



II Conferencia Internacional  
& XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal  
IIDP (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal)  
IAPL (International Association of Procedural Law)



# La prueba en el proceso

*Evidence in the process*





ROCESSUS IUDICII



Instituto Iberoamericano  
de Derecho Procesal

[www.iidp.org](http://www.iidp.org)

El Instituto tiene por objeto, entre otros cometidos, fomentar en todos los órdenes la investigación, el estudio, el desarrollo científico y la difusión del Derecho Procesal en sus distintas ramas y desenvolver todas aquellas actividades e iniciativas que contribuyan al mejoramiento de las actividades procesales y de una justicia efectiva y eficiente, a realzar el prestigio del Instituto y a estrechar los lazos de solidaridad entre sus socios.

*The Institute's object is, among others, to promote in all fields the research, study, scientific development and diffusion of procedural law in its different areas and to develop all kinds of actions and initiatives that contribute to the improvement of the procedural activities and of an effective and efficient justice, to highlight the Institute's prestige and to strengthen the bonds among its members.*



[www.iapl.org](http://www.iapl.org)

El objeto de la Asociación es promover el desarrollo de los estudios de Derecho Procesal mediante el fomento de la colaboración entre los abogados y los académicos de diferentes países y el intercambio de información sobre fuentes, publicaciones, prácticas y decisiones judiciales. Además, participar con otros expertos jurídicos con el objeto promover el estudio de las cuestiones procesales en las Instituciones de Investigación nacionales e Internacionales.

*The Association's object is to promote the development of the study of procedural law by encouraging collaboration among lawyers and academics in different countries and the exchange of information on sources, publications, practice and adjudication. Further, to participate with other juridical experts to promote the study of procedural matters in national and international research institutions.*



# **La prueba en el proceso**

***Evidence  
in the process***

# La prueba en el proceso

## *Evidence in the process*

II Conferencia Internacional &  
XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal

**IIDP**

(Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal)

**IAPL**

(International Association of Procedural Law)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2018 Los autores

© 2018 Atelier

Vía Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: [editorial@atelierlibros.es](mailto:editorial@atelierlibros.es)

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

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-17597-22-1

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

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

# Índice

---

<b>FOREWORD</b> .....	15
<i>Loïc Cadet</i>	
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	17
Eduardo Oteiza	
<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	21
<i>Eduardo Oteiza</i>	
<b>PRESENTACIÓN. SALAMANCA: LUGAR DE ENCUENTRO</b> .....	25
<i>Lorenzo M. Bujosa Vadell</i>	

## PONENCIAS GENERALES

<b>EVIDENCE AND TRUTH IN PROCEDURAL LAW</b> .....	31
<i>Michele Taruffo</i>	
1. Deciding on facts .....	31
2. Applying the law .....	33
3. A concept of truth .....	34
4. Nature and function of evidence .....	40
Selected Bibliography .....	46
<b>CURRENT DEVELOPMENTS OF THE LAW OF EVIDENCE FROM A COMPARATIVE POINT OF VIEW. GENERAL REPORT</b> .....	49
<i>Rolf Stuermer</i>	
I. Introductory Remarks .....	49
II. Procedural Requirements of Entrance into the Fact Finding stage .....	50
III. Burden of Proof, Burden to Adduce Evidence and Obligations to Disclose Evidence .....	54
IV. Written Witness Statements and Examination of Witnesses .....	62
V. Court Records and Modern Techniques of Documentation .....	66

VI. Digitalization and Electronic Evidence . . . . .	67
VII. Standards of Evidence Assessment . . . . .	69

**PONENCIA SOBRE  
FACULTADES DEL JUEZ EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA  
Y ACUERDOS PROBATORIOS**

<b>EL ACUERDO SOBRE LA PRUEBA Y LOS OBJETIVOS DEL PROCESO CIVIL . . . . .</b>	<b>79</b>
<i>Luiz Guilherme Marinoni</i>	
1. Introducción . . . . .	79
2. Libertad y proceso civil . . . . .	80
3. Acuerdo procesal, libertad y fines del proceso . . . . .	83
4. Acuerdo sobre la prueba y convicción del juez . . . . .	84
5. Acuerdo en beneficio de la formación de la convicción . . . . .	85
6. Acuerdo sobre la prueba y regla de exclusión . . . . .	87
7. Facultades del juez y acuerdo sobre la prueba . . . . .	88
8. Acuerdo sobre la prueba e imposibilidad de prescindir de la debida convicción para realizar el derecho fundamental a la tutela judicial y cumplir con el deber del juez de prestarla adecuadamente . . . . .	89
9. Acuerdo limitador de la prueba y arbitraje . . . . .	92
10. Los terceros y la sociedad como destinatarios de la prueba . . . . .	93
11. Acuerdo sobre la prueba y cosa juzgada sobre cuestión . . . . .	94
12. La importancia de la debida información sobre los hechos para el desarrollo del derecho y la garantía de su unidad. . . . .	98
13. Acuerdo sobre la prueba, seguridad jurídica, libertad e igualdad . . . . .	100
14. Conclusiones . . . . .	103

**PONENCIAS SOBRE  
FLEXIBILIZACIONES EN LA CARGA DE LA PRUEBA**

<b>FLEXIBILIZACIONES EN LA CARGA DE LA PRUEBA . . . . .</b>	<b>107</b>
<i>Jorge W. Peyrano</i>	
1. La condición postmoderna. El postmodernismo procesal. . . . .	107
2. La flexibilidad procesal . . . . .	109
3. Cargas de la prueba. Alcances e implicancias . . . . .	111
4. Flexibilización de las cargas probatorias. Su devenir histórico. Motivos y clases . . . . .	118
5. Final . . . . .	123
Bibliografía general . . . . .	125
Síntesis de Informes Nacionales . . . . .	126
<b>LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA. ENTRE LA CONFUSIÓN Y LO INNECESARIO. . . . .</b>	<b>131</b>
<i>Jordi Ferrer Beltrán</i>	
1. Introducción . . . . .	131

2. La concepción clásica: dos facetas conceptualmente vinculadas de la carga de la prueba . . . . .	133
3. La doctrina de la carga dinámica de la prueba . . . . .	137
4. Algunas confusiones sobre la carga de la prueba y, en especial, sobre la carga dinámica. . . . .	140
5. La carga dinámica de la prueba no es el mecanismo más adecuado para establecer los incentivos que se buscan . . . . .	145
Bibliografía . . . . .	147

## PONENCIAS SOBRE PROCESO Y PRUEBA ILÍCITA

<b>REGLAS DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y PRUEBA ILÍCITA EN IBEROAMÉRICA: UN REPORTE DESDE EL DERECHO FUNDAMENTAL A PROBAR . . . . .</b>	<b>153</b>
<i>Giovanni F. Priori Posada</i>	
I. Introducción . . . . .	153
II. El derecho fundamental a probar . . . . .	156
III. Las reglas de exclusión . . . . .	159
IV. La prueba ilícita . . . . .	163
V. A modo de conclusión . . . . .	174

<b>ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE IN CIVIL LITIGATION: A COMPARATIVE PERSPECTIVE . . . . .</b>	<b>175</b>
<i>Luca Passanante</i>	
1. Introduction . . . . .	176
2. Can be considered «illegal» the evidence obtained with infringement of procedural rules? . . . . .	176
3. The silence of statute law in civil litigation . . . . .	181
4. Some Court reactions to statute law silence . . . . .	182
5. Lack of regulation as a an axiological gap . . . . .	192
6. Deducing from principles the exclusionary rule against illegally obtained evidence . . . . .	194
7. Conclusion . . . . .	196

## PONENCIAS SOBRE ESTÁNDARES PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

<b>ESTÁNDARES DE PRUEBA Y VALORACIÓN PROBATORIA . . . . .</b>	<b>201</b>
<i>Xavier Abel Lluch</i>	
1. Introducción . . . . .	201
2. Un punto de partida: la concepción racional de la decisión judicial . . . . .	202
3. La dosis de prueba . . . . .	202
4. La valoración probatoria . . . . .	210
Bibliografía . . . . .	223



<b>EVIDENTIARY STANDARDS AND ASSESSMENT OF EVIDENCE ACROSS LEGAL SYSTEMS. GENERAL REPORT</b> .....	225
<i>Dr. Catherine Piché, Prof.</i>	
Introduction .....	226
Avant-Propos Regarding Terminology .....	228
I. The Search for Truth .....	229
II. Evidentiary Assessments .....	231
III. Standards of Proof .....	235
IV. Criticizing the Models and Looking Ahead .....	245
Bibliography .....	248

**PONENCIAS SOBRE  
PRUEBA TESTIFICAL: PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN, MEDIDAS  
DE PROTECCIÓN, TÉCNICAS DE INTERROGATORIO  
Y CUESTIONES ESPECÍFICAS DE VALORACIÓN**

<b>PRUEBA TESTIFICAL: PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN, MEDIDAS DE PROTECCIÓN, TÉCNICAS DE INTERROGATORIO Y CUESTIONES ESPECÍFICAS DE VALORACIÓN EN IBEROAMERICA.</b> .....	253
<i>Darci Guimarães Ribeiro</i>	
Introducción .....	254
I. Admisibilidad del testigo en iberoamerica .....	255
II. Protocolos de actuación y técnicas de interrogatorio del testigo en los diversos países iberoamericanos. ....	265
III. Valoración de la prueba de testigo .....	273
<b>ORALITY, EVIDENCE AND COMMON LAW PROCEDURE: WHERE ARE WE NOW? ..</b>	277
<i>David Bamford</i>	
Orality as form of proof .....	280
Orality and Advocacy .....	288
Orality and judgments. ....	295
Where to next? .....	298

**PONENCIAS SOBRE  
INDICIOS Y SU RELEVANCIA PROBATORIA**

<b>EL CONOCIMIENTO INDICIARIO COMO EVIDENCIA INFERENCIAL</b> .....	303
<i>Rodrigo Rivera Morales</i>	
Introducción .....	303
1. Consideraciones generales .....	305
2. Etimología e historia. ....	308
3. Concepto y definición de indicio. ....	316
4. Naturaleza del indicio. ....	319
5. La aportación indiciaria en el proceso. ....	324
6. Una metodología en el razonamiento indiciario. ....	329

<b>PRESUMPTION AND ITS EVIDENTIARY RELEVANCE</b> .....	351
<i>Takuya Hatta</i>	
I. Introduction .....	351
II. Confirming the premises of the following discussion .....	351
III. Meaning of presumption .....	355
IV. Significance of presumption .....	358
V. Prohibition of examining evidence ex officio .....	361
VI. Conclusion .....	362

### **PONENCIAS SOBRE PRUEBA ELECTRÓNICA: PROBLEMAS DEL PRESENTE Y RETOS DEL FUTURO**

<b>LA PRUEBA ELECTRÓNICA. PROBLEMAS DEL PRESENTE Y RETOS DEL FUTURO. EL USO DE RECURSOS TECNOLÓGICOS Y ELECTRÓNICOS DURANTE LA TRAMITACIÓN DE PROCESOS JURISDICCIONALES</b> .....	367
---	-----

*Carina Gómez Fröde*

I. La introducción de las nuevas tecnologías al proceso judicial. ....	367
II. Aproximación a la prueba electrónica. ....	370
III. Valor probatorio de los documentos electrónicos. ....	374
IV. La distribución de la carga de la prueba .....	376
V. La garantía de origen, integridad, inalterabilidad y autenticidad de la prueba electrónica .....	377
VI. Breve referencia a la prueba electrónica en argentina, panamá, uruguay y méxico .....	379

<b>CHALLENGES OF ELECTRONIC TAKING OF EVIDENCE: OLD PROBLEMS IN A NEW GUISE AND NEW PROBLEMS IN DISGUISE</b> .....	391
--	-----

*Xandra Kramer*

1. Introduction .....	391
2. Electronic Evidence: National Approaches and Definition. ....	393
3. Legal Framework for Digital Evidence and Equivalence Rules .....	397
4. A Selection of Topical Issues: Old and New Problems .....	401
5. Concluding Remarks: Current and Future Challenges .....	409

