985: *A History of American Law*, 2.ª ed. New York: Simon and Schuster.
- 1999: *The Horizontal Society*. New Haven-London: Yale University Press.
- FROSINI, B. V., 2002: *Le prove statistiche nel processo civile e en el processo penale*. Milano: Giuffrè.
- FRUS, 1991: «Note sull' onere di "prendere posizione" nel processo del lavoro», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- FULLER, L. L., 1961: «The Adversary Systems», en *Talks on American Law*, New York: Harold J. Berman.
- GADAMER, H. G., 1972: *Wahrheit und Methode*. Tübinge: Brill.
- GAHTAN, A., 1999: *Electronic Evidence*. Toronto: Carswell.
- GALLAGHER, W. H., 1976: «Technique of Cross-Examination», en BODIN (comp.): *Civil Litigation and Trial Techniques*. New York: Practising Law Institute.
- GARCÍA GRANDE, M., 2005: *Las cargas probatorias dinámicas: Inaplicabilidad*. Argentina: Jurs.
- GARCIMARTÍN MONTERO, R., 1997: *El Objeto de la Prueba en el Proceso Civil*. Barcelona: Cedebs.
- GÄRDENFORS P.; HANSSON B., y SAHLIN N. E. (comps.), 1983: *Evidentiary Value: Philosophical, Judicial and Psychological Aspects of a Theory*. Lund: CWV Gleerups.
- GARGARELLA, R., 1999: *Las teorías de las justicias después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.
- GASÓN ABELLÁN, M., 2002: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

- GASKINS, R. H., 1992: *Burdens of Proof in Modern Discourse*. New Haven-London: Yale University Press.
- GASTWIRTH, J. L., 2000: *Statistical Science in the Courtroom*. New York: Springer.
- GATOWSKI, S. I., 2001: «Asking the Gatekeepers: A National Survey of Judges on Judging Expert Evidence in a Post-Daubert World», en *Law and Human Behaviour*, 25.
- GAUBER, M. E., 2002: «Admissibility of expert testimony. Daubert revisited: the "what" and the "how" of Daubert challenges to expert testimony under the new Federal Rule of Evidence 702», en *Pennsylvania Bar Association Quarterly*, 73.
- GERLEIN, M., 2001: *Zivilprozessrecht nach der ZPO-reform 2002. Ein Leitgeden für Ausbildung und Praxis*. München: Verlag C. H. Beck.
- GERBER, R. J., 1987: «Victory vs. Truth: The Adversary System and Its Ethics», en *Arizona State Law Journal*.
- GHESTIN, J., y GOUBEAUX, G., 1977: «Introduction Générale», en GHESTIN (comp.): *Traité de droit civil*, vol. 1. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence.
- GIANNELLI, P. C., 2003: *Understanding Evidence*. New York: LexisNexis.
- GIANNELLI, P. C., e IAWINKERKED, E. J., 1999: *Scientific Evidence*, 3.ª ed. Charlottesville: Lexis Law Publishing.
- GILLES, P., 1985: «Der Prozess als Mittel zur rechtlichen Konfliktlösung. Staatliches Justiz - gerichtliches Verfahren - richterliche Entscheidung», en GANNI (comp.): *Einführung in das Recht*. Heidelberg: C. F. Müller Juristische.
- GUSSENS, J., 1963: «La preuve en Europe du xvii^e au début du xix^e siècle», en *La preuve. Recueil de la Société Jean Bodin* (XVII), Bruxelles.
- GIULIANI, A., 1988: «Prova», en *Enciclopedia del Diritto* (XXXVII). Milano.
- GUSSANI, A., 1988: «Le "mass tort class actions" negli Stati Uniti», in *Rivista Critica del Diritto privato*.
- 1989: «La prova statistica nelle "class actions"», en *Rivista di diritto processuale*.
- GMEHLING, B., 1988: *Die Beweislastverteilung bei Schäden aus Industriemissionen*. Köln-otros: Carl Heymanns Verlag KG.
- GOODSTEIN, D., 2000: «How Science Works», en *Reference Manual on Scientific Evidence*, 2.ª ed. United States of America: Federal Judicial Center.
- GOLDMAN, A., 1999: *Knowledge in a Social World*. Oxford: Oxford University Press.
- GOMEZ COLOMER, J. L.; MONTERO AROCA, J.; MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VLAAR, 2001: *Derecho Jurisdiccional, II: Proceso civil*, 10.ª ed. Valencia: Tirant to Blanch.
- GOTTWALD, P., 1979: *Schadenzurechnung und Schadensschätzung*. München.
- 1995: «Germany», en SAFI (comp.): *The Probative Value of Testimony in Private Law*. The Hague: Kluwer Law International.
- 1999: «Civil Justice Reform: Access, Cost and Expedition. The German Perspective», en ZUCKERMAN (ed.): *Civil Justice in Crisis*. Oxford: Oxford University Press.

- 2000: «Das flexible Beweismass in Englischen und Deutschen Zivilprozessen», en GOTTWALD, P. (comp.): *Festschrift für Dieter Henrich*, Bielefeld: Gieseking.
- GRAHAM, M. H., 2000: «The Expert Witness Predicament: Determining "Reliable" Under the Gatekeeping Test of Daubert, Kumho, and Proposed Amended Rule 702 of the Federal Rules of Evidence», en *University of Miami Law Review*, 54.
- 2002: *Evidence. An Introductory Problem Approach*, St. Paul, Minnesota: Thomson West.
- 2003: *Federal Rules of Evidence*, 6^a ed., St. Paul, Minnesota: Thomson West.
- GRAZIOSI, A., 2003: «La nuova efficacia probatoria del documento informatico», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- GREGER, R., 1978: *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, Köln-Berlin-otros: Erlangen-Nürnberg.
- GREEN, M. D.; FREEDMAN, D. M., y GORDIS, L., 2000: «Reference Guide on Epidemiology», en *Reference Manual on Scientific Evidence*, 2^a ed., United States of America: Federal Judicial Center.
- GRIEPE, P., 1989: *Studies in the way of words*, Cambridge-Massachusetts-London: Harvard University Press.
- GRIVART DE KERSTRAAT, F., 1981: *Le rôle du master dans l'instruction du procès civile en Angleterre*, Milan-Bruxelles: Giuffrè.
- GROSS, S. R., 1991: «Expert Evidence», en *Wisconsin Law Review*.
- GUARNIERI, C., y ZANNOTTI, F. (eds.), 2006: *Giusto Processo?*, Padova: CEDAM.
- GRUVÉ, M. A., 1976: «Introduzione: profili generali del processo civile sovietico», en *Ricerche sul processo. I-II processo civile sovietico*, Padova, Existe traducción al castellano: *Derecho procesal civil soviético*, México: Instituto de Derecho Comparado- Universidad Nacional Autónoma de México.
- GUZMAN, 2004: «Algunos interrogantes difíciles de responder en la actividad probatoria del juez civil (Derecho Procesal Comparado español-argentino)», en *Revista de Derecho Procesal* (número extraordinario).
- HAACK, S., 1998: *Manifiesto of a Passionate Moderate. Unfashionable essays*, Chicago-London: University of Chicago Press.
- HASCHERD, W., 1984: «Das Recht auf den Beweis und der Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes», en *SJZ*, 80.
- HACKING, I., 1975: *The Emergence of Probability*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1999: *The Social Construction of What?*, Cambridge-Massachusetts-London: Harvard University Press.
- 2004: *The Taming of Chance*, Cambridge: Cambridge University Press.
- HANNICH, R.; MEYER SEITZ, C., y ENGBERS, M., 2002: *ZPO-Reform*, Köln: Bundesanzeiger.
- HART, H. L. A., y HONORE, T., 1959: *Causation in Law*, New York: Oxford-Clarendon Press.
- HASTIE, R. (ed.), 1993: *Inside the Juror: The Psychology of Juror Decision Making*, Cambridge, New York: Cambridge University Press.

- HAY, B. L., 1997: «Allocating the Burden of Proof», en *Indiana Law Journal*, 72.
- HAYDOCK, R. S., y HERR, D. F., 1983: *Discovery: Theory, Practice and Problems*, Boston-Toronto: Little Brown Co.
- HAYS, M., 1976: «Tactics in Direct Examination», en BOBIN (comp.): *Civil Litigation and Trial Techniques*, New York: Practising Law Institute.
- HAZARD, G. C., y DONDI, A., 2004: *Legal Ethics. A Comparative Study*, Stanford: Stanford University Press.
- HAZARD, G. C.; TART, C. C., y FLETCHER, W. A., 1999: *Cases and Materials on Pleading and Procedure. State and Federal*, 8^a ed., New York.
- HAZARD, G. C., y TARUFFO, M., 1993: *American Civil Procedure. An Introduction*, New Haven-London: Yale University Press.
- HANMÜLLER, D., 1966: *Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitsart im heutigen deutschen Schadensersatzprozess*, Tübinge: Mohr.
- HENNINGER, S. D., 2000: «Persuasive Proof», en *Trial*, 36.
- HENSLER, D. R., 2001: «Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigations», en *Duke Journal of Comparative and International Law*, 11.
- HENSLER, D.; PAGE, N. M.; DOMBERY-MOORE, B.; GIDDENS, B.; GROSS, J., y MOELLER, E., 2000: *Manual for Complex Litigation, Class Actions Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, Santa Mónica, CA: Rand Institute for Civil Justice.
- HINOSTROZA MINQUEZ, A. J., 2000: *La prueba en el proceso civil*, 2^a ed., Lima: Gaceta Jurídica.
- HOFFER, P. C., 1997: *The Salem Witchcraft Trials. A Legal History*, Lawrence, Kansas: University Press of Kansas.
- HOLZHAMMER, R., 1976: *Österreichischen Zivilprozessrecht*, 2^a ed., Wien-New York.
- HOOPER, L.; CECIL, J., y WILLIAMS, T., 2001: *Neutral Science Panels. Two Examples of Panels of Court-Appointed Experts in the Breast Implants Product Liability Litigation*, United States of America: Federal Judicial Center.
- HROUSCHKA, J.: 1965: *Die Konstitution des Rechtsfalles*, Berlin: Duncker & Humblot.
- HUSER, M., 1983: «Das Beweismass im Zivilprozess», en *Prozessrechtliche Abhandlungen*, 56, Köln-Berlin-otros.
- HUSER, P. W., 1990: «Junk Science and the Jury», en *University of Chicago Legal Forum*.
- 1991: *Galileo's Revenge. Junk Science in Courtroom*, New York: Basic Books.
- HUFER, J., y MAISTL, H., 1989: *Droit de l'informatique et des Télécommunications*, Paris: Liéc.
- IZZO, U., 2004: *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova: CEDAM.
- JACKSON, B. S., 1985: *Semiotics and Legal Theory*, London-New York: Routledge y Kegan Paul.
- 1983a: *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside: Deborah Charles Publications.