### **PONENCIAS SOBRE INDEPENDENCIA DEL PERITO Y RESGUARDO DE LA IDONEIDAD TÉCNICA DEL EXPERTO**

<b>INDEPENDENCIA DEL PERITO Y RESGUARDO DE SU IDONEIDAD TÉCNICA —PERSPECTIVA IBEROAMERICANA DE LA JUSTICIA CIVIL—</b> .....	413
---	-----

*Dlana María Ramírez Carvajal*

Introducción .....	413
1. La prueba pericial en el contexto del proceso iberoamericano .....	415

2. Los deberes del perito en el proceso .....	425
3. Perspectivas sobre el resguardo de la idoneidad técnica del perito. ....	439
Conclusiones .....	442
Bibliografía .....	444

**GUARANTEEING THE INDEPENDENCE AND TECHNICAL SUITABILITY OF THE EXPERT .....** 447

*Olivier Leclerc*

1. The independence of the expert and personal relationships .....	451
2. The independence of the expert and economic relationships .....	456
3. Independence and legal relation between the expert and the sponsor of the expertise. ....	464
References. ....	468

**PONENCIAS SOBRE PRUEBA CIENTÍFICA. CUESTIONES DEL FUTURO: INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y NEUROCIENCIA**

**PRUEBA CIENTÍFICA. CUESTIONES DE FUTURO: NEUROCIENCIA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL .....** 473

*Jordi Nieva Fenoll*

1. Introducción .....	473
2. La prueba científica en una paradoja: auge y crisis. ....	475
3. La neurociencia: una matizable decepción. ....	480
4. Un futuro probable: la inteligencia artificial (IA). ....	487
5. Conclusiones. ....	494

**PROOF, PROBABILITY, AND STATISTICS: THE DANGERS OF «DELUSIVE EXACTNESS» .....** 497

*Susan Haack*

1. Opening Remarks .....	497
2. The Epistemological Backdrop .....	501
3. The Legal Foreground. ....	504
4. Concluding Remarks. ....	517
Bibliography .....	518
Cases Cited .....	521

**PONENCIAS SOBRE COOPERACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL Y PRUEBA**

**COOPERACIÓN PROCESAL PENAL Y PRUEBA .....** 525

*Lorenzo M. Bujosa Vadell*

1. Introducción .....	525
2. Las dimensiones constitucionales de la cooperación procesal. ....	527
3. La perspectiva transnacional del derecho a la prueba. ....	531

4. Algunas cuestiones específicas sobre la obtención de la prueba en el proceso civil .....	544
5. Algunas cuestiones específicas sobre la obtención de prueba en el proceso penal .....	546
6. El reto de la obtención transnacional de prueba electrónica .....	548
7. La cooperación transnacional para la obtención de prueba y el instituto iberoamericano de derecho procesal: el Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica .....	550
8. Cooperación procesal en materia de prueba y tribunales internacionales. ....	552
9. Conclusiones. ....	553

<b>INTERNATIONAL COOPERATION AND EVIDENCE IN THE NORDIC, BALTIC, AND FORMER SOCIALIST COUNTRIES; CONTINENTAL EUROPE, AND COMMON LAW EUROPE .....</b>	<b>555</b>
--	------------

*Dr. Laura Ervo*

1. Global Cooperation – The Hague 1970 Convention .....	556
2. European Cooperation .....	559
3. Other forms of cooperation .....	566
4. Specific Issues .....	570
5. Conclusions .....	579

## PONENCIAS SOBRE PRUEBA Y ARBITRAJE

<b>LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE. INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS I.B.A. EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL .....</b>	<b>583</b>
---	------------

*Jorge A. Rojas*

1. Introducción .....	583
2. Los sistemas arbitrales y el lenguaje .....	584
3. Aspectos vinculados a la prueba documental .....	586
4. La prueba testimonial .....	588
5. La producción de la prueba pericial .....	589
6. A modo de conclusiones .....	591

<b>A PROVA DO DIREITO EM PROCESSO ARBITRAL. IURA NOVIT CURIA .....</b>	<b>595</b>
--	------------

*Paula Costa e Silva*

## PONENCIAS DEL PANEL REFORMAS PROCESALES Y PRUEBA EN IBEROAMÉRICA

<b>EL ESTADO Y EL AVANCE DE LA CIENCIA PROCESAL RESPECTO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN VISTAS A POSIBLES REFORMAS .....</b>	<b>603</b>
---	------------

*Selva Anabella Klett Fernández*

1. Propósito .....	603
2. El objeto del proceso y el objeto de la prueba .....	604

3. La perspectiva constitucional . . . . .	606
4. Las condicionantes del proceso . . . . .	607
5. El aporte de otras disciplinas . . . . .	609
6. Los momentos de la prueba. La necesaria distinción de roles de los sujetos . . . . .	610
7. El necesario desarrollo argumentativo . . . . .	621
Bibliografía . . . . .	622
<b>PROVAS – NOVIDADES RECIENTES . . . . .</b>	<b>625</b>
<i>Teresa Arruda Alvim</i>	
1. «Livres» convencimiento motivado? . . . . .	626
2. Prova emprestada . . . . .	627
3. Ônus dinâmico da prova . . . . .	628
4. Negócio jurídico processual: perito consensual . . . . .	629
5. Produção antecipada de prova . . . . .	632
6. O dever de colaboração no processo civil brasileiro . . . . .	633
7. Os poderes instrutórios do juiz no CPC: simplificação de prova pericial . . . . .	635
<b>NUEVO CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE COLOMBIA . . . . .</b>	<b>637</b>
<i>Ulises Canosa Suárez</i>	
I. Antecedentes . . . . .	637
II. Propósitos del CGP . . . . .	639
III. Novedades probatorias del CGP . . . . .	646
<b>LOS RETOS DE UNA REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL. UNA LECTURA DESDE PANAMÁ . . . . .</b>	<b>653</b>
<i>Abel Augusto Zamorano</i>	
Conclusiones y recomendaciones . . . . .	664
Referencias bibliográficas . . . . .	665
<b>A VUELTAS CON LOS PACTOS PROCESALES PROBATORIOS . . . . .</b>	<b>667</b>
<i>Joan Picó i Junoy</i>	
1. Introducción . . . . .	667
2. El derecho constitucional a la prueba como fundamental del sistema probatorio y sus repercusiones procesales . . . . .	669
3. Pactos sobre iniciativa probatoria . . . . .	671
4. Pactos sobre medios de prueba . . . . .	672
5. Pactos sobre carga de la prueba . . . . .	673
6. Pactos sobre valoración de la prueba . . . . .	674
7. Reflexión final . . . . .	675

# FOREWORD

As the President of the *International Association of Procedural Law*, it is my privilege and my honour, also my great pleasure, to introduce this book that brings together the proceedings of the annual conference of the association.

This conference is an important event in many ways.

Important first because of its context. This conference coincides with the Eight Centennial of the foundation of the University of Salamanca, one of the most ancient and famous European university, the oldest university in the Hispanic world. I must warmly thank here Professor Lorenzo M. Bujosa Vadell, the master builder of this conference, who made possible this favourable constellation in accepting to host this event.

Important also regarding its sponsors. This conference is indeed a joint conference of the *International Association on Procedural Law* and of the *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* for which it will be the XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. This joint venture is not the first one. We already worked together for organizing the XXIII Iberoamerican Conference of Procedural Law and the annual conference of the International Association of Procedural Law on collective proceedings and class actions, in Buenos Aires in 2012. This event was very successful and invited us to repeat it in the future. For both events I have had the great chance to co-operate with my dear friend Professor Eduardo Oteiza, president of the *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* and also vice-president of the *International Association of Procedural Law*. I wish to highlight here the extraordinary energy, vitality and creativity of the Iberoamerican scholars in the procedural field.

Important finally with respect to its topic. Evidence in the process is not only a procedural issue. Evidence is also part of the substance of the law. No evidence, no right. *Idem est non esse et non probari*. As suggested by the Latinity of this adage, the conference deals with a very traditional issue of law but this issue is constantly renewed under the influence of economic, social and technological changes. In this regard, are particularly significant the topics related to evidentiary agreements, flexibilisation of the evidentiary process, impact of new technologies and internationalisation of procedural cooperation on evidence.

Of course no one cannot ignore the importance of the cultural dimension of the issue. The question is not longer that of the distinction between the common law and the civil law. Differences separate the jurisdictions traditionally attached to these two legal so-called families. The forum provided by this conference is an extraordinary opportunity to better understand the way in which the law of evidence in the world is coloured in all its nuances.

Loïc Cadiet  
*Presidente de la International Association of Procedural Law*  
Paris, 20 July 2018

# PRESENTACIÓN

El octavo centenario de la Universidad de Salamanca, la significación de acudir a la sede de la Alma Máter de las universidades hispanoamericanas, la realización de una Conferencia Internacional coorganizada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la Asociación Internacional de Derecho Procesal que es, también, la XXVI Jornada del Instituto, y la calidad de los aportes sobre la prueba en el proceso realizados por los distinguidos académicos que participaron en el libro, constituyen un marco sugerente y atractivo cargado de simbolismo.

Los ocho siglos de la Universidad de Salamanca transcurridos desde que Alfonso IX de León la fundara en 1218 y el rey Alfonso X estableciera la normativa de su organización en 1254, muestran que el concepto de las VII Partidas, expresado como el *Ayuntamiento de maestros et de escolares que es fecho en algún logar con voluntat et con entendimiento de aprender los saberes* (Partida II, Título XXXI, Ley 1), poseía el germen de una auténtica revolución al permitir que la corporación universitaria tomara a su cargo la difusión y creación de conocimiento. Lo cual trajo consigo superar el dominio que en materia de educación superior detentaba en soledad la Iglesia.

En el escudo de Salamanca puede leerse *Omnium scientiarum princeps Salamantica docet* —la Universidad de Salamanca enseña los principios de todas las ciencias— que en una versión menos literal sería: los principios de todas las ciencias se enseñan en la Universidad de Salamanca. Hay en esas palabras una invocación a la necesidad de reunir las áreas de conocimiento y de hacerlas convivir interdisciplinariamente, no con una pretensión totalizadora sino por el respeto a la diversidad y por el reconocimiento de las bondades del diálogo entre quienes no coinciden en sus enfoques y percepciones de la realidad.

El modelo institucional universitario de Salamanca, desde sus primeros estatutos del S. XVI, así como por su espíritu y método, tuvo una enorme gravitación en América Latina. En aquella centuria sus primeras universidades: Santo Domingo, Lima y México, reconocen a Salamanca como su Alma Máter, así como lo harán luego Caracas y Santafé de Bogotá. Es reconocida la incidencia, con variadas intensidades, de la *Salamantica docet* en el mundo académico de América Latina.



El Instituto es una manifestación de la cultura universitaria salmantina, por una gran variedad de razones, entre ellas su capacidad para unir a académicos, de una multiplicidad de países, con una preocupación común por mejorar los problemas que debe enfrentar la justicia estatal, formados en universidades que de forma directa o indirecta recibieron el influjo de Salamanca. La generosa invitación del profesor Lorenzo Mateo Bujosa Vadel resultó irresistible para el Instituto. De ese modo nos hacía partícipes de una fiesta de celebración del mejor sentido de la vida universitaria hispanoamericana.

La Asociación Internacional en sus más de sesenta años de historia tiene lazos muy fuertes con el Instituto Iberoamericano. Niceto Alcalá Zamora y Castillo, y James Goldschmidt, en una reunión mantenida en Valencia en 1936, se plantearon la importancia de dar vida a un Instituto Internacional de Derecho Procesal. Debatieron sobre cómo lograr aquello que hoy es para nosotros una realidad compartida. Goldschmidt partiría al exilio dos años después al no poder regresar a Alemania. La guerra civil determinaría que Alcalá Zamora y Castillo también debiera huir de España. América Latina fue para ellos un refugio en el que encontraron hospitalidad. Los lazos de aquella generación de procesalistas, acuñados en un contexto marcado por los sufrimientos y por el deseo de dejarlos atrás, constituyeron la base que permitió fortalecer el Instituto y la Asociación. En esas dos historias hay hitos que ayudan a comprender el presente. América y Europa brindaron el impulso necesario para crear una comunidad preocupada por problemas que trascienden el capricho de las fronteras. En 1960 Alcalá Zamora y Castillo es elegido primer presidente del Instituto y en 1972 también tuvo a su cargo la presidencia de la Asociación. Puede parecer anecdótico pero aquella reunión de 1936 tuvo ecos que hoy llegan a nosotros.