- 1988b: «Narrative Models in Legal Proof», en *International Journal of Semiotics in Law*.
- JACKSON, J. D., 1983: «Questions of Fact and Questions of Law», en TWINING (comp.): *Facts in Law: Association for Legal and Social Philosophy, Ninth Annual Conference at Haulfield College, University of Durham*, Wiesbaden: Franz Steiner Verlag Wiesbaden GmbH.
- 1988: «Theories of Truth Finding in Criminal Procedure: An Evolutionary Approach», en *Cardozo Law Review*, 10.
- JACOB, J. I. H., 1985: «Justice between Man and Man», en *Current Legal Problems*, 230.
- 1987: *The Fabric of English Civil Justice*, London: Sweet and Maxwell.
- JAMES, F.; HAZARD, G.; y LEUBSDORF, J., 1992: *Civil Procedure*, 4.^a ed., Boston-Toronto-London: Little Brown.
- JASANOFF, S., 2001: *La ciencia davanti ai giudici*, trad. it., Milano: Giuffrè.
- JACHENIC, O., 1991: *Zivilprozessrecht*, 23.^a ed., München: Verlag C. H. Beck.
- JOHNSON-LAIRD, P. N., 1999: «Causation, Mental Models, and the Law», en *Brooklyn Law Review*, 65.
- JOLOWICZ, J. A., 1975: «The Active Role of the Court in Civil Litigation», en JOLOWICZ y CAPPELLETTI (eds.): *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milan-New York: Cambridge University Press.
- 1983: «The Dilemmas of Civil Litigation», en *Israel Law Review*, 18.
- 1987: «Vérité et Justice (la vérité et le procès)», "Rapport Anglais", en TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPRANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE: *La vérité et le droit*, t. XXXVIII, Paris: Economica.
- 1996: «The Woolf Report and the Adversary System», en *Civil Justice Quarterly*.
- 2003: «Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure», en *International Comparative Law Quarterly*.
- KADANE, J., y SCHUM, D., 1996: *A Probabilistic Analysis of the Sacco and Vanzetti Evidence*, New York: Wiley-Interscience.
- KAGAN, R. A., 2001: *Adversarial Legalism. The American Way to Law*, Cambridge-Massachusetts-London: Harvard University Press.
- KAYE, D. H., y ACKIN, M., 1986: *Statistical Methods in Discrimination Litigation*, New York: CRC Press.
- KAYE, D. H., y FREEDMAN, D. A., 2000: «Reference guide on statistics» en *Reference Manual on Scientific Evidence*, 2.^a ed., United States of America: Federal Judicial Center.
- KELMAN, G., 1984: «Trashing», en *Stanford Law Review*, 26.
- KHEIMANOVICH, J. L., 1996: *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- KIRALFY, A. K. R., 1987: *The Burden of Proof*, Abingdon: Butterworths Law.
- KLAMM, H. T.; GRANS, M.; y SORVETTULA, J., 2000: *Law and Truth. A Theory of Evidence*, Helsinki.

- KLINCK, D. R., 1994: «Evidence as Rhetoric: A Semiotic Perspective», en *Ottawa Law Review*, 26.
- KOCH, H. J., y RÜSSMANN, H., 1982: *Juristische Begründungslehre - Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München: Verlag C. H. Beck.
- KOHLER, J. J., y SHAWRO, D. N., 1990: «Verdical Verdicts: Increasing Verdict Accuracy Through the use of Overtly Probabilistic Evidence and Methods», en *Cornell Law Review*, 75.
- KORNSTEIN, D. J., 1976: «A Bayesian Model of Harmless Error», en *Journal of Legal Studies*, 5, University of Chicago.
- KORKOUSIS, M. N., 1990: *Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozess, insbesondere bei der Zeugenvernehmung*, Frankfurt am Main: Berna: P. Lang.
- KRALEWSKI, W., 1977: *Correspondence Principle and the Growth of Science*, Dordrecht-Boston: D. Reidel.
- LAGRARD, X., 1994: *Reflection critique sur le droit de la preuve*, Paris: LGDJ.
- LANDINI, S., 2003: «Causalità giuridica e favor veritatis», en *Rivista di Diritto Civile*.
- LANDSBERG, G., y LULLING, W., 1990: «Das neue Umwelthaftungsgesetz», en *DE. LANDSMAN, S.*, 1984: *The Adversary System: A Description and Defense*, Washington-London: American Enterprise Institute.
- LANGBEN, J. H., 1985: «The German Advantage in Civil Procedure», en *University of Chicago Law Review*, 52.
- 2003: *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford-New York: Oxford University Press.
- LAENZ, K., 1979: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4.^a ed., Berlin-New York: Duncker & Humblot.
- LAUDAN, L., 2003: «Is Reasonable Doubt Reasonable?», en *Legal Theory*, 9.
- LAURISA, F., 1999: *Causalità. Storia di un modello di conoscenza*, Roma: Carocci.
- LECLERCQ, P., 2000: «Le nouveau droit civil et commercial de la preuve et le rôle du juge», en *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Actes du colloque du 24 mars 2000, organisé par la Cour de cassation, l'Université René Descartes, Paris: la Documentation française.
- LEDERMAN, N., 2000: «Judges as Gatekeepers: The Admissibility of Scientific Evidence Based on Novel Theories», en BLOM y DONMONT (comps.): *Science, Truth and Justice/Science, Vérité et Justice*, Montréal: Thémis.
- LEGAIS, R., 1955: *Les règles de preuve en droit civil*, Paris: LGDJ.
- LEPPOLD, D., 1966: *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Berlin: Duncker & Humblot GmbH.
- LEMPERT, L., 1977: «Modeling Relevance», en *Michigan Law Review*, 75.
- LEMPERT, R. O.; GROSS S.; y LIEBMAN, J. S., 2000: *A Modern Approach to Evidence*, 3.^a ed., St. Paul, Minnesota: Thomson West.
- LEMPERT, R. O., y SALTZBURG, S. A., 1982: *A Modern Approach to Evidence: Text, Problems, Transcripts*, St. Paul, Minnesota: West Publishing Company.
- LENOBLE, J., 1990: «Narrative Coherence and the Limits of Hermeneutic Paradigms», en NEGROT, P. (ed.): *Law, Interpretation and Reality. Essays in*

- Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*. Dordrecht-Boston-London: Springer.
- LEVY, J. P., 1963a: «L'évolution de la preuve, des origines à nos jours», en *La preuve, Recueils de la Société Jean Bodin* (XVII), Bruxelles.
- 1963b: «Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Âge», en *La preuve. Recueils de la Société Jean Bodin* (XVII), Bruxelles.
- 1981: «Les classifications des preuves dans l'histoire du droit», en PERELMAN: *La preuve en droit*, Bruxelles; E. Bruylant.
- LEVY-BRUHL, H., 1964: *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Paris: Riviere.
- LIBERMAN, E. T., 1962: «Fondamento del principio dispositivo», en *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano.
- LILLY, G. C., 1987: *An Introduction to the Law of Evidence*, 2.^a ed., St. Paul, Minnesota: West Group.
- LIND, E. A., y TYLER, T. R., 1988: *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York-London: Springer.
- LITWITZ, D. E., 1997: *Postmodern Philosophy and Law*, Lawrence, Kansas: University Press of Kansas.
- LUCCH, X. A., y PICO I JUNOY, J., 2003: *Los Poderes del Juez Civil en Materia probatoria*, Barcelona: Bosch.
- LOMBARDO, L. G., 1992: «Riflessioni sull'attualità della prova legale», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- 2007: «La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto», en *Rivista di diritto processuale*.
- LOUÉ, S., 2000: «Epidemiological Causation in the Legal Context: Substance and Procedure», en GASTWIRTH (ed.): *Statistical Science in the Courtroom*, New York: Springer.
- LUBET, S., 1998: *Expert Testimony: A Guide for Expert Witnesses and the Lawyers who Examine Them*, Notre Dame, Indiana: National Institute for Trial Advocacy.
- 2000: *Modern Trial Advocacy*, Chicago: National Institute for Trial Advocacy.
- LUHMANN, N., 1969: *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Berlin: Hermann Luchterhand Verlag.
- LUISO, F. P., 1992: *Il processo del lavoro*, Torino: UTET.
- LUZANI, C., 1990: *La vaghezza delle norme, un analisis del linguaggio giuridico*, Milano: Giuffrè.
- LYNCH, M. P., 2007: *La verità e i suoi nemici*, trad. It., Milano: Raffaello Cortina.
- MAASSEN, B., 1975: *Beweismassprobleme im Schadensersatzprozess*, Köln-otros: Heymanns.
- MACCORMIK, N., 1983: «Coherence in Legal Justification», en PEZHENICK, LINDAHL y VAN ROERMUND (comps.): *Theory of Legal Science: Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Dordrecht-Boston-Laancaster: Reidel Publishing Co.
- 1984a: «On Reasonableness», en PERELMAN y VAN DER ELST (comps.): *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles: E. Bruylant.

- 1984b: «Coherence in Legal Justification», en KEAWEERS, W. (ed.): *Theorie der Normen. Festschrift für Ora Wenberger zum 65. Geburtstag*, Berlin: Duncker and Humblot.
- 1992: «Further Thoughts about Institutional Facts», en *International Journal of Semiotics in Law*, 13.
- MACCORMICK, N., y WENBERGER, O., 1986: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Boston-London-Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- MAIDONE, D. M., y ZWIER, P. J., 2000: *Effective Expert Testimony*, New York: National Institute for Trial Advocacy.
- MANSFIELD, J. H., 1991: «Evidential Use of Litigation Activity of the Parties», en *Syracuse Law Review*, 43.
- MARBURGER, P., 1986: *Wissenschaftlich-technischer Sachverstand und richterliche Entscheidung im Zivilprozess*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.
- MARCONI, D., 2007: *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino: Einaudi.
- MARCUS, R. L., 1986: «The Revival of Fact-Pleading under the Federal Rules of Civil Procedure», en *Colorado Law Review*, 86.
- MARTY, G., 1929: *La distinction du fait et du droit. Essay sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges du fait*, Paris: Sirey.
- MAUET, T. A., 1992: *Fundamentals of Trial Techniques*, 3.^a ed., Boston: Little Brown and Co. Law.
- MAUET, T. A., y WOLFSON, W. D., 2001: *Trial Evidence*, 2.^a ed., Gaithersburg-New York: Aspen Publishers Inc.
- MAZEAUD, J., MAZEAUD, L., y CHABAS, F., 2000: *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit* (I), 12.^a ed., Paris: Monchrestien.
- MAZZONI, G., 2003: *Si può credere a un testimone?*, Bologna: Il Mulino.
- MEADOW SUNSTEIN, W., 2001: «Statistics, Not Experts», en *Duke Law Journal*, 51.
- MENASHE, D., y SHAMASH, H. E., 2005: «The Narrative Fallacy», en *International Commentary on Evidence*, 3.
- MERLO, G. G., 2006: *Streghe*, Bologna: Il Mulino.
- MICHEL, G. A., 1966: *Onere della prova*, Padova: CEDAM.
- MILLER, A. R., 1984: «The Adversary System: Dinosaur or Phoenix», en *Minnesota Law Review*, 69.
- MILLER, Ch. J., 2000: *Contempt of Court*, Oxford: Oxford University Press.
- MILLER GERALD, R., y BURGOON, J. K., 1982: «Factors Affecting Assessments of Witness Credibility», en KERR y BRAY (comps.): *The Psychology of the Courtroom*, San Diego-New York-otros: Academic Press Inc.
- MINDA, G., 1995: *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at the Century's end*, New York-London: New York University Press.
- MONAHAN, J., y WALKER, L., 1990: *Social Sciences in Law, Cases and Materials*, 2.^a ed., New York: Foundation Press.
- MONATERI, P. G., 1998: *Le fonti delle obbligazioni. La responsabilità civile* (3), Torino: UTET.
- 2003: «I Mass Torts: dalla r.c. al contratto "politico"», en *Responsabilità civile e previdenza*.
- MONTALEONE, G., 2000: *Diritto processuale civile*, Padova: CEDAM.