Aquél primer estímulo contrasta con la vida de la Asociación que ha dejado de tener como principal referencia a Europa y América Latina para afrontar compromisos en Asia. Prueba de ello es que el último Congreso Mundial se realizó en Estambul (2015), en el confín de ambos continentes, y el próximo tendrá lugar en Kobe (2019).

Lo menciono debido a que los ocho siglos de Salamanca nos hacen reflexionar sobre cómo ideas embrionarias pueden madurar como instituciones trascendentes. En 1218 pensar en una casa de altos estudios era casi una osadía. En 1936 dos hombres hostigados por la violencia se permitieron soñar con asociar a quienes se interesan por la justicia.

En Buenos Aires, en 2012, la Asociación y el Instituto deciden organizar en forma conjunta la Primera Conferencia Internacional de Derecho Procesal. En Salamanca asistiremos a la Segunda Conferencia Internacional del Instituto y la Asociación. Los miembros del Instituto son activos participantes de la vida de

la Asociación y al mismo tiempo los de la Asociación asiduamente concurren a las actividades del Instituto y comparten desafíos y proyectos con sus colegas latinoamericanos. Desde perspectivas propias y con identidades definidas la Asociación y el Instituto alientan un espacio común en el cual diversidad e identidad son manifestaciones que permiten intentar dar respuestas a problemas no sujetos a entidades territoriales o a mal entendidas zonas de reserva.

Me ha tocado en los últimos ocho años ser testigo de la labor de la Comisión Directiva del Instituto y del Presidium de la Asociación orientados a consolidar la iniciativa de reunir cada seis años ambas instituciones que caminan juntas sobre senderos que permanentemente se entrecruzan.

El volumen que tengo el honor y la alegría de presentar con mis entrañables amigos, los profesores Loïc Cadiet y Lorenzo M. Bujosa Vadell, contiene los relatos de reconocidos académicos sobre la prueba, lo cual supone hablar del desafío de representar el pasado en el presente, de intentar reconstruir hechos, de escudriñar en toda la verdad que puede ser posible incorporar al proceso con la finalidad de obtener una decisión justa. Es un tema central, de todos los tiempos, que en éste volumen es examinado con una gran exhaustividad y sin rehuir la interpelación de las urgencias que se deben enfrentar en un escenario de una gran complejidad y ante intensos requerimientos de una sociedad veloz y con una profunda necesidad tanto de transparencia como de rescatar los mejores valores, aquellos que dan sentido a una vida digna.

El temario atrayente, que presentan en este volumen la Asociación y el Instituto, ha tomado nociones sustantivas sobre la prueba que son desarrolladas aquí por quienes han asumido el compromiso de orientarnos en la discusión, por lo cual expreso todo nuestro agradecimiento.

Eduardo Oteiza  
*Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*  
La Plata, invierno de 2018



# APRESENTAÇÃO

O Oitavo centenário da Universidade de Salamanca, a significação de acudir a sede da *Alma Mater* das universidades hispano-americanas, a realização de uma conferência internacional coorganizada pelo Instituto Iberoamericano de Direito Processual e a Associação Internacional de Direito Processual que é, também, a XXVI Jornada do Instituto, e a qualidade dos aportes sobre a prova no processo realizados pelos distintos acadêmicos que participaram no livro, constituem um marco relevante e atrativo carregado de simbolismo.

Os oito séculos da universidade de Salamanca transcorridos desde que Alfonso IX de Léon a fundou em 1218 e o rei Alfonso X estabeleceu a normativa de sua organização em 1254, mostram que o conceito das VII Partidas, expressado como o *Ayuntamiento de maestros et de escolares que es fecho en algún logar con voluntat et con entendimiento de aprender los saberes* (Partida II, Título XXXI, Ley 1), possuía o germe de uma autêntica revolução ao permitir que a corporação universitária tomasse para si a difusão e criação do conhecimento. O qual trouxe consigo a superação do domínio que em matéria de educação superior pertencia exclusivamente a Igreja.

No escudo de Salamanca pode se ler *Omnium scientiarum princeps Salamantica docet* —a Universidade de Salamanca ensina os princípios de todas as ciências— que em uma versão menos literal seria: os princípios de todas as ciências são ensinados na Universidade de Salamanca. Há nestas palavras um chamado para a necessidade de reunir as áreas de conhecimento e de fazê-las conviver interdisciplinarmente, não como uma pretensão totalizadora, mas sim pelo respeito à diversidade e pelo reconhecimento das bondades do diálogo entre aqueles que não coincidem seus enfoques e percepções da realidade.

O modelo institucional universitário de Salamanca, desde seus primeiros estatutos do S. XVI, assim como por seu espírito e método, teve uma enorme gravitação na América Latina. Naquele século as primeiras universidades: Santo Domingo, Lima e México, reconheceram Salamanca como sua *Alma Mater*, assim como o fizeram logo Caracas e Santa Fé de Bogotá. É reconhecida a incidência, com variadas intensidades, da *Salamantica docet* no mundo acadêmico da América Latina.

O Instituto é uma manifestação da cultura universitária salmantina, por uma grande variedade de razões, entre elas sua capacidade para unir acadêmicos, de uma multiplicidade de países, com uma preocupação comum em melhorar os problemas que deve enfrentar a justiça estatal, formados em universidades que de forma direta ou indireta receberam o influxo de Salamanca. O generoso convite do professor Lorenzo Bujosa Vadel resultou irresistível para o Instituto. Deste modo nos tornava partícipe de uma festa de celebração no melhor sentido da vida universitária hispano-americana.

A Associação Internacional em seus mais de sessenta anos de história possui laços muito fortes com o Instituto Iberoamericano. Niceto Alcalá Zamora y Castillo, e James Goldschmidt, em uma reunião feita em Valência em 1936, identificaram a importância de dar vida a um Instituto Internacional de Direito processual. Debateram sobre como lograr aquilo que hoje é para nós uma realidade compartilhada. Goldschmidt partiria ao exílio dois anos depois ao não poder regressar para Alemanha. A guerra civil determinaria que Niceto Alcalá Zamora y Castillo também tivesse que fugir da Espanha. América Latina foi para eles um refugio na qual encontraram hospitalidade. Os laços daquela geração de processualistas, gravados em um contexto marcado pelos sofrimentos e pelo desejo de deixá-los para trás, constituíram a base que permitiu fortalecer o Instituto e a Associação. Nestas duas histórias existem pessoas fundamentais que ajudam a compreender o presente. América e Europa brindaram o impulso necessário para criar uma comunidade preocupada com problemas que transcendem o capricho das fronteiras. Em 1960 Alcalá Zamora y Castillo é eleito primeiro presidente do Instituto e em 1972 também teve a seu cargo a presidência da Associação. Pode parecer anedótico, mas aquela reunião de 1936 produziu ecos que hoje chegam a nós.

Aquele primeiro estímulo contrasta com a vida da Associação que deixou de ter como principal referência a Europa e América Latina para afrontar compromissos na Ásia. Prova disso é que o último Congresso Mundial realizou-se em Istambul, em 2015, no confim de ambos os continentes, e o próximo terá lugar em Kobe (2019).

O menciono devido a que os oito séculos de Salamanca nos fazem refletir sobre como ideias embrionárias podem amadurecer como instituições transcendentes. Em 1218 pensar em uma casa de altos estudos era quase uma ousadia. Em 1936 dois homens fustigados pela violência se permitiram sonhar com associar a todos aqueles que se interessassem pela justiça.

Em Buenos Aires, em 2012, a Associação e o Instituto decidem organizar de forma conjunta a Primeira Conferência Internacional de Direito Processual. Em Salamanca assistiremos à Segunda Conferência Interacional do Instituto e da

Associação. Os membros do Instituto são ativos participantes da vida da Associação e ao mesmo tempo os da Associação assiduamente concorrem nas atividades do Instituto e dividem desafios e projetos com seus colegas latino-americanos. Desde perspectivas próprias e com identidades definidas a Associação e o Instituto animam um espaço comum no qual diversidade e identidade são manifestações que permitem buscar respostas a problemas não sujeitos a entidades territoriais ou mal entendidas zonas de reserva.

Coube a mim nos últimos oito anos ser testemunha do trabalho da Comissão Diretiva do Instituto e do *Presidium* da Associação orientados a consolidar a iniciativa de reunir a cada seis anos ambas as instituições que percorrem juntas sobre caminhos que permanentemente se entrecruzam.

O volume que tenho a honra e a alegria de apresentar com meus entranháveis amigos, os professores Loïc Cadiet e Lorenzo M. Bujosa Vadell, contém os relatos de reconhecidos acadêmicos sobre a prova, o qual supõe falar do desafio de representar o passado no presente, de tentar reconstruir fatos, de esquadriñar em toda a verdade que pode ser possível incorporar ao processo com a finalidade de obter uma decisão justa. É um tema central, de todos os tempos, que neste volume é examinado com uma grande exaustividade e sem retirar a interpretação das urgências que se deve enfrentar em um cenário de uma grande complexidade e diante de intensos requerimentos de uma sociedade veloz e com uma profunda necessidade tanto de transparência como para resgatar os melhores valores, aqueles que dão sentido a uma vida digna.

O temário atraente, que apresentam neste volume a Associação e o Instituto, tomou noções substantivas sobre a prova que são desenvolvidas aqui por aqueles que assumiram o compromisso de orientar-nos na discussão, pelo qual expresso todo nosso agradecimento.

Eduardo Oteiza  
*Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*  
La Plata, inverno de 2018



# PRESENTACIÓN

## Salamanca: lugar de encuentro

Es bien sabido que la Universidad de Salamanca este año 2018 cumple un aniversario especial, que quiere compartir con el resto de instituciones docentes e investigadoras de alto nivel en todo el mundo, como la universidad más antigua del ámbito hispánico y que influyó históricamente en la conformación de numerosas universidades en lugares muy lejanos, en particular en el continente americano. Por ello se quiso proponer en 2012, en el gran evento científico que tuvo lugar en Buenos Aires, que Salamanca organizara un nuevo encuentro con el fin de reflexionar en voz alta y debatir en torno a algún tema de plena actualidad en el Derecho Procesal.

Lo que en principio iban a ser exclusivamente las XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, gracias a la generosidad de dos personas sabias y voluntariosas, los profesores Loïc Cadiet y Eduardo Oteiza, se convirtió en un proyecto más amplio y ambicioso, adjetivos a los que no me cuesta nada añadir el de atrevido, porque supone tratar de reunir en nuestra antigua ciudad universitaria a máximos referentes del estudio procesalista, no sólo del ámbito de nuestra querida América Latina, lo cual no hubiera sido poco, sino añadir a ello las visiones de otros ámbitos culturales muy diversos, representados todos en esa activa organización que es la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

No es posible reunir las jornadas bianuales del Instituto Iberoamericano que se vienen celebrando desde hace largo tiempo en los años pares con el Congreso Mundial que organiza la Asociación cada cuatro años impares, y que nos va a convocar el año próximo en el Lejano Oriente. Pero la ocasión del octavo centenario nos motivó especialmente para invitar a especialistas, profesionales, estudiantes y estudiosos en general del Derecho procesal a partir de una convocatoria común, en la que por segunda vez en la historia, tras la magnífica experiencia a orillas del Río de la Plata, ambas instituciones de nuevo aunaran esfuerzos y nos dieran el privilegio de demostrar la hospitalidad del viejo Estudio salmantino.

La edad propecta tiene sus ventajas y una de ellas es que durante muchos lustros el intercambio científico con Salamanca ha sido fructífero en muchos campos del conocimiento, y en especial diría que en el jurídico. Muchos de los que



nos reunimos en esta II Conferencia Internacional conjunta han pasado antes por sus aulas o tienen relaciones más o menos directas con integrantes de nuestro Estudio. Por ello, este es un motivo más de celebración en este octavo centenario que los procesalistas queremos compartir con todos los colegas que nos visitan o que, imposibilitados para ello, al leer estos estudios que siguen a estas primeras páginas, van a poder ser copartícipes de estas apasionantes jornadas en que se tratan con minuciosidad temas de primera línea en el debate procesalista contemporáneo.

Salamanca es acogedora, sabe combinar el recibimiento a personas que vienen de lugares diversos de España y del mundo y los acepta como propios, a pesar de los fríos rigurosos o de los veranos calientes, que hemos tratado de esquivar con una convocatoria en lo que suele ser el templado otoño castellano. En octubre las clases han empezado ya y el alegre ambiente estudiantil desborda las calles salmantinas, contagiando el espíritu de los profesores que ya van para mayores, y recordándonos lo mucho que queda por aprender.

Como no se entiende Salamanca sin estudiantes, éstos son también protagonistas de nuestra cita. No sólo nos interesan las opiniones de los ínclitos investigadores, de los jueces esforzados, de los abogados litigantes, de los pacientes procuradores, sino que también en nuestra ciudad nos enseñan los estudiantes, sin elitismos excluyentes, ni altiveces antinaturales. La convocatoria es múltiple y proteica, porque de la suma sale el provecho para todos, y no hay opinión ignorante cuando uno piensa por sí mismo, cuando a partir del esfuerzo y el estudio trata de construir conocimiento.

No era sencillo encontrar una vertiente de nuestra especialidad que no hubiera sido ya objeto de detenido estudio por las grandes instituciones procesalistas del mundo en sus congresos, pero nos quedamos sorprendidos cuando nos dimos cuenta que faltaba poner como centro transversal de debate de nuestros encuentros de la IAPL y del IIDP nada más y nada menos que a prueba y todo lo que ella implica. De ahí se pasó a tratar de desmenuzar cuáles eran esos aspectos parciales que partían de ese tronco nuclear y que merecían una revisión actualizada. Si me permiten una confidencia personal, algunos de los miembros del comité organizador no olvidaremos nunca esa lluviosa mañana de febrero del año pasado en que miembros de las directivas de ambas organizaciones analizaron nuestro primer esbozo con una dedicación y un detenimiento admirables.

De ahí salió justamente la estructura que sigue esta obra. Se dirá legítimamente que faltan algunas cuestiones o que sobran otras. Por un lado, estábamos condicionados por el límite del contexto real, por los tiempos y los espacios, y, desde luego, por otro lado, las decisiones pretendidamente objetivas acerca de los problemas actuales no pueden evitar estar teñidas de apreciaciones perso-

nales. Lo que no podemos negar es la buena fe y el compromiso serio en organizar un programa que fuera de alto interés y de completa actualidad.

Conviene recordar, sin embargo, que lo tantas veces considerado como un elemento central del proceso, de cualquier proceso en general, sea cual sea el orden jurisdiccional de que se trate, en el contexto contemporáneo con frecuencia es menospreciado. No tanto en la teoría como en la realidad práctica. Uno de los elementos de la reflexión, justamente previo a la pléyade de cuestiones probatorias que aquí se tratan, es el del proceso sin prueba. Vale decir: ¿es coherente seguir hablando del proceso como arte de administrar la prueba cuando en muchos de nuestros países lo que se estimula, en beneficio de una razonable celeridad, es el preacuerdo, la conformidad, la mediación, la conciliación o, en definitiva, la evitación del juicio?

Tan nuclear es el tema de la prueba, que nos lleva a preguntarnos hasta por el proceso mismo, por lo que de verdad implica el ejercicio de esa potestad constitucional a la que llamamos jurisdicción en respuesta a ese otro elemento neurálgico de un verdadero Estado de Derecho que es el de acceder a la protección de los Juzgados y Tribunales, y probablemente la respuesta tenga que venir bañada por un inevitable realismo, en que debemos sopesar ámbitos y límites.

Es un honor para mí, como cabeza visible de la organización, agradecer la confianza del *Praesidium* de la Asociación Internacional y de la Directiva del Instituto Iberoamericano y mostrar mi admiración por la liberalidad de sus miembros, verdaderos entusiastas del estudio del Derecho procesal, que contagian entusiasmo y determinación en la consecución de los mejores objetivos.

No hubiera sido posible, no obstante, atender a esas espléndidas propuestas, si no hubiéramos contado con un equipo de primera categoría, que nos dejó en herencia nuestra añorada maestra, la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> María del Carmen Calvo, mujeres y hombres jóvenes dedicados con fervor al avance de nuestra ciencia, y que cuando se les pone ante un complicado reto saben responder con seguridad y eficiencia, hasta el punto de parecer que llevan a quien les coordina en volandas.

Lorenzo M. Bujosa Vadell  
*Presidente del Comité Organizador*  
Panamá, septiembre de 2018



# PONENCIAS GENERALES



# Evidence and truth in procedural law

---

*Michele Taruffo*  
*Emeritus in the University of Pavia, Italy*  
*Cátedra de Cultura Jurídica, Girona, Spain*

**Contents:** 1. Deciding on facts. 2. Applying the law. 3. A concept of truth. 3.1. Relative truth. 3.2. Standards of proof. 3.3. Truth and probability. 4. Nature and function of evidence. 4.1. Inferences. Selected Bibliography.

## 1. Deciding on facts

The aim of the following pages is to present and justify a theory about the search of truth in judicial contexts, and a corresponding theory concerning the nature and function of judicial evidence. As everyone knows, these topics are highly controversial, and the literature concerning them is immense: then it cannot be dealt with in any way pretending to be complete. However, at least some words may be sketched here, referring to some of the most important theories of the goals of judicial proceedings and of the nature of judicial decisions about the facts in issue. First of all, it is worth considering a couple of the most popular theories, at least in order to show that they refer to doubtful concepts concerning the goal of the proceeding and the nature of the final decision.

One of these theories is very common in the American legal culture but is accepted in many other legal systems. The basis of this theory is that the main goal of the proceeding is the resolution of a conflict between the parties. One of the more consistent and influential versions of this theory was proposed, more or less a century ago, by Roscoe Pound, according to whom the proceeding may be considered as a sort of sport competition (and actually Pound takes the example of baseball). In the sporting theory of justice the proceeding is aimed at finding out who is the winner and who is the loser, since the

goal of the administration of justice is just the resolution of conflicts. Then a judicial proceeding always achieves its goal, since in every cases it ends up — as in a sport competition— with the victory of one party and the defeat of the other. Such an adversarial concept of the proceeding has several aspects that cannot be fully considered here. An interesting point, however, is that such a concept has nothing special to say about the final decision: actually such a decision states just who is the winner and who is the loser, but it means that in any case the conflict is over. In other words: victory and defeat are the consequence of the events that occurred during the game, but are not the outcome of autonomous and specific standards of decision applied by the umpire (and by the judge). Therefore, this theory has nothing special to say about the search of truth on the facts in issue: actually it is often said that the adversarial system has no interest in the search of truth, being interested only in the solution of conflicts.

In the cultural landscape of the last decades a different interesting group of theories emerges, based upon the so called *storytelling* analyzed mainly by Jerome Bruner. These theories tend to interpret the proceeding as a series of stories construed by the various subjects acting inside the proceeding, such as the parties, the witnesses and also the judge: all these stories aim at providing narratives concerning the relevant facts of the case. Such an interpretation of the dynamics of a proceeding offers a good description of such stories and of their sequence. However, a critical point emerges when these theories are stated or interpreted in a *radical* way, that is: pretending to describe completely and exclusively everything that happens in the proceeding. Therefore, it is interpreted *only* as a context of stories, of texts describing the facts, and also what the judge will say in his final decision is just one of these stories. But here the problem arises of how the judge may choose, or may construe by himself, a «final» story of the facts. Among the various answers that are proposed to this question, it is usually said that the judge should opt for a *good story*. It may seem obvious, but there are at least two critical aspects. The first one is that it is not possible to establish clearly enough when a story is good and when it is bad, except by referring to vague criteria such as the coherence of the narrative, its correspondence to what is usually considered as «normal» or to the common sense, with all the dangers of misunderstandings and biases existing in such references. The second critical aspects is that a story that may appear as a good narrative may be false or unreliable by reference to the facts of the case. Then the problem is whether to accept as a basis of the final decision a narrative of which nothing might be said.

The same problems arise in two of the best known versions of this theory. One of these versions says that the judge should choose the story of the facts that is defined as an «inference to the best explanation» (IBE). Once again, which is

the «best» narrative of the facts should be determined, that is: which story is more consistent with the facts and with what is known about the facts. But once again there are no clear criteria in order to solve this doubt, since nothing proves that such a narrative is more reliable than any other story. A similar remark is possible also about another version of the same theory, according to which the judge should prefer the «relatively plausible» one between the narratives proposed by the parties.

All the versions of the «storytelling» analysis of the judicial decision have in common some important aspects. One of them is that if the proceeding is conceived exclusively as a series of narratives, any reference to the *reality* of the facts in issue is cut off. However, a judicial proceeding is not a sort of literary competition in which the prize is awarded to the relatively better text. As it has been said above, the proceeding includes also several narratives, but it is basically a method dealing with what happened in the world of the real facts in issue. Cutting off this aspect means to end up with an unreliable description of its function.

Another relevant problem is that usually such versions suggest, as a standard to adopt for establishing which is the better narrative, the *consistency* of the story. Even without considering the problems of the philosophical «coherentism», it may be stressed here that a consistent narrative (as for instance a good novel) may offer a false description of the facts that describes. Applied in a judicial context, this would open the possibility that the final decision be based upon a mistaken and unreliable story. Talking of narratives, actually, one should distinguish the truth of what is said *inside* a narrative, according to which is true that Sherlock Holmes lives in London in Baker Street, from the truth of the narrative, with the consequence that the same narrative is false, since neither Holmes nor Baker Street never existed in the real world.

## 2. Applying the law

The landscape changes completely when a different theory, that is accepted in several systems, is taken into account. This theory says that a judicial proceeding is aimed at solving a dispute, but underlines also that the final decision must be based upon a correct application of the law to the facts in issue. Then the problem is to establish when the law is correctly applied to these facts.

A principle that by now can be taken as a commonplace in the general theory of law is that any legal rule has a *conditional* structure, being composed by two statements, that is: a *premise* that defines when the rule can and should



be applied, and a *consequence* that determines the legal effects that should be enforced in any case. More specifically: the premise usually defines a *type* of fact, and this definition is stated in general terms, since the rule is typically general and abstract. In other words: the premise establishes the *condition* that is required for the application of the rule in particular single cases. Then what is needed is that a specific event corresponding to the type defined by the premise occurred. In such a case, the rule can and must be applied, and the decision will refer to the legal consequence defined by the rule. If such an event did not occur, or if a different event occurred, the rule cannot be applied.

Then the *fact* is at the basis of the decision that the judge must make at the end of the proceeding. Actually the fact determines the interpretation of the rule that is applied to it, but the fact does not enter into the proceeding in its empirical reality, since usually it already occurred before and out of the proceeding. As above-mentioned, inside the proceeding there is a series of narratives concerning the facts in issue. Therefore the basic condition that is needed in order to achieve a correct decision is to establish *the truth* of a factual narrative describing the fact. Only in this case, actually, it is possible to say that the fact actually occurred and that the rule referring to that type of facts can be correctly applied. In other words, the truth of a factual narrative is a *necessary condition* for a *just* decision.