- 2001: «Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.», in *Giustizia Civile*.
- 2003: «Principi e ideologia del processo civile: impressioni di un "revisivista"», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- 2005: «L'attuale dibattito sugli "orientamenti pubblicistici" del processo civile», in *www.judiciali.it*.
- MONTERO AROCA, J. (comp.), 2000: *La prueba*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- 2001a: «Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad», in *Teoría Unitaria del Proceso*. Argentina: Editorial Iuris.
- 2001b: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 2002: *La prueba en el proceso civil*, 3.ª ed. Madrid: Civitas.
- 2004: «Il processo civile "sociale" come strumento di giustizia autoritaria», in *Rivista di diritto processuale*, 570.
- MONTESANO, L., 1978: «Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- MONTICELLI, N., 2003: «Responsabilità civile e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile», in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*.
- MONTÓN RENDÓN, A., 2000: «Medios de reproducción de la imagen y el sonido», in MONTERO AROCA (comp.): *La prueba*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- MORSCH, R., 1978: «Vom Prozess als Beweis zum Überwiegenprinzip», in *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht, Gedächtnisschrift für Jürgen Kötz*. Berlin-otros.
- MÜLLER, J., 1991: *Parteien als Zeugen*. Frankfurt am Main: P. Lang.
- MUELLER, C., y KIRKPATRICK, L. C., 2003: *Evidence*, 3.ª ed. New York: Aspen Publishers, Inc.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: 2000-2002* (I), 2.ª ed., München: Verlag C. H. Beck.
- MONKS, A., 1991: *Vom Parteielid zur Parteivernehmung in der Geschichte des Zivilprozesses*. Köln-otros: Hymanns.
- MUNOZ SABATE, L., 1967: *Técnica probatoria*. Barcelona: Praxis.
- MURRAY, P. L., y STRUBNER, R., 2004: *German Civil Justice*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.
- MUSIELAK, H. J., 1975: *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*. Berlin-New York: De Gruyter.
- 1991: *Grundkurs ZPO*, 2.ª ed. München: Verlag C. H. Beck.
- MUSIELAK, H. J., y STADLER, M., 1984: *Grundfragen des Beweisrechts*. München: Verlag C. H. Beck.
- NAGEL, E., 1967: *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess*. Baden: Nomos-Verlagsges.
- NEHERT, P. (ed.), 1990: *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*. Dordrecht-Boston-London: Springer.
- NEUMANN, F. L., 1973: *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, trad. it., Bologna: Il Mulino.

- NICOLETTI, C. A., 1982: *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*. Rimini: Maggioli.
- NINILUOTO, I., 1987: *Truthlikeness*. Dordrecht-Boston-Londres: Springer.
- NISBETT, R. E., y ROSS, L., 1980: *Human Inference. Strategies and Shortcomings of Social Judgement*. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice Hall.
- 1989: *L'infirmeria umana. Strategie e lacune del giudizio sociale*, trad. it., Bologna: Il Mulino.
- NORRIL, M., 1974: *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè.
- 2003: «Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi vent'anni», in *Italiana di Diritto Procedura Penale*.
- NORR, K. W., 1967: *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Index secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*. München: Verlag C. H. Beck.
- NORRIS, C., 1990: *What's wrong with Postmodernism: Critical Theory and the End of Philosophy*. Baltimore: Harvester Wheatsheaf.
- 2005: *Epistemology. Key concepts in philosophy*. London-New York: Continuum International Publishing Group Ltd.
- NORMAND, J., 1965: *Le juge et le litige*. Paris: LGDJ.
- ORDONO ARTES, C., 2000: «La prueba de reconocimiento judicial en la nueva ley de enjuiciamiento civil», in MONTERO AROCA (comp.): *La prueba*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- OREZA, E., 2002: «El juez ante la tensión entre libertad e igualdad», in *Rivista de Derecho Procesal* (número extraordinario).
- PACCIS, F. M., 2000: «Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costituzione giurisprudenziale», in *Diritto della responsabilità civile*.
- PAETZOLD, R. L., y WILBORN, S. L., 1994: *The Statistics of Discrimination. Using Statistical Evidence in Discrimination Cases*. Colorado: Shepard's McGraw-Hill.
- PANTLE, N., 1990: *Die Beweisunmittelbarkeit im Zivilprozess*. Frankfurt am Main-Berlin: P. Lang.
- PARDO, M. S., 2000: «Juridical Proof. Evidence and Pragmatic Meaning: Toward Evidentiary Holism», in *Northwestern Law Review*, 95.
- PARRA QUIRANO, J., 2004: *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Bogotá: Temis.
- PASSAVANTE, L., 2000: «La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- PASTORE, B., 1996: *Giudizio, prova, ragion pratica*. Milano: Giuffrè.
- PATTENDEN, R., 1988: «The Risk of Non-Persuasion in Civil Trials: The Case against a Floating Standard of Proof», in *Civil Justice Quarterly*, 7.
- PATT, S., 1985: «Libero convincimento e valutazione delle prove», in *Rivista di diritto processuale*.
- 1987: *Prove. Disposizioni generali*. Bologna-Roma: Zanichelli.
- 1990: «Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto», in *Rivista di Diritto civile* (I).
- 1991: «Documento», in *Digesto delle Discipline Privatistiche / Sezione Civile* (VII), Torino.

- PAWLOWSKI, H. M., 1954: *Der prima-facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen*. Münster: Aschendorff.
- PAVE, P., 2002: «Tutela e curatela dei minori», in LENTI, L. (ed.): *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Milano.
- PECKHAM, R. F., 1981: «The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition», in *California Law Review*, 69.
- PECKHAM, R. F., 1989: *On Law and Reason*. Dordrecht-Boston-London: Kluwer.
- 1990: «Coherence, Truth and Rightness in the Law», in NERHOT, P. (ed.): *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*. Dordrecht-Boston-London: Springer.
- PELLER, G., 1985: «The Metaphysics of American Law», in *California Law Review*, 73.
- PENNINGTON, N., y HASTIE, R., 1991: «A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model», in *Cardozo Law Review*, 13.
- PERLEMAN, Ch., 1963: «La Spécificité de la preuve juridique», in *La Preuve, Recueils de la Société Jean Bodin (XIX)*, Bruxelles.
- PARROT, R., 1983: «Le droit à la preuve», in Haaschard (ed.): *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld: Gieseking.
- PETERS, C. H., 1997: «Adjudication as Representation», in *Colorado Law Review*, 97.
- PICÓ I JUNOV, J., 1996: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: Bosch.
- 2003: «Los principios del nuevo proceso civil español», in *Revista Peruana de Derecho Procesal*, VII.
- PINO, G., 1998: «Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni», in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*.
- Pizza, C., 1997: *Eventi e cause. Una prospettiva condizionalista*, Milano: Giuffrè.
- POSTEMA, G. J., 1986: *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford: Clarendon Press.
- Pozzo, B., 1991: «La responsabilità per danni all'ambiente in Germania», in *Rivista di Diritto Civile* (I).
- PRANDI, M., 1994: «Metafore e verità», in BORUTTI y PAVE, *Confini della filosofia. Verità e conoscenza nella filosofia contemporanea*, Pavia: Ibis.
- PROTO PISANI, A., 2003: «Allegazione dei fatti e principio di contestazione nel processo civile», in *Foro Italiano* (I).
- PUTTING, H., 1983: *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, München: Verlag C. H. Beck.
- QUINE, W., 1990: *The Pursuit of Truth*, Cambridge-Massachusetts-London: Harvard University Press.
- RAMOS MENDEZ, F., 1990: *Derecho procesal civil*, 2 vols., 4.ª ed., Barcelona: Bosch.
- RECHSBERGER, W. H., y KODER, G. E., 2004: «L'ordinanza della procedura austriaca del 1895», in *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giamppe 1895*, Milano.
- REDEKER, H., 1984: «Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextrdienst», in *NWJ*.

- REDMAYNE, M., 1999: «Standards of Proof in Civil Litigation», in *Modern Law Review*, 62.
- RESNICK, J., 1982: «Managerial Judges», in *Harvard Law Review*, 96.
- RICCI, G. F., 1990: *Premesse ad uno studio sulle prove atipiche*, Arezzo: Tipografe riunite.
- 1998: «Prove e argomenti di prova», in *Rivista trimestrale di Diritto e procedura Civile*.
- RIMMELSPÄCHER, B., 2002: *Zivilprozessreform 2002 / Zusammenge stellt und eingeleitet*, München: Verlag C. H. Beck.
- ROM, K. F., y MACHURA, S. (eds.), 1997: *Procedural Justice*, Aldershot-Brookfield-Singapur-Sydney: Dartmouth Pub Co.
- ROMANO, A., 2005: *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, Torino: Giappichelli.
- ROMME, O., 1989: *Der Anscheinsbeweis im Gefüge vom Beweiswärtigung, Beweismass und Beweislast*, Köln-Berlin-otros: Heymanns.
- ROTTY, R. (comp.), 1998: *Truth and Progress. Philosophical Papers*, vol. 3, Cambridge-Massachusetts: Cambridge University Press.
- ROSENBERG, L., 1965: *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, 5.ª ed., München: Verlag C. H. Beck.
- ROTHSTEN, P.; RAEDER, M., y CRUMP, D., 2003: *Evidence*, 4.ª ed., St. Paul, Minnesota: West Group Publishing.
- RUBINFELD, D., 1998: «Reference Guide on Multiple Regression», in *Yale Law Journal*, 107.
- 2000: «Reference Guide on Multiple Regression», in *Reference Manual on Scientific Evidence*, 2.ª ed., United States of America: Federal Judicial Center.
- RUMBAUT, R., 1990: *Giudizio e decisione. Teorie ed applicazioni della psicologia della decisione*, Bologna: Il Mulino.
- RYCHLAK, R., 1995: *Real and Demonstrative Evidence: Applications and Theory*, Charlottesville: Lexis Nexis.
- SAFAL, H. (comp.), 1995: *La valeur du témoignage en Droit Civil: The Probative Value of Testimony in Private Law*, La Hague: Kluwer Law International.
- SAKS, M. J., y KIRD, R., 1980-1981: «Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics», in *Law and Society Review*, 15.
- SAKS, M. J., y VAN DUIZEND, R., 1983: *The Use of Scientific Evidence in Litigation*, Virginia: National Center for State Courts.
- SAUTZBURG, S. A., 1978: «The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge», in *Virginia Law Review*, 64.
- SAUTZBURG, S. A.; MARTIN, M. M., y CAPRA, D. J., 2002: *Federal Rules of Evidence Manual*, 5 vols., 8.ª ed., Newark-New York: Matthew Bender & Co.
- SAUTZBURG, S. A., y REDDEN, K. R., 1977: *Federal Rules of Evidence: Manual*, Charlottesville: Michie Co.
- SALVIONI, G., 1977: *Storia della procedura civile e criminale*, Milano: Hoepli.
- SANDERS, J., 2001: *Bendectin on Trial. A Study of Mass Tort Litigation*, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- SATRA, S., 1947: «In difesa del codice di procedura civile», in *Foro Italiano*, IV.