Correspondingly, it may be said that a fundamental duty of the judge is to search and find out the truth of the fact, in order to end up with a correct application of the rule. In general terms it can also be said that, since a judicial proceeding is aimed at achieving just and legally correct decisions, the search and discovery of the truth of the facts in issue is one of its main purposes. Then the proceeding has an important *epistemic* function, being aimed at achieving the *knowledge* of such facts.

### 3. A concept of truth

To say that judicial proceedings are aimed at the discovery of truth about the facts in issue is a very demanding statement for several reasons. On the one hand, it presupposes that the various opinions according to which truth does not exist should be rejected. It would be impossible to discuss here the many opinions of those that —following Alvin Goldman— may be defined as *veriphobics* or *deniers*: actually a lot of people are radically skeptic, because of a variety of philosophical reasons, and a whole volume could not be enough to discuss such opinions. Then what can be said here is that those theories do not deserve to be analyzed. Of course a veriphobic could stop reading at this point,

since the perspective that is presented here is based upon the premise that truth exists and it may be—and should be—discovered in any judicial context.

On the other hand, the concept of truth has been defined in dozens of different ways during the many centuries of the history of philosophy, and analyzing all these concepts would be another impossible task.

However, if these great problems may be set aside, there is some reasonable possibility to define what can be understood about the search of truth in judicial proceedings.

A first remark is that in these contexts truth is not presented as a sort of metaphysical entity (that probably does not exist), but is defined as a *property* of factual statements: a description of a fact, actually, may be true or false. In a judicial context it is a nonsense to talk of the truth of a fact: a fact may have occurred or not, but in itself it is neither true nor false. As we already know, the fact emerges in the proceeding because there are various narratives about it: then a procedural story describing a fact can be true or false.

Therefore, the problem is to define what is meant when one says that a description of a fact is true. Setting aside the various philosophical definitions of the truth of a factual statement, a reasonable choice seems to be in favor of an *aletic* and *realistic* concept of truth, according to which a factual statement is true when it *corresponds* to the reality of the fact that it describes. This is the concept of «truth as correspondence» that goes back to Aristoteles but that has been widely analyzed also in modern philosophy. By now is a commonplace the definition due to Alfred Tarski according to which the statement «the snow is white» is true if and only if the snow is white, that is: if the real color of the snow corresponds to what is said in the statement. In other words: the reality of the fact determines whether what is said of the fact is true or false. The concept of the truth as correspondence fits well with what was said above about the truth of the facts in issue as a necessary condition for a just decision, since the proceeding and the final decision deal with facts that supposedly occurred in the real world, and the law has to be applied to such facts.

A further important aspect of this theory is that it assumes a fundamental metaphysical premise, that is: the belief in the existence of a reality independent from the subject that describes it. This is not a joke, since in many contexts the reality of reality is disputed, and some philosophers even deny it. Of course if one adopts these theories he cannot accept a concept of truth as correspondence of a story to the reality that is described. However in the general philosophical landscape there are now *realistic* trends, and then accepting the concept of truth as correspondence may be a justified choice.

### 3.1. Relative truth

There is another important problem that deserves to be shortly discussed here, mainly because it emerges several times in the procedural literature. It deals with the distinction between *absolute* and *relative* truths that is proposed by many writers dealing with judicial decisions, mainly on the basis of a conceptual mistake. The mistake is the following: they assume that the truth has to be absolute, but after finding out that in judicial proceedings no absolute truth can be discovered (because of several legal and practical limits in the search of truth), then their conclusion is that *therefore* no truth can be established. The mistake has at least two basic aspects. One is that no absolute truths exist (with the only exceptions of some religious dogmas) neither in the scientific knowledge nor in the common experience of people and in the judicial discovery about the facts in issue. The other side of the mistake is that in science, in the common experience, and also inside the judicial proceedings, what can be reasonably done and justified is the achievement of *relative* truths. Then it is not true that in such proceeding *no* truth may be established: on the contrary, it is true that relative truths may be found out.

The concept of a «relative truth» deserves a further explanation. Here the reference is not to any idea of *subjective* relativism, that is the statement —expressed in various forms by several *individualistic* philosophers, that since each individual has his own culture, values, experiences, tastes, and so on, each individual builds up his own truth, that is a «truth» that is relative to each particular subject. These kind of philosophies cannot be properly discussed here. Suffice here to stress the paradoxical consequence to which they come: if anyone has his personal truth, then nobody is in error. Something similar may be said of the concept of truth as *consent*, like the one proposed by Richard Rorty, according to which it is the common opinion of a group of people that determines the truth of any narrative. This theory would deserve a broader discussion, but once again a paradox may provide a sufficient criticism. Following Rorty's theory, in fact, we should think that the Ptolemaic image of the universe, that dominated the western culture for more than a millennium and a half (also because of the support of the catholic Church), was true, and then that the Earth was flat and the Sun turned around it. Only with Kopernik and at the beginning of the XVI century with Galileo, the universal consent on that theory brakes down, and then it *becomes* true that the Earth is spherical and that it turns around the Sun!

Accordingly, then, while speaking of the search of truth in judicial contexts the reference needs to be made to an *objective* concept of relative truth, in which the truth of a statement is relative to the amount and the quality of the information supporting a positive conclusion about the truth of that statement. This is a general principle that is broadly used in the philosophy of science

when the problem is to establish whether a scientific statement may be taken as relatively true. Since the information that may be taken into account in deciding whether a statement is true or false is different in each specific case, an important consequence is that the *relativity* of the truth may have a different *degree* depending on the available information. In other words, the amount of information at hand determines the *degree of confirmation* that may be referred to the statement. This is just the basic meaning of relativity: being dependent on conditions that may vary from case to case.

The same ideas may be easily taken into account also in the judicial context. Here the amount of information about the facts in issue is provided by the evidence that the judge shall consider in each specific case, and therefore his final decision may achieve a higher or lower degree of confirmation according with the quality and quantity of such information, that is depending on how many and how reliable items of evidence have been presented.

Therefore it may be said that also in the judicial proceeding the principle of the «maximization of the weight of evidence» should be applied, since a better and more informed decision may be reached if —like Jeremy Bentham once said— all the relevant evidence is admitted and duly considered by the judge.

### 3.2. Standards of proof

Every time in which one speaks of the «sufficiency» of the evidence to support a conclusion about the facts in issue the problem is to establish whether the evidence available is or is not sufficient for this purpose. In the legal language it is the problem of the so called *standard of proof*, that is of the threshold that should be achieved in order to conclude that the fact has been duly proven. Then the problem is whether the statement concerning such a fact has received a proper degree of logical confirmation (or justification) by the evidence at hand, and that —therefore— it may be considered as «true». However, it should be underlined that in several procedural systems —mainly in the *civil law* area— there are no numerical definitions of these standards, and the decision about whether or not a sufficient degree of proof of the facts in issue has been reached is left to a discretionary assessment of the trier of fact (usually a professional judge). The homeland of numerical standards are the common law systems, and specially the American one, but they are a very common point of reference even for other systems, and then some remarks are deserved here.

A very well known standard for a criminal judgment, which is followed in more or less explicit ways in some systems, as for instance in Italy after a recent reform, says that a criminal condemnation is possible if and only if the defendant's lia-

bility is established *beyond any reasonable doubt* (BARD). Such a standard belongs to the history of common law and it is applied in several decisions of the American Supreme Court, beginning mainly in the Seventies. In the present context it is relevant not in itself, since it may be interpreted simply by saying that it is better to acquit a guilty defendant than to condemn an innocent, but mainly because it is often interpreted in probabilistic terms, by saying for instance that it establishes a 90% or a 95% degree of proof of guilt as a minimum threshold required for condemnation. This interpretation of the BARD standard is very common but it is very doubtful, and there are various reasons to reject it. One of these reasons, is that any numerical quantification of the standard is meaningless. In particular, what seems impossible is *weighing* in a numerical or statistical scale the *reasonability* of the doubt concerning the guilt of the defendant.

In civil cases the common law, and mainly the American system, apply the standard of the *preponderance of evidence*, according to which the factual hypothesis proposed by the plaintiff has to be accepted if its degree of proof is higher than the degree of proof of the defendant's hypothesis. This theory is widely accepted by the American courts (not by the English ones), but it seems almost meaningless to a thorough analysis. On the one hand, it is based on the assumption—which is typical of the American culture of the adversarial proceeding—according to which in any case the judge has always to make a choice between the plaintiff's and the defendant's factual hypotheses. This does not work in other systems (or in other cultures), in which other hypotheses about the facts in issue, including also the judge's own «third» hypothesis, may exist. But the most important problem of this theory is assuming that the plaintiff's and the defendant's versions of the facts are *complementary*, so that if one version is more probable the other has to be *correspondingly* less probable, and vice versa. Only assuming this premise, in fact, it may be said—as it is commonly stated—that if the plaintiff's version is proven at 0,51 *then* the defendant's one has only a probability of 0,49, and then should be rejected. But this statement is incorrect: actually in many cases the two hypotheses are not complementary, since they are simply *different*, and therefore reasoning by complementary probabilities does not provide any reasonable standard of decision. Then the correct way of interpreting the standard seems to be the rule of the *more probable than not*, as it is suggested to be—but in a doubtful way—the real meaning of the preponderance of evidence.

### 3.3. Truth and probability

As it was just mentioned, the relative character of the truth that is determined in a judicial decision is often interpreted in terms of *probability*. Here again, however, there are some problems that should be briefly discussed.

Among the approaches to the problem of judicial decision on facts there is a very well known theory that has been developed in the last decades mainly — but not only— in the United States, according to which the evidentiary inferences should be made in terms of *quantitative probability*, and mainly by applying the so-called *Bayes' theorem*. In this way, it is said, the judge may arrive at a conclusion in terms of a per cent degree of probability of the statement concerning the fact in issue. The problem that would be solved in this way is to establish which among various hypotheses (or among several causes) is most probably connected with this statement. In this model, statistics should be used to provide *a priori* probabilities concerning the different hypotheses (or causes) about an event, and the theorem permits to determine the *a posteriori* probability of this event in connection with the relatively best hypothesis or cause.

There is no doubt about the mathematical validity of the Bayes' theorem, that actually is applied in a broad variety of contexts. The problem, however, is to understand whether the Bayesian calculus may be taken as the general model of the judge's reasoning about the evidence. If the question is stated in such general terms, the answer cannot but being negative, for several reasons. One of these reasons is that sometimes —but for sure not always— the judge has to decide which is the more probable evidence or the more probable cause of an event. But when, as it often happens- the judge has just to establish whether a fact occurred or did not occur on the basis of some items of evidence at hand, there is no problem about alternative hypotheses or various possible causes of that fact. The problem may simply be to establish whether a fact X (the only possible cause) provoked or did not provoke the effect Y (i.e. the fact in issue). In all these cases, it seems that there is no possible use of the Bayes' theorem.

But even when the theorem could be hypothetically applied, its use may be impossible. Here the problem is that in many —or most— cases in a judicial context there are no statistics to assume as probabilities *a priori*, because of the simple fact that such information is lacking, and then the Bayesian calculus cannot be performed. In order to save this possibility even when an objective statistical information is not at hand, it is sometimes said that it is possible to use *subjective* evaluations of the frequency of a given hypothesis or cause, and such estimates should be used as probabilities *a priori* upon which the calculus should be based. But even admitting that in some contexts such a subjective version of probability may be accepted, this is not the case of judicial contexts. On the one hand, in fact, the decision has to be made by the judge on the basis of *objective* items of evidence assessed in a rational and controllable way, not on the basis of the judge's subjective biases and personal evaluations of any merely supposed frequency of any event. On the other hand, it is well known that one of the most frequent and clear *fallacies* in the common reasoning is just that of quantifying arbitrarily and subjectively any supposed fre-

quency of anything. In a word: inventing nonexistent and fictitious statistics is a very bad kind of reasoning.

Therefore, a conclusion that has to be drawn is that if the factual decision is interpreted in terms of probability, it cannot happen in terms of Bayesian or quantitative probability. Rather, the correct way of doing it is to analyze the evaluation of evidence and the construction of the decision in terms of *logical probability*, that is by considering at least the most important aspects of the reasoning that the judge has to perform in order to end up with the decision of whether or not the evidence available has provided the *proof* of the facts in issue. (see *infra*, 4.1.).