- SCHAFFER, B., 1988: «The Construction of Probability Arguments», in TILERS y GREEN (eds.): *Probability and inference in the Law of Evidence: The uses and limits of Bayesianism*, Dordrecht-Boston-London: Springer.
- SCHAFFER, F., 2003: *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge-Massachusetts-London: Harvard University Press.
- SCHELLHAMMER, K., 1982: *Zivilprozess*, Heidelberg: C. F. Müller.
- SCHKLAR, J., 1998: «DNA Evidence in Courtroom: A Social-Psychological Perspective», in FREEMAN y REECE (eds.): *Science in Court*, Aldershot, Brookfield, Vt.: Ashgate-Dartmouth.
- SCHLOSSER, P., 1983: *Zivilprozessrecht I (Erkenntnisverfahren)*, München.
- SCHNEIDER, E., 1987: *Beweis und Beweiswürdigung*, 4.ª ed., München: F. Vahlen.
- SCHOPENHAUER, A., 1988: *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Zürich: Hoffmanns Verlag.
- SCHOPFELIN, M., 1991: *Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess*, Frankfurt am Main-Berna-otros: P. Lang.
- SCHREIBER, K., 1982: *Die Urkunde im Zivilprozess*, Berlin: Duncker & Humblot GmbH.
- SCHREIBER, R., 1968: *Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess*, Berlin-Heidelberg-New York: Springer.
- SCHUCK, P., 1986: *Agent Orange on Trial. Mass Toxic Disaster in the Courts*, Cambridge, Massachusetts: Belknap-Harvard University Press.
- SCHUM, D. A., 1987: *Evidence and Inference for the Intelligent Analyst*, vols. 1 y 2, Lanham-New York-London: University Press of America.
- 1988: «Probability and the Process of Discovery, Proof and Choice», en TRILLERS y GREEN (eds.): *Probability and inference in the law of evidence: The uses and limits of Bayesianism*, Dordrecht-Boston-London: Springer.
- 1994: *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Evanston, Illinois: Wiley-Interscience.
- SCHUM, D. A., y MARTIN, A. W., 1982: «Formal and Empirical Research on Cascaded Inference in Jurisprudence», en *Law and Society Review*, 17.
- SCHWAR, K. H., 1978: «Zur Abkehr moderner Beweislehren von der Normen-theorie», en *Festschrift Bruns*, Köln-otros.
- SCHWARZER, W. W., y DEGL, J. S., 2000: «Management of Expert Evidence», en *Reference Manual on Scientific Evidence*, United States of America: Federal Judicial Center.
- SCHWENK, W., 1969: *System der Beweislast im Englisch-amerikanischen Zivilprozess*, Karlsruhe: C. F. Müller.
- SEARLE, J., 1980: *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1996: *La costruzione della realtà sociale*, trad. it., Milano: Edizioni di Comunità.
- 1998: *Mind, Language and Society. Philosophy in the Real World*, New York: Basic Books.
- SERGIO, G., 2002: «La Giustizia Minorile. Funzioni, Competenze, Struttura. Prospettive di Riforma», en LENZI (ed.): *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Milano: Giuffrè.

- SEVERI, C., 2003: «Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile», en *Responsabilità civile e previdenza*.
- SHAFFER, D. R., 1985: «The Defendant's Testimony», en KASSIR y WRIGHTSMAN (eds.): *The Psychology of Evidence and Trial Procedures*, Beverly Hills, California: Sage.
- SHAWIRO, D., 1989: «Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice», en *Harvard Law Review*, 103.
- SHELFF, L. S., 1975: «Irrationality in Law and Society. A Critique of Weber's Sociology of Law» en ARNAUD, HILPINEN y WROBLEWSKI (comps.): *Juristische Logik. Rationalität und Irrationalität im Recht*, Berlin: Duncker & Humblot.
- SICARD, J., 1960: *La preuve en justice après la réforme judiciaire. Manuel théorique et pratique*, Paris: Librairie du journal des notaires et des avocats.
- SILVA MELEIRO, V., 1963-1964: *La prueba procesal*, 2 vols., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- SILVESTRI, E., 1988: «Confessione nel diritto processuale civile», en *Digesto delle Discipline Privatistiche / Sezione Civile (III)*, Torino.
- SIMON, D., 1998: «A Psychological Model of Judicial Decision Making», en *Rutger Law Journal*, 30.
- SIMONS PINO, A., 2005: «El Dilema entre el Juez Activo y el Juez Autoritario», en *Memorias del XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- SINGER, J., 1984: «The Player and the Card: Nihilism and Legal Theory», en *Yale Law Journal*, 94.
- SMITH, R., y WYVNE, B., 1989: *Expert Evidence*, London-New York: Routledge.
- SPELMANN, H. H., 1968: *Direct Examination of Witnesses*, Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall.
- SPRUNG, R., 1979: «Le basi del diritto processuale austriaco», en *Rivista di diritto processuale*.
- STADLER, A., 1989: *Del Schutz der Unternehmensgeheimnisse im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozess und im Rechtsilfverfahren*, Tübinge: Mohr Siebeck.
- STALTERI, M., 1993: «Genetica e processo: la prova del "DNA fingerprint"», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- STEFFEN, T. L., 1988: «Truth as Second Fiddle: Reevaluating the Place of Truth in the Adversary Trial Ensemble», en *Utah Law Review*.
- STEIN, F. [1893]: *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig: C. L. Hirschfeld.
- STELLA, F., 1990: *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano: Giuffrè.
- 2002: «Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.
- 2003: *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3.ª ed., Milano: Giuffrè.
- 2005: *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano: Giuffrè.
- STORKER, R., 1976: *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübinge: J. C. B. Mohr.

- 1985: «Die gewerbliche Geheimnissphäre im Zivilprozess», in *JZ*.
- SWARD, L. E., 1989: «Values, Ideologies, and the Evolution of the Adversary System», in *Indiana Law Journal*, 64.
- TANKEUCHI, Y., 1997: «The 1996 Code of Civil Procedure of Japan: A Procedure for the Centing Century», in *American Journal of Comparative Law*, 45.
- TAPPER, C., 2004: *Cross & Tapper: On Evidence*, 10^a ed., London: Oxford University Press.
- TARUFFO, M., 1970: *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova: CEDAM.
- 1973: «Prove atipiche e convincimento del giudice», in *Rivista di diritto processuale*.
- 1979: *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova: CEDAM.
- 1980: *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*, Bologna: Il Mulino.
- 1984: «Il diritto alla prova nel processo civile», in *Rivista di diritto processuale*.
- 1985: «Value Judgments in the Judgment of Fact», in *Archivum Juridicum Cracoviense*, XVI.
- 1988: «Prova testimoniale (diritto processuale civile)», in *Enc. dir.* (XXXVII), Milano.
- 1990: «Libero convencimiento del giudice: Diritto processuale civile», in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani (XVIII), Roma.
- 1992a: *La prova dei fatti giuridici. Nozione generali*, Milano: Giuffrè.
- 1992a: *La prova dei fatti giuridici. Nozione generali*, Milano: Giuffrè.
- 1992a: *La prueba de los hechos*, 2^a ed., Madrid: Trotta, 2005.
- 1992b: «Presunzioni, inversioni, prova del fatto», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- 1993: «Interrogatorio», in *Digesto delle Discipline Privatistiche/Sezione Civile*, 57 (X), Torino.
- 1994: «Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence», in KEVELSON (ed.): *The Eyes of Justice: Seventh round table on law and semantics*, New York: Peter Lang Pub Inc.
- 1995: «Onere della prova», in *Digesto delle Discipline Privatistiche/Sezione Civile* (XIII), Torino.
- 1996: «Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- 2002: *Sui congni, scritti sulla giustizia civile*, Bologna: Il Mulino.
- 2002: *Hay traducción al castellano: Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Bogotà: Temis, 2006.
- 2003a: «Rethinking the Standards of Proof», in *American Journal of Comparative Law*, 51.
- 2003b: «Il processo civile nel Lombardo-Veneto», in *Regolamento generale del processo civile del Regno Lombardo-Veneto 1815*, Milano.
- 2004: «Considerazioni su scienza e processo civile», in COMANDE y PONZANELLI: *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino: Giappichelli.
- 2005a: «Giuseppe Pisanelli e il codice di procedura civile del 1865», in VANO: *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione*, Napoli: Jovene.

- 2005b: «Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali», in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano: Giuffrè.
- 2005c: «Probabilità e prova giudiziaria», in *Atti del XXVI Congresso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotà.
- 2005d: «La prova scientifica nel processo civile», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- 2006a: «La prova del nesso causale», *Rivista critica di diritto privato*.
- 2006a: *Hay traducción al castellano: «La prueba del nexo casual»*, in este volumen.
- 2006b: «Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa», *Rivista trimestrale di diritto*.
- 2006b: *Hay traducción al castellano: «Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa»*, in este volumen.
- TARZIA, G., 1984: «Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile», in *Rivista di diritto processuale*.
- 1999: *Manuale del processo del lavoro*, 4^a ed., Milano: Giuffrè.
- TERRE, F., 2003: *Introduction générale au droit*, 6^a ed., Paris: Précis Dalloz.
- TESKE, J., 1990: *Der Urkundenbeweis im französischen und deutschen Zivil- und Zivilprozessrecht*, Göttingen: WIR-Verlagsgesellschaft für Wirtschaft, Recht und Steuern.
- THAYER, J. B. [1890]: «The Burden of Proof», in *Harvard Law Review*, 4.
- 1969: *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, reprint of the 1898 edition, South Hackensack-New York: Rothman Reprints Inc & Augustus M. Kelley Publishers.
- TIGAR, M. E., 2003: *Examining Witnesses*, 2^a ed., Chicago: American Bar Association.
- TILLERS, P., 1989: «Webs of Things in the Mind: A New Science of Evidence», in *Michigan Law Review*, 87.
- TILLERS, P. y GREEN, E., 1988: *Probability and inference in the Law of Evidence: The uses and limits of Bayesianism*, Dordrecht, Boston-London: Springer.
- (eds.), 2003: *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, Milano: Giuffrè.
- TONINI, P., 2003: «Prova scientifica e contraddittorio», in *Diritto penale e processo*.
- TRANKELL, A., 1971: *Der Realitätsgehalt von Zeugenaussagen. Methodik der Aussagepsychologie*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPRANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE, 1987: *La vérité et le droit*, t. XXXVIII, Paris: Economica.
- 1988: *Les nouveaux moyens de reproduction. Papier, sonors, audiovisuel et informatiques*, t. XXXVIII, Paris: Economica.
- TREADWAY JOHNSON, M.; KRARKA, C. y CECLIL, J. S., 2000: *Expert Testimony in Federal Civil Trials: A Preliminary Analysis*, United States of America: Federal Judicial Center.
- TRIBE, L. H., 1971: «Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process», in *Harvard Law Review*, 84.
- TROIANO, S., 1991: «La nuova legge tedesca sulla responsabilità per prodotti difettosi», in *Rivista di Diritto Civile* (II).