#### 4. Nature and function of evidence

So far the reference to the evidence has been made by defining it in extremely general terms as the source (the unique possible source) of information concerning the facts in issue. There is, however, a further aspect that deserves to be considered about the nature and function of evidence.

On the one hand, it is worth specifying that «evidence» means any kind of thing, event, person, statement, document, reproduction, recording, circumstance (and so forth) that can be interpreted in order to draw from it a conclusion about the truth or the falseness of a factual statement concerning a fact in issue. This is rather obvious, but within such an extremely general concept there are at least two different definitions of the nature and function of evidence.

According to one of these definitions, an item of evidence has to be intended as a *means of persuasion* that is aimed at *convincing* the judge about the truth of a fact. In such a perspective the evidence is a *rhetoric* instrument the purpose of which is to make the judge believe in such a truth. Then the decision about the facts should be interpreted only in a *psychological* dimension, looking at the mental reactions of the judge when he comes in contact with an item of evidence. But leaving this side of the problem to psychologists, it may be said that a persuasion about anything has nothing to do with the truth of the subject matter of the belief. It is clear that one may be convinced, and perhaps strongly convinced, of completely false and strange things, as in happens with many advertising and political speeches. But of course this has nothing to do with the truth. In the judicial context, however, there is a sense in which the evidence may be intended as a rhetoric instrument aimed at influencing the mind of the judge. This is the way how the *lawyers* use the evidence: they have no duty to search the truth, since their basic obligation is to represent their client, and

therefore they usually try to persuade the judge to decide in favor of their client, but this —once again— has nothing to do with the truth of the facts.

On the contrary, as it was said above, the judge has the fundamental duty to find out the truth, as a necessary condition for a just decision. Therefore, for him the evidence has an *epistemic* function, being the means for the search of truth about the facts in issue.

The evidence performs its epistemic evidence when it provides the *proof* of the facts in issue, i.e. when the judge comes to his final decision about the truth of those facts. This decision is the outcome of a proceeding that may be very complex and has its basic aspect in the *evaluation* of the evidence and of the information that can be derived from the evidence.

Some aspects of this evaluation deserve to be mentioned, at list in order to set aside some opinions that are rather popular but unreliable.

One of these opinions says that the evaluation of the evidence is —or should be— *olistic*. This means that it should consist of an immediate, consistent and unique judgment about all the items of evidence available. This theory has been proposed in order to describe the psychology of the American jury, but has become rather popular because also some of the narrativistic theories share a similar perspective. No matter whether or not the olistic theory describes correctly the behavior of the jury, it seems that it does not say anything useful about the reasoning by which judges and jurors should achieve their judgment about the evidence. Then it seems that a better way to understand how such a judgment should be made is an *analytical* conception of evaluation of the evidence, in which the judge has to consider separately, and *one by one* all the items of evidence, determining the amount and the quality of the information provided by each item. In a further step the judge will make a complete evaluation of all the evidence, but such an evaluation should «put together» all the single pieces of information.

Another theory deals with the nature of this evaluation. It began in France with a statute of 1791, but became rather popular and is still followed in some countries, specially —but not only— referring to criminal proceedings. According to this theory the evaluation of the evidence, and then the final judgment about the facts, should be based uniquely upon the *intime conviction* of the judge. It should be something as a psychological and moral autoanalysis, a sort of introspection made by the judge with the aim of obtaining a «certainty» (hopefully «absolute»), about the truth of the facts. One may doubt whether this theory is a correct from a psychological point of view, but the most important criticism is that it describes the evaluation of the evidence as an absolute-



ly subjective and basically arbitrary act. Nothing can be said about the *intime conviction*, since it belongs to the deep individual heart of hearts of the person who decides. Then the problem is that this theory legitimizes the irrationality and the arbitrariness of the decision about the facts in issue, a decision that could not be controlled and justified.

These seem to be good reasons to set aside any irrationalistic theory of the evaluation of evidence. Actually it is not followed in several countries, in which the basic idea is that such an evaluation should be made according to *rational* criteria. Such a «rationalistic» conception of the decision about the facts is connected with the analytical conception of the evaluation of evidence. Correspondingly, such an evaluation may be interpreted as a *set* of logical *inferences* connecting in a consistent and controllable way the information provided by the various items of evidence with the conclusion concerning the truth of the statements about the facts in issue. Such a set may be very complex and may include a number of inferences, but it is always possible to check the reliability of every inference, to verify their consistency, to discover logical mistakes, and then to construe a rational justification of the final decision on the facts.

#### 4.1. Inferences

The inferential structure of the reasoning that the trier of fact has to develop in order to evaluate the evidence and to draw conclusions from the information provided by the evidence may be described in various ways. However, a useful way is to apply the inferential model that was proposed in 1958 by Stephen Toulmin and is currently used by several authors.

Such a model basically combines three factors and allows us to determine whether a hypothesis *H*, the liability of which has to be established, is confirmed by the available information *E*. The outcome may be positive if a reference may be made to a *warrant W* that connects *E* and *H* in such a way that, given *E*, *H* is logically confirmed. Then the structure of the inference is

$$(1) \quad \begin{array}{ccc} E & \rightarrow & H \\ & \uparrow & \\ & W & \end{array}$$

That is: *H* is logically confirmed by *E* on the basis of *W*.

This model is very useful because it is very simple and may be applied in order to analyze very different kinds of inferences. If, for instance, I have to establish in *H* if Socrates is mortal, and I know in *E* that Socrates is a man, I can say

that Socrates is mortal because I refer to a warrant that says that all humans are mortal.

Of course, then, it is easy to see that the real basis of the inference is *W*: then the degree of logical confirmation of *H* on the basis of *E* is determined by *W*. When *W* is a general law, as in the example of Socrates, the inference is *deductive*, but in many cases *W* is a statistical regularity or even a common sense generalization: in such cases the confirmation of *H* may be only *probabilistic*. However, in such cases the problem is to determine the real cognitive content of such generalizations. If such a content is uncertain, then the conclusion concerning *H* cannot be validly drawn.

The model of inference just described explains the *simplest* and *atomic* logical structure of an evidential inference, but the situation in which it corresponds to the *whole* inference is rather infrequent.

What often happens, actually, is that the evidentiary inference is much more complex, consisting in a combination of *basic* inferences as the one just described. There is a wide variety of such combinations, that cannot be examined here. However, the basic structure of some of such combinations may be analyzed.

A) A possible case is when there is an *inferential linear chain*, in which the final inference about *H* is the outcome of another previous inference, such as

$$(2) \quad \begin{array}{ccccc} E' & \rightarrow & H' & \text{where} & H'=E & \rightarrow & H \\ & \uparrow & & & & \uparrow & \\ & W' & & & & W & \end{array}$$

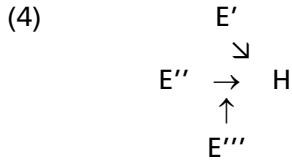
However, also *E'* may be in its turn a hypothesis confirmed by another inference, and so on. Therefore, we may have a complex linear chain of this type

$$(3) \quad \begin{array}{ccccccc} E^n & \rightarrow & H^n & \rightarrow & \dots\dots & E' & \rightarrow & H'=E & \rightarrow & H \\ & \uparrow & & & & \uparrow & & \uparrow & & \\ & W^n & & & & W' & & W & & \end{array}$$

In such a situation, the confirmation of the final *H* is given by *W*, and the confirmation of all the *Hs* is given by the respective *Ws*. The basic principle is that the *force* of the whole chain is equivalent to the force of its *weakest* ring: if one ring breaks down, the whole chain breaks down.

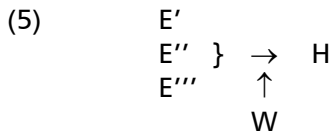
B) A situation that is rather frequent in judicial context but has a complex inferential structure, is when for the same *H* there are various evidentiary items *E'*, *E''* and *E'''*. If we admit that *E' → H*; *E'' → H*, and that *E''' → H*, and also that

these inferences (each one with its own W) are reciprocally compatible and independent, we have a situation like



where each of the three converging inferences provides a positive confirmation of H. Correspondingly, such a confirmation is given by the combination (we could say the *sum*) of the outcomes of the three inferences. We should consider, however, that each of the Es may be in its turn the outcome of a linear chain of inference of the type described above in A).

C) A special but frequent situation of converging inferences may happen when none of the Es is by itself sufficient to give H a real confirmation (although each E gives H *some* confirmation, although insufficient). This is the case in which there are several items of circumstantial evidence, but none of them is able by itself to support H. However, usually it is admitted that in such a situation a set of insufficient circumstantial evidence could lead to a final positive confirmation of H. The solution is not of summing up the outcome of different (but each insufficient) inferences, but to build up a different inference corresponding to:



In this type of inference the three Es are not different premises of different inference but are —taken *together*— a *unique* E, that is the premise of a *unique* inference that may justify H according to W. Obviously such a W should connect the set of E', E'' and E''' with H.

D) Moreover, we may then imagine a group of situations in which the common feature is that the items of evidence that are available as Es are not converging in the same direction, that is: are not univocally supporting the final H. It means that there are *diverging inferences* that may be based upon the existing evidence.

The simplest of such situation may be that of the *ambiguous E*, which means that E does not support only H, but also «not H», in such a way:

$$(6) \quad \begin{array}{l} E \rightarrow H \\ \quad \searrow \\ \quad \text{not H} \end{array}$$

In such a case the problem is about the Ws justifying different conclusions, and a choice is possible only when one of the two inferences is supported by a W. If none is supported, no conclusion is possible about H.

A different form of ambiguity of E may be the following:

$$(7) \quad \begin{array}{l} H \\ \uparrow \\ E \rightarrow H' \\ \downarrow \\ H'' \end{array}$$

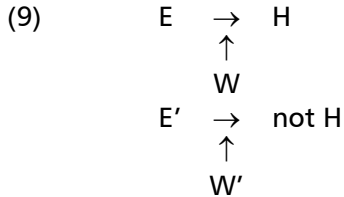
that is a situation in which from the same E different inferences (on the basis of different Ws) may be drawn about different Hs. It may happen that the various Hs are compatible (for instance when they refer to different facts). In such a case we might say that E is *plural*.

We may also have a different and more complex situation, which is unfortunately very frequent, when at the same time there are different items of evidence, but each of them supports different Hs according to different Ws, in this way:

$$(8) \quad \begin{array}{l} E \rightarrow H \\ \quad \uparrow \\ \quad W \\ E' \rightarrow H' \\ \quad \uparrow \\ \quad W' \\ E'' \rightarrow H'' \\ \quad \uparrow \\ \quad W'' \end{array}$$

Here the problem arises when the several Hs are about the same fact, and that each H has its own confirmation supported by a specific e and by a specific W. Then the choice that the judge has to make should be in favor of the H that has a strongest degree of confirmation. There is no problem, however, when the various Hs refer to different facts.

E) Last, but not least, we have to consider the very frequent situation in which there are items of evidence leading to opposite conclusions about the same H, in this way:



In this case we have an inference confirming that H is true and an inference, based upon a different E, confirming that H is false. Once again, in such a situation the choice of the judge should be guided by the comparison between the degrees in which the two inferences support their respective conclusion.

Of course this list of situations is far from complete, since the reality of many judicial decisions about the facts in issue requires an extremely complex and sophisticated logical analysis. However we may think that a thorough use of these inferential models, and of their combinations, may help the trier of fact to reach a logically justified decision and to give rational reasons for such a decision.

## Selected Bibliography

- ABEL LLUCH, X., *Las reglas de la sana crítica*, Madrid, 2015.
- AMSTERDAM, T. G., - BRUNER, J.S., *Minding the Law*, Cambridge, Mass.-London, 2000.
- *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, a cura di M.De Caro e M.Ferraris, Torino, 2012.
- BRUNER, J.S., *Making Stories. Law, Literature, Life*, Harvard Un. Press, 2002.
- *Conoscenza e verità*, a cura di M.C.Amoretti e M.Marsonet, Milano, 2007.
- D'AGOSTINI, F., *Introduzione alla verità*, Torino, 2011.
- D'AGOSTINI, F., *Realismo? Una questione non controversa*, Torino, 2013.
- DAMAŠKA, M.R., *Evidence Law Adrift*, New Haven-London, 1997.
- *Degrees of Belief*, F.Huber and Ch.Schmidt-Petri eds., Konstanz, 2009.
- *(El) Derecho probatorio y la decisión judicial*, Medellín, 2016.
- DI DONATO, F., *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel «processo»*, Milano, 2008.
- *(The) Dynamics of Judicial Proof. Computation, Logic, and Common sense*, M-MacCrimmon and Peter Tillers eds., Heidelberg-New York, 2002.
- ECO, U., *L'invisibile. Perché è falso che Anna Karenina abitasse in Baker Street*, in Id., *Sulle spalle dei giganti*, Milano, 2017, p.181 ss.
- FERRARIS, M., *Manifesto del nuovo realismo*, Bari, 2012.

- FERRER BELTRÁN, J., *Prova e verità nel diritto*, tr.it., Bologna 2004.
- FERRER BELTRÁN, J., *La valutazione razionale della prova*, tr.it., Milano, 2012.
- GARBOLINO, P., *Probabilità e logica della prova*, Milano, 2014.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, 1999.
- GONZALES LAGIER, D., *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, 2005.
- HAACK, S., *Evidence and inquiry. A pragmatist reconstruction of epistemology*, exp.ed., Amherst, NY, 2009.
- HAACK, S., *Evidence Matters. Science, Proof and Truth in the Law*, Cambridge, 2014.
- HO, H.L., *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford, 2008.
- HRUSCHKA, J., *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, tr.it., Bologna, 2009.
- KAGAN, R.A., *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Cambridge, Mass.-London, 2001.
- KIRKHAM, R.L., *Theories of Truth. A Critical Introduction*, Cambridge, Mass.-London, 1995.
- LAUDAN, L., *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006.
- MARCONI, D., *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, 2007.
- NANCE, D.A., *The Burdens of Proof. Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*, Cambridge, 2016.
- NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.
- *Nuevas tendencias del derecho probatorio*, 2° ed., H.Cruz Tejada coord., Bogotá, 2015.
- PIZZI, C., *Diritto, abduzione e prova*, Milano, 2009.
- STEIN, A., *Foundations of Evidence Law*, Oxford, 2005.
- TARUFFO, M., *El hecho y la interpretación*, Santiago-Chile, 2011.
- TARUFFO, M., *Fatti e prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M.Taruffo, Milano, 2012, p.3 ss.
- TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992.
- TARUFFO, M., *La prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.
- TARUFFO, M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.
- TARUFFO, M., *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, p.207 ss. . II .
- TARUFFO, M., *Verdad y proceso*, in *Derecho y verdad. IV. Problemas*, G.Sucar y J. Cerdio Herrán Eds., Valencia, 2017, p.791 ss.
- TUZET, G., *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2013.
- TWINING, W., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge, 2006
- VATTIMO, G., *Addio alla verità*, Roma, 2009.
- VATTIMO, G., *Della realtà. Fini della filosofia*, Milano, 2012.
- WILLIAMS, B., *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton-Oxford, 2002.



# Current Developments of the Law of Evidence from a Comparative Point of View. General Report

---

*Rolf Stuermer*  
*Professor Dr. Dres. h.c., University of Freiburg,*  
*Judge emeritus of the Court of Appeal, Karlsruhe, Germany*

**Abstract.** The survey on the development of the law of evidence addresses selected problems, like requirements of entrance into a process of fact finding, burdens of proof and adducing evidence and obligations of disclosure, written witness statements and oral examination, court records and modern techniques of documentation, digitalization and electronic evidence, and standards of evidence assessment. It puts emphasis on the law of evidence in the context of civil procedure and its development in Europe and the United States. In many fields it documents converging tendencies of modern codifications and laws as a consequence of a global exchange of ideas and goods and the increase of quick communication and digital information techniques. All topics demonstrate the clear necessity of a careful attempt to analyze without any reservations how far the modern development may modify or change traditional principles of procedure.

## I. Introductory Remarks

It is not possible to give a complete survey on all current problems of the law of evidence, which may be worth to be discussed in the eyes of the participants of this conference. Scholars and practitioners of different legal cultures may put emphasis on differing topics of scholarly interest. Nevertheless, the following considerations will try to analyze common elements of the development of the law of evidence on a supranational basis and make an attempt especially to document converging tendencies, which are an expression of harmonization of law within the European Union and the Western civilization as a whole. My remarks will address the following topics: procedural requirements of en-



trance into the fact finding stage of proceedings; burden of proof and burden to adduce evidence, obligations to disclose evidence; written witness statements and examination of witnesses; court records and modern techniques of documentation; digitalization and electronic evidence; standards of evidence assessment.

## II. Procedural Requirements of Entrance into the Fact Finding stage

It is common knowledge of procedural scholarship that the requirements of entrance into fact finding in favour of a party's case differ remarkably among various legal cultures. All procedural models have in common that a phase with the exchange of pleadings, which contain among other elements the factual grounds of the claim and of the defendants application for dismissal, is followed by a fact finding phase designed to prove or to prepare the proof of contested facts.<sup>1</sup> Very different are the exact requirements of necessary particulars of the parties' assertion of facts and of the necessary specification of the offered means of evidence. Under the traditional understanding and practice of the US Federal Rules of Civil Procedure relatively poor factual details are enough to open the door for discovery and disclosure of facts and evidence by the opponent or even third persons.<sup>2</sup> In contrast, continental procedural cultures require the assertion of all relevant detailed facts,<sup>3</sup> which are necessary for the success of the claim or defence, and additionally the offer of specified means of evidence already in the pleadings,<sup>4</sup> and, in principle, they do not permit any steps towards disclosure or taking of evidence without fulfilment of these prerequisites. Short and point: The continental European model forbids,

1. See ROLF STÜRNER, «The Principles of Transnational Civil Procedure», *Labels Zeitschrift* 69 (2005), p. 223-226 with references.

2. On the minimal requirements of factual particularization in case of notice pleading see Federal Rules of Civil Procedure r. 8; for a good survey on the development from traditional fact pleading to modern notice pleading see HAZARD/LEUBSDORF/BASSETT, *Civil Procedure*, 6<sup>th</sup> ed. 2011, § 4. 11 ss., pp. 172 ss.; the Supreme Court's most important landmark decisions are *Hickman v. Taylor* 329 U.S. 495 at 507 (1947) and *Conley v. Gibson* 355 U.S. 41 (1957).

3. For Germany see §§ 253 Abs. 4, 130 Zif. 3, 331, 592 S. 1 ZPO (for details ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, op. 17<sup>th</sup> ed. 2010, § 95 mn. 19 ff., p. 520; THOMAS/PUTZO/REICHOLD, *ZPO*, 38<sup>th</sup> ed. 2017, § 253 mn. 38); for Austria see §§ 177, 178, 226, 239 ZPO and FASCHING, *Zivilprozessgesetze*, 2<sup>nd</sup> ed. 2002, Vol. 2/1, Einl. mn. 16; RECHBERGER/SIMOTTA, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, 7<sup>th</sup> ed. 2009, mn. 524, 758; for the necessary «faits pertinents» in France see Art. 6 c.p.c. (for details CHAINAIS/FERRAND/GUINCHARD, *Procédure Civile*, 33<sup>rd</sup> ed. 2016, mn. 526 ss.); for the fact pleading and the «giudizio di rilevanza» in Italy see Art. 163 Abs. 3 Zif. 4, 183 Abs. 4, 6 und 7, 184, 187 Abs. 1 and 2 c.p.c. 2018 (for a discussion of details and reasons MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, Vol. 2, 19<sup>th</sup> ed. 2007, pp. 16 ss., 84 ss.; LIEBMANN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 7<sup>th</sup> ed., mn. 79, 152); für Spain Art. 399, 400, 281 Zif. 1 und 283 Zif. 3 LEC.

4. For Germany §§ 253 Abs. 4, 130 Zif. 5, 359, 371, 373, 403, 420 f., 445 ZPO; for Austria §§ 76, 78, 177, 178, 226, 277 ZPO; for France Art. 9, 56 c.p.c.; for Italy Art. 163 Abs. 3 Zif. 5, 183 Abs. 4, 6 und 7 c.p.c.; for Spain Art. 284 Abs. 1, 399 Zif. 3, 429 LEC.

in principle, fishing expeditions,<sup>5</sup> and the US-American federal model of civil procedure defines the purpose of its discovery phase as an instrument for fishing expeditions and an indispensable part of US-American procedural exceptionalism.<sup>6</sup> Like continental civil procedural models, the modern English civil procedure requires pleadings with particulars, but the parties to litigation need not offer specified means of evidence as a precondition of fact finding, because disclosure of means of evidence by the parties and the opponent takes place without mandatory preceding offers of specified means of evidence.<sup>7</sup> Whereas the continental judge exercises a strict control of the relevance of asserted facts for the legal theory that underlies the parties' case, the US-American civil procedure does not provide such a strict control of relevancy by the court immediately after the pleading phase, it is enough that the parties' case fits with the requirements of relevance when the parties present the relevant detailed facts in the trial by giving evidence before the judge or jury. Continental courts must render a judgement on the merits without any taking of evidence against the claimant or defendant, who fails—even upon a hint of the court—to assert all relevant facts necessary for success of their case. Similarly, English civil procedure and US-American procedure may end by early rendition of a summary judgment<sup>8</sup> against the claimant or defendant if a party has no real prospect of succeeding, though the prerequisites of this kind of judgment are not clearly defined by strict procedural rules and are much more subject to judicial discretion than continental judgments based on lacking assertion of relevant facts.

Both models of opening the door for fact finding and evidence taking had to make concessions and to modify the rigidity and absoluteness of their approach and, consequently, both models inserted in practice some elements of the other model into their conception to avoid too radical solutions. The continental model has to cope with the difficulty that in some cases a party has really not any detailed knowledge of facts and means of evidence because the relevant facts occurred in the sphere of the opponent or third persons. In these cases continental courts often permit the assertion of very general facts that

---

5. See, e.g., for Germany MURRAY-STÜRNER, *German Civil Justice*, 2004, pp. 197-198; for the so called «Ausforschungsbeweis» see ROLF STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, 1976, pp. 106 ss.

6. On the topic of American procedural exceptionalism in connection with easy access to broad discovery MARCUS, «Misgivings about American Exceptionalism: Court Access as a Zero-Sum Game», in: Uzelac/van Rhee (eds.), *Revisiting Fundamental Human Rights*, 2017, pp. 53-75; ID., «Extremism in the Pursuit of Truth is our Virtue: The American Infatuation with Broad Discovery», in: Uzelac/van Rhee (eds.), *Truth and Efficiency in Civil Litigation*, 2012, pp. 165-187; ID.; «Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 53 (2005), pp. 709-740; DODSON, «Comparative Convergences in Pleading Standards», *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148 (2010), 441- 472.

7. For an overview see ANDREWS, *On Civil Processes*, Vol. I, *Court Proceedings*, 2013, mn. 6.03 ss., 6.14, pp. 100 ss., 104.