- TROPER, M., 1990: «The Fact and the Law», in NERHOT (ed.), *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht-Boston-London: Springer.
- TWINING, W., 1985: *Theories of Evidence. Bentham and Wigmore*, Stanford-California: Stanford University Press.
- (comp.), 1986: «Evidence and legal theory», in *Legal Theory and Common Law*, Oxford: Blackwell.
- 1990: *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford: Blackwell.
- 2002: *The Great Juristic Bazaar. Jurists' Texts and Lawyers' Stories*, Ashgate.
- 2006: *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2.^a ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- TWINING, W., y HAMPsher Monk, I., 2003: *Evidence and Inference in History and Law. Interdisciplinary Dialogues*, Evanston, Illinois: Northwestern University Press.
- VACCARIELLA, R., 1972: «Interrogatorio II. Interrogatorio delle parti», in *Enc. dir.*, XXII.
- VALLERONA, A., 1988: *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova: CEDAM.
- 1992: «L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- VAN ZANDT, D. E., 1991: «An Alternative Theory of Practical Reason in Judicial Decisions», in *Tulane Law Review*, 65.
- VARANO, V., 1973: *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano: Giuffrè.
- VARGA, C., 1991a: «On Judicial Ascertainment of Facts», in *Ratio Juris*, 4.
- 1991b: «The Mental Transformation of Fact into Cases», in *ARSP*, 77.
- VAZQUEZ SOTELLO, J. L., 2000: «Las diligencias finales», in *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, vol. 2, Barcelona.
- VELLANI, M., 1988: «Consulenza tecnica nel diritto processuale civile», in *Diritto delle Discipline Privatistiche/Sezione Civile* (III), Torino.
- 1995a: «Alcune considerazioni sull'esame dell'interdicendo e dell'inabilitando», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- 1995b: «Sul parere delle persone citate nel procedimento di interdizione o d'inabilitazione», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- VERDE, G., 1974: *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli: Jovene.
- 1990: «Per la chiarezza di idee in tema di documentazione informatica», in *Rivista di diritto processuale*.
- 1992: «L'inversione degli oneri probatori nel processo», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- 2002: «Le ideologie del processo in un recente saggio», in *Rivista di diritto processuale*.
- VERHEYDEN-JEANMART, N., 1991: *Droit de la preuve*, Bruxelles: Larcier.
- VICK, D. W., 2000: «Statistical Significance and the Significance of Statistics», in *LSR*, 116.
- VILLANI, PORTILLA, E., 1999: *Teoría constitucional del proceso*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

- VULLERS, R., 1963: «Les preuves dans l'ancien droit français, du XVII^e au XVIII^e siècle», in *La Preuve. Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions* (XVII), Bruxelles.
- VINCENT, J., y GUINCHARD, S., 1991: *Procédure civile*, 22.^a ed., Paris: Dalloz.
- 2003: *Procédure civile*, 27.^a ed., Paris: Dalloz.
- VISINTINI, G., 1996: *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova: CEDAM.
- VON SPONCK, H., 1991: «Beweiswert von Computerausdrucken», in *Comput. R. WAGENAAR W. A.; VAN KOPPEN, P. J., y GROMBAG, H. F. M.*, 1993: *Anchorred Narratives. The Psychology of Criminal Evidence*, Harvester: Wiley Interscience.
- WALLEN, G., 2003: «America's Adversarial and Jury Systems: More likely to do Justice», in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 26.
- WALTER, G., 1977: «Der Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises», in *ZfP*, 90.
- 1979: *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen: J. C. B. Mohr.
- 1991: «Il diritto alla prova in Svizzera», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- 2005: «The German Civil Procedure Reform Act 2002: Much Ado about Nothing?», in TROCKER y VARANO: *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino: Giappichelli.
- WEINHOFFER, R. A., 1985: *Statistics in Litigation: Practical Applications for Lawyers*, Colorado Springs: McGraw-Hill Companies.
- WEIGEND, T., 2003: «Is the Criminal Process about Truth? A German Perspective», in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 26.
- WEIGMANN, R., 1992: «L'inversione dell'onere della prova nel diritto commerciale», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- WEINER, S. A., 1966: «The Civil Jury Trial and the Law-Fact Distinction», in *California Law Review*, 54.
- 1968: «The Civil Non-Jury Trial and the Law-Fact Distinction», in *California Law Review*, 55.
- WEINSTEIN, J. B., 1966: «Some Difficulties in Devising Rules for Determining Truth in Judicial Trials», in *Columbia Law Review*, 66.
- WEINSTEIN, J. B., y BERGER, M. A., 1975: *Weinstein's Evidence. Commentary on Rules of Evidence for the United States Courts and Magistrates*, 5 vols., New York: Matthew Bender.
- WELLS, G. L., 1985: «The Eyewitness», in KASSIN y WRIGHTSMAN (comps): *The Psychology of Evidence and Trial Procedures*, Beverly Hills, California: Sage.
- WHITE, S. D., 1983: «Fact in the Law», in TWING (comp.): *Facts in Law: Association for Legal and Social Philosophy, Ninth Annual Conference at Hatfield College*, University of Durham, Wiesbaden: Franz Steiner Verlag Wiesbaden GmbH.
- WIGNMORE, J. H., 1974: *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3.^a ed., rev., vol. 5, Boston-Toronto: Little Brown and Company.

- 1983: *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3.^a ed., revisada por TULLERS. Boston-Toronto: Little Brown and Company.
- WILLIAMS, B., 2002: *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*. Princeton-Oxford: Princeton University Press.
- WILSON, W., 1990: «Fact and Law», en NERHOT (ed.): *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*. Dordrecht-Boston-London: Kluwer.
- WINTER, S. L., 2001: *A Clearing in the Forest, Law, Life and Mind*. Chicago-London: University of Chicago Press.
- WRIGHT, C. A., y GRAHAM, K. C., 1977-1989: *Federal Practice and Procedure. Evidence*, vols. 21 al 25. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co.
- WRIGHT, C. A., y MULLER, A. R., 1969-1986: *Federal Practice and Procedure. Civil*, vols. 1 al 20. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co.
- WROBLEWSKI, J., 1971: «Legal Decision and Its Justifications», en HUBER BRUYANT (ed.): *Le raisonnement juridique: Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale / Legal reasoning: Proceedings of the world congress for legal and social philosophy*. Bruxelles: E. Bruyant.
- 1983a: «Facts in law», en *Meaning and Truth in Judicial Decision*, 2.^a ed., Helsinki: Jurídica.
- 1983b: «Justification of Legal Decisions», en *Meaning and Truth in Judicial Decision*, 2.^a ed., Helsinki: Jurídica.
- 1983c: «Theoretical and ideological problems of controlling judicial decisions», en *Meaning and Truth in Judicial Decision*, 2.^a ed., Helsinki: Jurídica.
- 1987: «Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziaria», trad. it. en COMANDUCCI y GUASTINI: *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino: Giappichelli.
- 2001: «Ideología de la aplicación judicial del derecho», en *Sentido y hecho en el derecho*, México: Fontamara.
- ZOLLER, R., 2002: *Zivilprozessordnung*, 23.^a ed., Köln: Dr. Otto Schmidt.
- ZPO-KOMM., 1987: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Neuweid-Darmstadt.
- ZUCKERMAN, A. A. S. (comp.), 1999: «Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedures», en *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford: Oxford University Press.
- 2003: *Civil Procedure*, London: Lexis Nexis.
- 2005: «Court Control and Party Compliance: The Quest for Effective Litigation Management», en TROCKER y VARANO: *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino: Giappichelli.

FILOSOFÍA Y DERECHO

TÍTULOS PUBLICADOS

Wittgenstein y la teoría del derecho

Una senda para el convencionalismo jurídico

Marta Isabel Narváez

En la teoría del derecho, como en tantos otros ámbitos, es frecuente la utilización de la filosofía de L. Wittgenstein para dar apoyo a las tesis que se defienden. No obstante, los apoyos así prestados no pueden ser brindados por una concepción de la actividad filosófica basada en los conceptos de terapia y gramática filosófica. En el caso del positivismo jurídico, y en concreto en el caso de la tesis de las fuentes sociales que éste defiende, el uso de la filosofía del segundo Wittgenstein sólo puede presentar al juspositivismo como una concepción sobre el derecho y no como una teoría. Las expresiones con las que se presenta la tesis de las fuentes sociales funcionan como enunciados filosóficos y, por tanto, no son expresiones generales verdaderas en el seno de una teoría. Sin embargo, suponen un compromiso con la defensa de cierto tipo de conocimiento de los hechos sociales que el positivismo jurídico no puede desatender.

Las reglas en juego

Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana

Frederick Schauer

El uso de reglas para orientar nuestras acciones parece, al menos a primera vista, sujeto a un problema fundamental: el de la justificación racional del seguimiento de reglas. Cualquier regla destaca como relevantes ciertas circunstancias para calificar normativamente una acción como obligatoria, prohibida o permitida («deléngase frente a un semáforo en rojo»). Pero, al hacerlo, necesariamente soslaya la relevancia de otras muchas circunstancias: ¿debo detenerme frente a un semáforo en rojo si estoy llevando a mi esposa al hospital para dar a luz? Y en cierto sentido, parecería que la evaluación de lo que debemos hacer en determinada situación requiere tomar en cuenta todo posible factor que pudiese tener incidencia en la determinación de nuestras obligaciones, esto es, debe atenderse al espectro completo de razones en juego. Pero si las reglas se interpretan y aplican como si fuesen completamente «transparentes» respecto de nuestra evaluación del resultado que ofrece el balance de todas las razones en juego en cada caso, esto es, si en cada situación de posible discordancia entre lo que expresa la regla y el balance completo de razones normativas en juego ha de estarse al resultado de este último, las reglas como tales resultarían herramientas inútiles. Así, el uso de reglas para la resolución de problemas prácticos parece conducir al siguiente dilema: o aceptamos la orientación que nos ofrecen las reglas, lo cual resultaría en última instancia una forma de descalificación por anticipado de la posible relevancia de ciertos factores en la dilucidación de lo que se debe hacer y, consiguientemente, una forma de irracionalidad; o dejamos de lado la guía que ofrecen las reglas y nos concentramos en lo particular de cada situación para decidir cómo actuar de conformidad con el plexo completo de razones en juego, con lo que las reglas se tornan irrelevantes.

El intentar ofrecer una respuesta a esta tensión entre irracionalidad e irrelevancia en lo que respecta al seguimiento de reglas constituye el tema central de *Las reglas en juego*, la obra de Frederick Schauer cuya versión en español presentamos aquí. Frederick Schauer es actualmente profesor de la Escuela de Gobierno John F. Kennedy de la Universidad de Harvard y uno de los principales referentes de la teoría jurídica contemporánea del mundo anglosajón. El presente libro es, sin lugar a dudas, una de sus contribuciones más importantes en el área de la filosofía del derecho, pues no sólo ofrece un examen de la toma de decisiones basada en reglas, sino que, en su derribo teórico, explora con claridad, originalidad y profundidad cuestiones tales como la idea de razones para la acción, la noción de autoridad, así como las discusiones relativas al concepto de derecho y su normatividad.

Los hechos en el derecho
Bases argumentales de la prueba (2.ª ed.)
Marina Gascon Abellán

El juicio sobre los hechos ha pertenecido durante mucho tiempo, sea al ámbito de cuestiones jurídicas no problemáticas, sea a una «zona de penumbra» donde reina el arbitrio judicial. Prueba de ello es la inclinación forzosa a atribuir a la decisión probatoria una naturaleza demostrativa o a considerar pura y simplemente que está basada en una íntima e intrasferible convicción, en una especie de *quid inelabile*, de cortazonada no exterrorizable ni controlable. Incluso la teoría de la argumentación jurídica —que tan importante desarrollo ha experimentado en los últimos años— se ha centrado en los problemas de interpretación de las normas, pero ha dedicado una escasa atención a la prueba.

Este libro pretende ser una contribución al análisis de esa parte tantas veces olvidada del razonamiento judicial, teniendo en cuenta los esquemas propios de la epistemología general.

El estudio resalta dos rasgos esenciales del conocimiento judicial de hechos que influyen en la calidad del resultado alcanzado: su naturaleza inductiva y su carácter institucionalizado. El primero pone de manifiesto que los resultados probatorios no son infalibles sino (sólo) probables. El segundo, que la prueba se desarrolla en un marco institucional de reglas (procesales) que sustituyen los criterios propios de la libre adquisición de conocimiento por otros autorizados jurídicamente; lo que, con frecuencia, contribuye también a rebajar la calidad del conocimiento alcanzado. De todo ello derivan importantes consecuencias para un modelo judicial de prueba: si la prueba no produce resultados infalibles, han de introducirse todas las garantías posibles para lograr una mayor fiabilidad en la declaración de los mismos, y en su caso, facilitar su eventual revisión. Todo lo cual desemboca, frente a lo que había sido la tradición, en una nueva exigencia de motivación.

Neutralidad y justicia

En torno al liberalismo político de John Rawls
Hugo Omar Saleme

El presente libro aborda uno de los temas más controvertidos de la filosofía política contemporánea: la neutralidad del Estado liberal. John Rawls ha sido quien con más lucidez, a partir de la aparición de su *A Theory of Justice*, ha procurado elaborar una concepción de justicia que satisfaga el ideal liberal de neutralidad. A través del análisis de su obra y de las modificaciones que este le introdujo para subsanar algunas falencias —lo que culminó en la publicación de *Political Liberalism*— se muestra que algunas ideas aparejadas al compromiso con el ideal liberal de neutralidad y se defiende la posición de que la concepción de justicia rawlsiana las satisface.

Introducción a la teoría del derecho

José Juan Moroso, Josep Maria Vilajosana

Este libro pretende ofrecer las herramientas conceptuales necesarias para adentrarse en el conocimiento del complejo mundo jurídico. Su planteamiento es general, ya que se ocupa de lo que tienen en común los distintos sistemas jurídicos, así como de los problemas y conceptos compartidos por todas las ramas del derecho.

Se trata de un texto que puede usarse como manual de la asignatura «Teoría del Derecho» de la licenciatura en Derecho. Pero, además, al tener carácter introductorio, no requiere conocimientos previos, por lo que resultará de utilidad también a quien, al margen de la carrera jurídica, desee afrontar por primera vez y con rigor el estudio del derecho.

La odisea constitucional

Constitución, teoría y método
Daniel Mendonça, Ricardo A. Guilbourg

La filosofía del derecho —en especial la de base analítica— ha intentado abrir el camino para una reconstrucción más racional del pensamiento jurídico, que resistiera el vínculo entre filosofía y método, así como entre teoría y práctica. Por esto, el método jurídico es un problema central de la filosofía del derecho, al punto que una parte importante de la filosofía jurídica está destinada a explicar y clarificar los presupuestos de la ciencia del derecho. Esa tarea requiere preguntas claras y respuestas coherentes entre sí acerca de cuestiones verdaderamente complejas. Vanas de esas cuestiones corresponden, desde luego, a un enfoque general de la

filosofía del derecho. Aunque el tema de esta obra se circunscribe más específicamente a los aspectos constitucionales, intenta dar cuenta de las relaciones entre esos aspectos y las bases teóricas que puedan servirles de marco, explicación y —acaso— fuente de justificación.

Las lagunas en el derecho

Una controversia sobre el derecho y la función judicial
Atria, Bulygin, Moroso, Navarro, Rodríguez, Ruiz Manero

Este libro está dedicado al análisis conceptual de la cuestión de las lagunas en el Derecho. A partir de este análisis se erige un paisaje conceptual de gran riqueza y variedad, donde se analizan con detalle algunas de las más importantes cuestiones de la teoría jurídica actual. No podía ser menos dado que el libro se origina en la crítica que Fernando Atria realizó, en su excelente obra *On Law and Legal Reasoning*, a las tesis sobre las lagunas desarrolladas por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en *Normative Systems*. Este último libro ha significado una constante fuente de inspiración para muchos juristas desde su ya lejana publicación hace más de treinta años. Por esta razón no es de extrañar que en la presente obra, aparte de tres trabajos de Fernando Atria y otros dos de Eugenio Bulygin, se cuente con los ensayos de José Pablo Navarro, Jorge Rodríguez, Juan Ruiz Manero y un ensayo a modo de epílogo de José Juan Moroso, autores que se hallan —sin ninguna duda— entre los que mejor conocen las tesis y los entresijos de *Normative Systems*.

Aunque el libro versa sobre las lagunas, lo que está en el trasfondo de la discusión es la plausibilidad del positivismo jurídico como teoría explicativa del derecho. La tesis de Atria podría formularse así: la tesis técnica de las lagunas defendida por algunos positivistas como Eugenio Bulygin, es únicamente un disfraz de su tesis filosófica, la tesis de la discreción judicial. Y Atria trata de demostrar la tesis de las lagunas con el objeto de dejar desnuda, y por ello tratán de defender dicha tesis, clarificando su alcance con rigor y destreza. Ruiz Manero ofrece algunos argumentos originales para apuntalar algunas de las conclusiones de Atria. El estudio de Moroso, en cambio, pretende hacer compatible una determinada manera de comprender el análisis de las lagunas de Bulygin, de Navarro y de Rodríguez con algunas de las tesis centrales de Atria y Ruiz Manero.

La obra interesará principalmente a los teóricos y filósofos del Derecho, pero también será de interés a los juristas de las diversas disciplinas, puesto que el tema está tratado desde el punto de vista de las consecuencias que tiene para la aplicación del derecho por parte de los jueces y Tribunales.

Prueba y verdad en el derecho (2.ª ed.)

Jordi Ferrer Belltrán

Prueba y verdad en el derecho aborda uno de los problemas centrales para la aplicación del derecho. En efecto, el problema de la prueba a medio camino entre la dogmática procesal y la teoría del derecho, es uno de los grandes ámbitos de estudio que merecen una mayor atención a los efectos de comprender el funcionamiento del proceso judicial y desarrollar una adecuada doctrina de la justificación de las resoluciones judiciales.

Para ello, resulta de especial relevancia el análisis de la relación entre las nociones de prueba y verdad. Esa relación ha sido motivo de grandes discusiones en la doctrina procesal y también en la jurisprudencia. En este libro se encuentra una revisión crítica de buena parte de esas resoluciones doctrinales y se sostiene una concepción garantista de la justificación de las resoluciones judiciales que no exige la verdad de un enunciado para que éste pueda ser considerado como probado. En cambio, se defiende la tesis de que el objetivo de la prueba en el derecho es, y no puede ser de otro modo, la averiguación de la verdad.

Por todo ello, este libro tiene especial interés para todo aquel que esté involucrado práctica o teóricamente en el proceso de aplicación del derecho.

Normas y sistemas normativos

Eugenio Bulygin, Daniel Mendonça

De acuerdo con una concepción muy difundida entre los juristas y los filósofos, el derecho es concebido como un conjunto de normas. El concepto de norma jurídica ocupa, por tal motivo,

un lugar central en la ciencia y en la filosofía del derecho. Aunque los autores no siempre están de acuerdo acerca de como caracterizar esas normas ni acerca de como explicar el rasgo de juridicidad que se les atribuye, coinciden en que el concepto de norma constituye una base adecuada para la caracterización y descripción del derecho.

Este estudio está dedicado, precisamente, a analizar la relación de pertenencia de normas a sistemas jurídicos y a mostrar algunas de las consecuencias que se siguen de ella. A partir de una caracterización general de las normas y de una exposición resumida de los rasgos fundamentales de la lógica de las normas, se consideran en detalle los criterios de pertenencia de normas a sistemas jurídicos, así como las principales derivaciones de la noción de pertenencia sugerida, sobre todo en función de las nociones conexas de existencia, aplicabilidad y obligatoriedad.

Las obligaciones básicas de los jueces

Rafael Hernández Marín

La actividad judicial puede ser descompuesta en tres tareas fundamentales, que corresponden a otras tantas obligaciones que el derecho impone a los jueces: decir los casos litigiosos, decidirlos conforme al derecho y motivar sus decisiones. Sobre dichas obligaciones versa el presente libro.

Durante las últimas décadas, los filósofos del derecho han centrado su interés exclusivamente en la motivación de las decisiones judiciales. Sin embargo, motivar una decisión judicial consiste en justificar que la decisión es conforme a derecho. Por ello, el análisis de la obligación de motivar una decisión, el análisis de la obligación de justificar que una decisión es conforme a derecho, presupone que previamente ha quedado determinado qué es una decisión judicial conforme al derecho, un tema hasta ahora ignorado en gran medida.

La obligación de dictar decisiones que sean conformes al derecho presenta dos aspectos: la obligación de dictar decisiones que sean materialmente conformes al derecho y la obligación de dictar decisiones que sean procesalmente conformes al derecho.

La primera de ellas es, desde el punto de vista teórico, la más interesante. Una decisión materialmente conforme al derecho es una decisión que tiene el contenido que según el derecho debe tener. Y, desde el punto de vista de su contenido, lo que el derecho exige a las decisiones judiciales es que éstas digan el derecho. En esto consiste la obligación jurisdiccional. Y la noción clave para el análisis de la obligación jurisdiccional es la de aplicar el derecho. Esta noción, a su vez, se basa en la noción de aplicar un enunciado jurídico. De ahí que el núcleo de la presente obra sea su capítulo segundo, dedicado precisamente a la aplicación de los enunciados jurídicos.

Derecho y desacuerdos

Jeremy Waldron

Es uno de los libros más importantes en la discusión contemporánea sobre el constitucionalismo y la democracia y el papel del poder judicial en la protección de los derechos fundamentales. Ha contribuido de manera decisiva a poner en cuestión algunas de las ideas más asentadas del constitucionalismo y ha hecho de Waldron uno de los autores fundamentales en estas cuestiones.

Poniendo el acento en la existencia inevitable de amplios y generalizados desacuerdos sociales sobre la justicia, sobre los derechos, y sobre los propios procedimientos e instituciones políticas, Waldron presenta una teoría profundamente democrática de la autoridad y de la legitimidad políticas, y lo hace a partir del estudio de la significación de los Parlamentos actuales y de la teoría de la legislación. Todo ello supone una contribución, en opinión de su autor, no sólo a la filosofía política, sino también a la jurídica, que no puede ser sino considerada decisiva.

Coherencia y sistema jurídico

Juan Manuel Pérez Bermejo

Los juristas gustan hoy de invocar el término «coherencia»: es común exigir que los razonamientos jurídicos sean «coherentes». Y justificar un argumento si se halla «en coherencia» con el resto de argumentos jurídicos válidos. La coherencia es una forma de justificar nuestros juicios sobre el derecho en función de sus relaciones de apoyo con el resto de elementos del

orden jurídico. Ahora bien, si la coherencia pone su mirada en las relaciones de ordenación y estructura del conjunto de normas jurídicas, ésta implica un punto de vista particular o una concepción específica del sistema jurídico. Este libro examina qué novedades aporta el valor de la coherencia a nuestra percepción del sistema jurídico. En él se sostiene que los cambios que ha experimentado la práctica jurídica durante el siglo xx —fundamentalmente la irradiación de los principios constitucionales en el resto del ordenamiento y la importancia que la ponderación de principios ha cobrado en la práctica jurisprudencial— han puesto de relieve que la concepción o el modelo de sistema jurídico tradicionalmente defendido en la teoría jurídica es inadecuado. Sin embargo, una teoría del sistema que examine este desde el valor de la coherencia es capaz de describir adecuadamente sus principales rasgos, tales como su estructura compleja, su movilidad y su solidaridad interna. Finalmente, el libro explora las respuestas que el modelo coherencialista propone para solucionar problemas clásicos de la teoría del sistema jurídico, fundamentalmente los de lagunas, antinomias, identidad o cambio de sistema.

Teoría del derecho: ambición y límites

Brian Bix

La teoría jurídica contemporánea enfrenta importantes retos acerca de la naturaleza del Derecho y del enfoque más apropiado para explicar este fenómeno social. Brian Bix es uno de los autores que mejor ha comprendido la íntima relación entre esos problemas y su conexión con la naturaleza del análisis conceptual. En este libro, Bix aborda no sólo desafíos metodológicos sino que también enfrenta problemas tradicionales de la filosofía jurídica tales como la verdad en el Derecho, la existencia de respuestas correctas, la interpretación del Derecho, la polémica entre positivismo y antipositivismo, etc. Sus investigaciones muestran con claridad y originalidad el modo en que la filosofía analítica del Derecho se conecta con una amplia gama de cuestiones filosóficas tradicionales como el objetivismo moral, el seguimiento de reglas, o el naturalismo en epistemología. Por esta razón, este libro nos permite comprender mejor la vitalidad de las discusiones filosóficas contemporáneas en el ámbito de la teoría del Derecho y nos enfrenta con nuevas soluciones a problemas centrales de la filosofía contemporánea.

La república deliberativa

Una teoría de la democracia

José Luis Martí

Este libro aborda el análisis detallado y riguroso de la que se ha convertido en la teoría de la democracia más importante de los últimos veinte años en el escenario internacional. Lo que algunos han dado en llamar «el giro deliberativo», y que cuanto menos puede ser descrito como una renovación profunda del pensamiento democrático, se ha materializado en centenares de aportaciones teóricas a los diferentes foros académicos en el mundo, con predominio de los ámbitos anglosajones. En esta obra se sintetizan las claves del modelo de la democracia deliberativa, en especial de su versión republicana, y se señalan las primeras bases del diseño institucional de dicho modelo. Por ello, este es un libro digno tanto a los filósofos (políticos o del derecho), como a los científicos (los juristas, los politólogos), tanto a los gobernantes con sensibilidad hacia las nuevas ideas democráticas, como a los ciudadanos comprometidos y con interés por la res pública.

Una discusión sobre la teoría del derecho

Joseph Raz, Robert Alexy, Eugenio Bulygin

Una de las cuestiones más discutidas recientemente en el ámbito de la filosofía del derecho es la relativa al status mismo de la teoría del derecho: ¿cuál es el objeto de dicha teoría? ¿Cuándo es la teoría exitosa? Se admite, en líneas generales, que la tarea de la teoría está estrechamente ligada a realizar un análisis del concepto de derecho, y que el éxito de la teoría depende, al menos en parte, de que dicho análisis sea fructífero. No hay acuerdo, sin embargo, acerca de cómo debe entenderse el análisis conceptual, o de cuándo es fructífero. En «¿Puede haber una teoría del derecho?—el trabajo principal de este libro— Joseph Raz se ocupa de estas cuestiones, y su postura es rebatida en dos ensayos de Robert Alexy y Eugenio Bulygin, que tienen visiones diferentes sobre el particular. Joseph Raz ofrece, finalmente, una contrarreplica. El libro resultará de interés, no sólo para filósofos del derecho, sino también para aquellos que estén preocupados, en el ámbito de la filosofía en general, por la relación entre el análisis filosófico y el análisis conceptual. El libro contiene además un estudio preliminar que, a través

de un repaso de las distintas perspectivas sobre la relación entre análisis filosófico y análisis conceptual, busca poner al alcance del lector las herramientas teóricas necesarias para abordar la discusión.

Juez y democracia

Una teoría de la práctica constitucional norteamericana
Lawrence G. Sager

En la mayoría de las democracias constitucionales, los jueces han asumido un importante papel como garantes de los derechos individuales reconocidos en la Constitución. En nombre de la Constitución como norma suprema, los jueces pueden llegar a invalidar o invalidar las leyes aprobadas por las asambleas elegidas por el pueblo. ¿Que razones pueden darse para justificar esta intervención judicial? Esta pregunta ha sido objeto de apasionados debates en los Estados Unidos a lo largo de su historia, y sigue siendo motivo de controversia en la actualidad, tanto en el plano político como en el académico. En esta obra, el profesor Lawrence Sager ofrece una interesante teoría para dar una respuesta adecuada a la cuestión. Frente a quienes sostienen que los jueces deberían limitarse a seguir las instrucciones que el poder constituyente haya expresado de manera clara y específica, Sager da buenas razones para justificar que los jueces tengan atribuido un espacio de actuación más amplio. El proceso judicial está diseñado de tal manera que los tribunales se encuentran en buena posición para interpretar y salvaguardar los principios abstractos de moralidad política incorporados en el texto constitucional. Frente a quienes, por su parte, consideran que los jueces, al controlar las leyes, deberían proteger únicamente las condiciones que hacen posible el gobierno democrático, Sager entiende que también los valores sustantivos externos al proceso democrático deben ser objeto de protección. Y frente a quienes estiman que el control de constitucionalidad de las leyes supone una quiebra del principio democrático, Sager da interesantes razones para sostener que, por el contrario, la existencia de tal control supone un enriquecimiento de la democracia: el proceso judicial satisface la pretensión de igualdad deliberativa. La aspiración más inmediata del autor es ofrecer una interpretación atractiva de la práctica constitucional de un determinado país: los Estados Unidos. Pero las tesis y argumentos que desarrolla tienen un alcance más universal. Este denso y profundo libro es una de las aportaciones más importantes de los últimos tiempos al debate siempre abierto acerca de las posibilidades y límites de la justicia constitucional.

Positivismismo jurídico incluyente

Wilfrid J. Waluchow

En *Positivismismo jurídico incluyente*, Waluchow elabora un sofisticado argumento para mostrar cómo la validez de las normas jurídicas puede depender de consideraciones morales. El argumento tiene en cuenta las concepciones iuspositivistas clásicas en la teoría anglosajona, como las de J. Bentham y J. Austin en el siglo XIX y las de H. L. A. Hart y J. Raz en el siglo XX. El libro puede contemplarse como una contribución de la naturaleza del derecho de los actuales ordenamientos jurídicos constitucionales que trata de delimitar un espacio conceptual entre aquellos que, como los iuspositivistas, consideran que la identificación del derecho necesariamente excluye las consideraciones morales y aquellos que, como los iusnaturalistas o Ronald Dworkin, sostienen que la identificación del derecho necesariamente incluye las consideraciones morales.

Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Buliygin

José Juan Morales, M.ª Cristina Recondo et al.

Eugenio Buliygin ha contribuido de manera fundamental a la teoría del derecho contemporánea. Con seguridad, ha sido uno de los autores que más ha insistido en la necesidad de una renovación metodológica que permitiese a los juristas emplear herramientas formales idóneas y sofisticadas en la identificación y solución de los problemas de la ciencia jurídica.

Este libro es un ejemplo particularmente brillante de la agenda de discusión de la teoría del derecho contemporánea y de la influencia que ha tenido en ella Eugenio Buliygin. La estructura del volumen ofrece un formato de discusión ágil, que combina el gran interés académico que atesora con un estilo de fácil lectura, a la vez que se ofrece un panorama muy amplio de los problemas que enfrenta la teoría del derecho actual.

Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa

David Martínez Zorrilla

En la práctica jurídica contemporánea es usual que muchas discusiones giren en torno a elementos tales como «derechos fundamentales», «derechos constitucionalmente protegidos», «valores superiores» y otros aspectos sustantivos, normalmente de rango constitucional. Asimismo, la distinción entre «principios» y «reglas», o conceptos como el de «ponderación», han pasado en las últimas décadas a formar parte del bagaje teórico básico de los juristas. Sin embargo, parece que faltaba todavía un tratamiento teórico suficientemente satisfactorio de los conflictos entre principios y de la ponderación como mecanismo para su resolución, al menos desde la perspectiva del positivismo jurídico metodológico. Incluso algunos autores habían puesto en duda la capacidad del positivismo jurídico para dar cuenta de estos fenómenos de forma adecuada, lo que constituiría una razón de peso para abandonar esta perspectiva. Lejos de suscribir este punto de vista, el autor ofrece en el libro un análisis riguroso de los conflictos entre principios constitucionales, de la ponderación y de la posibilidad de obtener una única respuesta correcta en todo caso, y muestra cómo desde el positivismo jurídico y la filosofía analítica puede darse perfecta cuenta de estas cuestiones, señalando además cómo algunas afirmaciones ampliamente compartidas sobre los principios y la ponderación deben ser abandonadas o cuantificadas menos matizadas, y que en esencia las situaciones de conflicto entre principios son muy similares, tanto en su estructura como en su modo de resolución, a las antinomias entre reglas.

El derecho como razón pública

Owen Fiss

Este libro reúne algunos de los principales ensayos publicados en las últimas décadas por el profesor Owen Fiss. Este catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale ha sido una de las voces más influyentes en los debates que se han desarrollado en los Estados Unidos acerca del papel del poder judicial.

en un Estado constitucional. A lo largo de estas páginas, se examinan, entre otras cuestiones, los fundamentos políticos y sociales de la función jurisdiccional, el concepto y garantía de la independencia judicial, los peligros que supone la burocratización de la justicia, las técnicas de protección de los derechos a través de las «acciones de clase», las posibilidades y límites de la objetividad en la interpretación jurídica, y la defensa del liberalismo igualitario frente al embate del análisis económico del derecho. Para ilustrar sus propuestas, el autor se refiere a algunos de los casos más importantes y controvertidos que ha tenido que resolver el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, desde *Brown v. Board of Education* hasta *Bush v. Gore*. Estos brillantes ensayos mantienen un cuidadoso equilibrio entre ambición teórica y sensibilidad por los problemas prácticos, lo que hace muy atractiva su lectura.

La justicia con toga

Ronald Dworkin

¿Que relación poseen las convicciones morales de un juez con sus juicios acerca de qué es el derecho? Juristas, sociólogos, filósofos, políticos y jueces ofrecen distintas respuestas a esta pregunta. Algunos creen que están plenamente vinculados mientras que otros insisten en que no tienen ninguna relación. En su nuevo libro, Ronald Dworkin muestra que esta cuestión es mucho más compleja de lo que solemos suponer. Argumenta que debemos explorar esta problemática desde diferentes dimensiones, la semántica, la filosófica y la doctrinal, en las que el derecho y la moral están sin duda interconectados. Este autor reformula y completa su ya ampliamente conocida perspectiva sobre estas conexiones, ofreciendo nuevos argumentos y desarrollando algunas de sus ideas anteriores en torno a la importancia básica de los principios morales en la interpretación jurídica y constitucional. Dworkin ofrece también una profunda revisión y evaluación crítica de las posiciones más influyentes que presentan una alternativa a su concepción, examinando detalladamente las aportaciones de juristas y filósofos eminentes de nuestra época como Isaiah Berlin, John Rawls, Herbert Hart, Joseph Raz, Richard Posner, Cass Sunstein, Antonin Scalia o Jules Coleman. El libro va desgarrando los argumentos que permiten concluir que el pragmatismo ofrece una teoría vacía del derecho, que el pluralismo valorativo refleja de modo irradecuado la naturaleza de los conceptos morales, que el originalismo constitucional presenta una visión empobrecida del rol de una constitución en una sociedad

democrática y que el positivismo jurídico contemporáneo está basado en una teoría errónea del significado y en una visión desecrerada de la naturaleza de la autoridad.

Esta nueva colección de ensayos de Ronald Dworkin constituye un modelo de razonamiento jurídico lúcido, racional y apasionado que contribuirá, sin lugar a dudas, a que podamos programar en el lema crucial de que papel desempeña la justicia en el derecho.

La valoración racional de la prueba

Jordi Ferrer Beltran

El lector encontrará en este libro la continuación del discurso iniciado en *Prueba y verdad en el derecho* (Marcel Pons, 2002 y 2005). Allí se abordó el problema de la prueba desde un punto de vista conceptual: ¿qué significa decir que una hipótesis sobre los hechos está probada? ¿Cuál es la relación entre la prueba y la verdad de una hipótesis? Ahora, en cambio, se presenta el esbozo de una teoría sobre la valoración de la prueba. La pregunta relevante en este libro es, más bien, ¿bajo que condiciones podemos considerar racionalmente que una hipótesis sobre los hechos está probada? Para ello, el autor aborda, entre otros, los problemas vinculados con los distintos momentos de la actividad probatoria en el proceso judicial, analizando las reglas de relevancia y admisibilidad de la prueba, las diversas teorías de la probabilidad aplicadas al razonamiento probatorio judicial, la metodología de la corroboración de hipótesis y el problema de la formulación de estándares de prueba que permitan un posterior control sobre su correcta aplicación.

Identificación y justificación del derecho

Josep M. Vilaplana

Este libro supone una notable contribución a la reflexión clara, ordenada y coherente acerca de algunos de los problemas más relevantes de la filosofía del derecho. La primera parte gira en torno a los problemas de identificación del derecho, concretados en las siguientes preguntas: ¿Cuándo existe el derecho en una determinada sociedad? ¿Está el derecho relacionado con la moral? ¿Está el derecho delimitado? La segunda parte versa acerca de los problemas de justificación tanto de la obediencia al derecho como de la imposición de penas y la imposición jurídica de la moral.

El tratamiento de estas cuestiones se hace no con una vocación exhaustiva, sino selectiva. No importa tanto la reconstrucción completa de las doctrinas de los autores más importantes, sino la exposición crítica de los principales argumentos esgrimidos a la hora de abordar los citados problemas. A través de la comprensión de tales argumentos se pretende que el lector pueda formarse su propia opinión acerca de estas cuestiones.

Estas razones hacen que este texto sea especialmente recomendable como manual de filosofía del derecho.

Habermas: Lenguaje, Razon y Verdad

Los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas
Pere Fabra

Este libro versa sobre los fundamentos filosófico-lingüísticos que subyacen a la teoría de la racionalidad y, correlativamente, a la teoría de la verdad y la teoría moral desarrolladas por Jürgen Habermas. Después de analizar los motivos que llevaron al sociólogo alemán a desarrollar un programa claramente filosófico de fundamentación lingüística, el libro se introduce en este núcleo lingüístico —la *pragmática formal* y la teoría del significado a ella asociada— a fin de valorar si resulta lo suficientemente sólido para sustentar la compleja construcción teórica habermasiana, cuyo objetivo último —desde la disputa del positivismo hasta *Facticidad y Validez*— esriba precisamente en la defensa de una posición claramente cognitivista en relación con las cuestiones prácticas (moral, derecho y política).

Con la pragmática formal Habermas pretendía contribuir a la formulación de una teoría de la acción comunicativa y una teoría de la racionalidad. Debía servir de fundamento de una teoría social crítica y abrir el camino para desarrollar una concepción de la moral, del derecho y de la democracia en términos de teoría del discurso. Esta obra recorre la estructura y supuestos de este planteamiento filosófico-lingüístico y muestra cómo la tensión que atraviesa la teoría del significado de Habermas resuena también necesariamente en su teoría de las preferencias de validez y, en concreto, en la supuesta analogía entre la verdad y la corrección normativa

que se halla en la base de su defensa del cognitivismo. A partir de la lectura de algunos de los conceptos fundamentales de la teoría de la acción comunicativa y su integración con elementos de la *pragmática normativa* propuesta por Robert Brandom y otras aportaciones de la filosofía del lenguaje contemporáneas, el libro plantea una posible reformulación del esquema habermasiano que debería permitir continuar defendiendo el proyecto cognitivista desde unas bases filosóficas más sólidas.

Normas y justificación

Una investigación lógica

Hugo R. Zúñiga

La comprensión de los razonamientos jurídicos exige un análisis adecuado de la estructura lógica de los enunciados normativos. Para ello, es necesario traducirlos a un lenguaje formalizado.

El autor comienza por exponer algunos criterios orientadores para afrontar esa tarea, destacando el papel central que desempeña generalmente la consideración de las condiciones de verdad de los enunciados involucrados. Esto lo lleva a cuestionar la posibilidad de establecer la forma lógica de los enunciados que expresan normas, a menos que se admita, contrariamente a la opinión más común entre los filósofos, que es posible atribuirles valores de verdad. Además, encuentra que la atribución de valores de verdad es también necesaria para justificar una genuina lógica de normas.

Define las condiciones de verdad de las normas mediante una semántica de mundos posibles, y muestra la utilidad de ese enfoque para analizar algunas conocidas paradojas. Sobre esa base confronta dos concepciones de las normas condicionales, las llamadas «concepción puente» y «concepción insular», según la denominación introducida por Alchourrón. El autor defiende la segunda, entre otras razones, porque la considera más adecuada para dar cuenta del papel que desempeñan las descripciones en los enunciados normativos.

A partir de su rechazo de la concepción puente, cuestiona la difundida tesis según la cual la justificación de una sentencia judicial requiere que el contenido de la decisión sea una consecuencia deductiva de ciertas premisas normativas y fácticas.

Una metateoría del positivismo jurídico

Roberto M. Jiménez Cano

La cuestión sobre el estatuto teórico y metodológico del positivismo jurídico es una de las discusiones centrales en la filosofía del derecho contemporánea. En efecto, no solo quienes comparten las perspectivas juspositivistas, sino también aquellos otros que las rechazan, encuentran en sus postulados metateóricos un fecundo campo de análisis y debate. Este libro identifica el positivismo jurídico con un modo general y descriptivo de hacer teoría del derecho. Desde este punto de partida se abordan las cuestiones relativas al objetivo, caracteres y herramientas propias de esta escuela de pensamiento jurídico, aconsejando y justificando las transformaciones oportunas. Sin olvidar, por su parte, la exposición y discusión de las actuales versiones en pugna del positivismo jurídico: incluyente y excluyente. Filósofos y teóricos del derecho encontrarán en este libro un lugar desde el cual discutir las metas, instrumentos y tesis del positivismo jurídico y, en su caso, adscribirse a ellas.

Concepciones del derecho y de la verdad jurídica

Germán Suñer

La comprensión de la naturaleza de la verdad jurídica es, sin duda, uno de los desafíos capitales que debe enfrentar el pensamiento jurídico. Ella constituye, en efecto, el horizonte de proyección tanto de la práctica como de la teoría jurídica. No obstante, no se cuenta todavía con una formulación satisfactoria de este conjunto de interrogantes. En el presente libro, Germán Suñer se propone avanzar sobre el tópico sosteniendo que todo intento serio de respuesta exige una indagación acerca de las diferentes teorías sobre la naturaleza del derecho, así como de la distinción de ciertos niveles de análisis. De esta suerte, se examinan críticamente distintas concepciones del derecho en sus diversas variantes, y se defiende una versión del positivismo que consista las más importantes objeciones que le han sido dirigidas y que permite explicar adecuadamente las numerosas cuestiones involucradas en la elucidación de la verdad jurídica. En el contexto de esta discusión se abordan con precisión y originalidad temas de la mayor actualidad para la teoría del derecho, como la naturaleza y alcance de las tesis que definen el

positivismo jurídico, su eventual compromiso con el antirealismo, la interpretación del derecho, las dificultades que generan su identificación y aplicación, la indeterminación y la derritabilidad de las normas y su impacto en la determinación de los valores de verdad de los enunciados jurídicos, así como el juego de las nociones de aplicabilidad y pertenencia en el marco de la reconstrucción sistemática del material normativo. El análisis se ve enriquecido, asimismo, por los desarrollos de la filosofía contemporánea en el dominio de la ontología, la semiótica y las teorías de la verdad (como el realismo metafísico, el escepticismo semántico, la vaguedad o las concepciones deflacionaria y substantivas de la verdad), de los que el autor se vale para defender sus tesis. Uno de los meritos principales de esta obra es el haber logrado articular esa vasta multiplicidad de cuestiones en una exposición sistemática.

Este libro, lúcido y de exposición clara, contribuirá con toda certeza a una mejor intelección de las perplejidades que suscita la complejidad de la práctica y la teoría jurídica actual.

La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes

Sebastián Linares

En el desarrollo de la democracia, inevitablemente surgen dilemas constitucionales acerca de quién debe tener la última palabra institucional en el proceso político de toma de decisiones, y de acuerdo con qué criterios. Dentro de estos dilemas entra, en juego, el lugar que deben ocupar los jueces en las estructuras de decisión política desde la justicia constitucional. El libro presenta, pues, un ensayo que intenta abordar el problema de la *autoridad final* en una democracia, y para ello navega entre los diversos dilemas morales, normativos e institucionales que presenta el control judicial de las leyes en las democracias modernas. En este sentido, el libro nos alerta de los peligros de sobredimensionar el papel político de los jueces en detrimento del principio democrático, y lo hace a partir de un rico diálogo interdisciplinario entre la ciencia política, la teoría política, la filosofía del derecho y el derecho constitucional. Según el autor, el problema de la autoridad final en una democracia debe resolverse apelando a argumentos generales, relacionados con la igualdad, dignidad y autonomía de las personas y con el valor epistémico de los procedimientos de toma de decisiones. Luego de hacer un repaso minucioso del debate sobre los fundamentos del control judicial de las leyes, y decantarse por la corriente que defiende la supremacía del Poder Legislativo, el autor explora distintos modelos débiles de justicia constitucional, en los cuales la autoridad final recae en el Congreso, y propone un diseño alternativo con miras a promover el diálogo entre ramas de gobierno.

El concepto y la naturaleza del derecho

Robert Alexy

La explicación de la naturaleza del derecho y la consecuente configuración de su concepto ha sido desde la antigüedad un problema central de la filosofía del derecho. Al responder a este problema, la filosofía del derecho se ocupa en su ámbito de estudio del interrogante fundamental de la ontología, es decir, de qué es aquello que existe y cuáles son sus propiedades. Este libro contiene la traducción al castellano de tres ensayos de Robert Alexy, que representan su pensamiento más actual sobre la respuesta, apropiada para esta pregunta ontológica fundamental en el ámbito de lo jurídico: ¿Qué es el derecho?

En estos ensayos, Alexy clarifica y desarrolla con mayor detalle las tesis más emblemáticas de su teoría del derecho, algunas de las cuales ya habían sido plasmadas en su conocida obra: *El concepto y la validez del derecho*. Asimismo, Alexy sitúa su teoría en el marco de la discusión actual sobre el concepto de derecho. De esta manera, diáloga con las conocidas tesis del positivismo excluyente e incluyente, resalta las diferencias existentes entre estas concepciones y su visión del no-positivismo e intenta demostrar por qué esta última ofrece mayores posibilidades de corrección teórica y práctica. Finalmente, Alexy también ofrece una caracterización de la filosofía del derecho y explica cuáles son las propiedades que mejor la definen como rama de la filosofía que reflexiona sobre el fenómeno jurídico.