8. See ANDREWS, *op. cit.*, mn. 10.79- 10.92, pp. 244-248 (see also mn. 10.93 – 10.123, pp. 249-258 for striking out claims and defences); on the increasing use of early summary judgments in the U.S. critically ARTHUR MILLER, «The Pretrial Rush to Judgment...», *New York University Law Review* Vol. 78 (2003), pp. 982 ss., 1044-1073.

are more a form of repetition of the requirements of the legal basis of their case than a detailed description of asserted events, and accordingly the specification of means of evidence for these factual conjectures is rather poor and the offers of evidence describe kinds or classes of documents or witnesses or ask for expert evidence without a clear idea of factual events and details of asserted causation. Instead of detailed facts, parties have to show plausible grounds for their factual conjectures and demonstrate that their submissions are not «out of the blue», and the court may grant access to means of evidence not really specified and under the control of the opponent or third persons (e.g. access of an expert to all documents on a described transaction or on technical data of a product, clarification of the identity of possible witnesses sitting in the opponents bus in case of a traffic accident etc.).<sup>9</sup> In more recent times the U.S.-American Supreme Court affirmed summary judgments that dismissed claims for damages without granting disclosure or discovery because of lacking particulars in the pleadings and insufficient plausibility of asserted misconduct though the events happened in the opponents' sphere.<sup>10</sup>

In both, the continental and U.S.-American literature, decisions of highest courts that insisted on plausibility of general factual assertions as a prerequisite of disclosure or evidence taking, were seriously criticized, mainly because of an infringement of a party's right to be heard and to offer evidence and the constitutional right to a due process of law. But in the end, the critical arguments against the common tendency of highest courts to restrict the access to fact finding procedures where the factual basis of a party's case lacks any sufficient plausibility, are not really convincing. The common history of civil procedure teaches that each of its epochs generated its specific instruments against abuse of procedural institutions: oath of calumny not to proceed in bad faith with corresponding procedural penalties, cost sanctions for acting in bad faith, and beginning with the learned procedure the requirement of substantiated fact pleading as a kind of plausibility control and a barrier against malicious or arbitrary use of procedural inquiries. The process of the English courts of equity took the learned continental procedure with its pleading rules as an example, and in the English procedure of the 19<sup>th</sup> century, which combined elements

---

9. For plausible grounds («Anhaltspunkte») in the German Federal Supreme Court's case law see *Neue Juristische Wochenschrift* 1991, 2707, 2909; 1992, 1967, 1968; 1995, 2111, 2112; 1997, 128, 129; 2014, 2360 mn. 17 ss.; 2018, 65 mn. 15 ss.; 2018, 68 mn. 13 ss.; *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report* 2004, 337, 338; for similar case law («faits sérieux» and «faits avec et sans fondement») of the French Cour de Cassation see GOUBEAUX/BIHR, *Dalloz. Procédure Civile. Preuve*, 1979, No. 91 ss., 104.

10. *Ashcroft v. Iqbal* 556 U.S. 662 (2009); *Bell Atlantic v. Twombly* 550 U.S. 544 (2007); see the critical considerations of ARTHUR MILLER, «From Conley To Twombly To Iqbal: A Double Play on the Federal Rules of Civil Procedure», *Duke Law Journal* Vol. 60 (2010), pp. 1-130; further the comment of COOPER, «King Arthur Confronts Twlqy Pleading», *Oregon Law Review* Vol. 90 (2012), pp. 955-991. The long term influence of this case law of the Supreme Court on the practice of lower federal courts or even of state courts seems to be unclear and in part unforeseeable; see the analysis and prognosis of MARCUS, «Misgivings about American Exceptionalism», *op. cit.*, pp. 53-75.

of the procedure of the common law courts and the courts of equity, this form of substantiated pleading survived and came to the U.S.<sup>11</sup> The modern process of the Federal Rules of Civil procedure abandoned this instrument of protection from abusive procedural activities in the forties of the last century and considered open access to procedural truth a valuable progress. The recent case law of the Supreme Court with its plausibility test is a small step back to the past, but not a full return to the substantiated pleading, though it is in the end a return to the old wisdom of the necessity of a protection from abusive and unnecessary fact finding proceedings and a step towards the continental model. On the other hand, the continental model had already anticipated the necessity of a similar plausibility test in cases of a party's inability to assert detailed facts—a remarkable convergence of procedural cultures, which are in many regards progenies of the same procedural traditions.

The described development is well justified by good reasons. It avoids exaggerations because neither the free access to fact finding without any prerequisites nor a strict insisting on fact pleading in continental tradition does meet the requirements of a solution, which guarantees a reasonable balancing of the public and private interests in a fair chance to clarify facts and the public and private interests in the avoidance of unnecessary, time consuming, cost intensive, and often stressful fact finding procedures. This fundamental conflict of interests and constitutional rights has never been regulated by clear and simple rules, and within the variety of procedural cultures many textbooks, treatises or commentaries ignore this problem leaving it to judicial practice and discretion. And indeed, as an English old and prominent textbook formulates, «... no hard and fast rule can be laid down when particulars should precede discovery or discovery should precede particulars. Each case will depend on its own circumstances.»<sup>12</sup> Nevertheless, the existence of decisions of highest courts determining on the correctness of the balancing approach as used by lower courts makes it clear that decisions on the opening of the door to the truth should not be left in unobserved darkness and be analysed and discussed thoroughly, though fast rules as they may be good for final determination by means of artificial intelligence may never exist because a responsible human close may always be necessary or at least desirable for a well functioning living together of human beings.<sup>13</sup>

---

11. See ROBERT W. MILLAR, *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*, 1942, pp. 23 ss., 31 ss., 43 ss., 52 ss.

12. HAARWOOD, *Oggers's on Pleading and Practice*, 17th ed. 1960, pp. 20-21.

13. The Principles of Transnational Civil Procedure, as affirmed by the American Law Institute and Unidroit in 2004, try to resolve the problem of substantiated pleadings and specified offers of evidence in rule 11.3 (2) with the same approach as described in the text: «When a party shows good cause for inability to provide reasonable details of relevant facts or sufficient specification of evidence, the court should give due regard to the possibility that necessary facts and evidence will develop later in the course of the proceeding.» For the background of this compromise see ROLF STÜRNER, *op. cit.*, *RabelsZ* 69 (2005), 201 ss., 232 ss., 235 ss.

### III. Burden of Proof, Burden to Adduce Evidence and Obligations to Disclose Evidence

#### 1. Terminology and Function of Procedural Instruments

Discussions on questions and issues of proof and evidence taking between representatives of different legal cultures suffer often from lacking clarity of terminology. The following considerations use the term *burden of proof* exclusively to describe the distribution of the risk that evidentiary clarification of the existence a factual situation favourable to a party's case fails because its non-existence becomes clear or its existence remains unclear. The term *burden to adduce evidence* defines the activity of parties to litigation necessary to cope with the risk of not being able to convince or persuade the court of an evidentiary result favourable to a party's case. Both terms, burden of proof and burden to adduce evidence, stand for a risk in a strict sense because in case of failure to manage the risk a party may suffer a loss or harm independently of its personal abilities and its carefulness. The term *obligation to disclose evidence* will be used in the sense of a duty to be fulfilled carefully only according to the abilities a party, lacking compliance will not result in negative consequences if a party did what it reasonably could do and could have been appropriately expected to do. Obligations to disclose are regularly designed to facilitate other parties' risk management by production of means of evidence favourable to these parties or timely disclosure of a party's own means of evidence to avoid unfair surprises and facilitate adequate case management by the court and the other parties. This attempt of clarification should not be understood as a late contribution of German conceptualism. Even in German literature and court judgments the use of terms like burden (*Last*), obligation (*Verpflichtung* oder *Pflicht*) or duty (*Pflicht*) is often not well considered or even confusing and does not correspond with the differing functions of the described phenomena. The same is true for other legal cultures where English terms like burden of proof, burden of persuasion, risk of non persuasion, burden of producing evidence<sup>14</sup> or French terms like *charge de la preuve* or *charge de la production*<sup>15</sup> and similarly Italian and Spanish terms like *onere della prova* and *carga de la prueba*<sup>16</sup> are sometimes used without correct differentiation and may cover different meanings. But, nevertheless, much better terminological discipline would be very helpful for a function-orientated discussion of

14. For a good analysis of terminological problems in the common law world especially HAZARD/LEUBSDORF/BASSETT, op. cit., § 11.12 ss., pp. 458 ss. with further references.

15. For French terminology see MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1947, No. 117; FERRAND, *Dalloz. Procédure Civil. Preuve*, 2006, No. 112 ss.

16. See for terminological questions COMOGLIO, *Le prove civili*, 2nd ed. 2004, pp. 167 ss.; MONTERO AROCA/GOMES COLOMER/BARONA VILAR/CALDERON CUADRADO, *Derecho Jurisdiccional. Vol. II. Proceso Civil*, 23rd ed. 2015, Lec. 9 IV, pp. 232 ss.

many evidentiary problems. It is especially necessary to have a clear idea of the function of procedural instrumentalities from the very beginning when questions of proof and evidence are being discussed on a comparative basis. The terms describe phenomena, which underlie each procedural structure independently of its cultural provenience and its individual legal design. In so far these phenomena describe logical structures that in their core are independent of legislative forming.

## 2. Burden of Proof and Rules of Distribution

According to the prevailing opinion in most legal cultures substantive law determines the *distribution of the burden of proof*. This is the point of view of the European legislature<sup>17</sup> and the standpoint of most national legislatures or the case law of civil law countries in Europe and other parts of the world. Many national civil codes contain general and special provisions on the burden of proof according to the French example.<sup>18</sup> In common law countries especially in England and the U.S., these rules are considered a part of the case law. The more or less uniform fundamental rule is a heritage of the Roman law: «*actori incumbit probatio, reus in excipiendo fit actor*» that wants to say: The claimant has the burden of proof for all facts necessary for his claim, the defendant for all facts necessary for exceptions from the claim. It was this distribution of risks between claimant and defendant by differentiating between *actio*, *exceptio*, and later additionally between *replicatio* and *and duplicatio*, which survived the Roman legal culture<sup>19</sup> and was an or perhaps *the* main source of legal rules of all legal systems of the Western civilisation forming civil codes and case law. The very general formula that each party bears the burden of proof for facts favourable to its case is correct and simple together,<sup>20</sup> but in the end it says

---

17. See especially Art. 18 (1) Rome I Regulation, and Art. 22 (1) Rome II Regulation.

18. See the French Code Civil from 1804 Art. 1315, and now the revised Code Civil from 2016 Art. 1353; Italian Codice Civile Art. 2697; originally Spanish Código Civil Art. 1214, now Art. 217 (2) and (3) LEC; Art. 1315 Code Civil of Luxemburg and Belgium; the first draft of the German Civil Code provided a similar general rule on the distribution of the burden of proof, but its contents was taken for granted and to be undisputed, and, therefor, not part of the final and enacted version of the code; see for the legislative history STEIN/JONAS/LEIPOLD, ZPO, 22nd ed. 2008, § 286 Mn. 61; STEIN/JONAS/THOLE, ZPO, 23rd ed. 2018, § 286 mn. 105; for Switzerland see Art. 8 Civil Code; for England ZUCKERMAN, On Civil Procedure, 2nd ed. 2006, mn. 2139, p. 755.

19. It was the post classic procedure of the Justinian epoch, which revitalized this structuring of legal rules into *actio*, *exceptio*, *replicatio* and *duplicatio*. Originally, it had been already developed by the Roman form process in the time of the middle Roman republic; see for an overview KASER/HACKL, Das Römische Zivilprozeßrecht, 2nd ed. 1996, §§ 22 ss. and §§ 77 ss., especially §§ 88 and 89, pp. 578 and 584.

20. In Germany this formula is called the «Rosenberg formula», because Leo Rosenberg, a very prominent German-Jewish proceduralist of the first part of the 20th century, took this formula as a basis for the distribution of the burden of proof in his very famous dissertation LEO ROSENBERG, Die Beweislast, 1900, 5th ed. 1965. In the end this formula is a part of long standing common European tradition.

nearly nothing and refers to this sophisticated system of substantive law with rules, exceptions from rules and exceptions from exceptions etc.<sup>21</sup>

Legislators and courts determine whether facts are to be understood as a part of a rule or a part of an exception from a rule, and it is this determination, which changes the burden of proof of affected parties. There exists a lot of literature about the reasons, which motivate legislators and courts in distributing the burden of proof and the risk to find or not to find the truth. Mainly discussed reasons are besides other motivations: the weight of the interests or fundamental rights to be balanced when granting a right or claim; the protection of the already existing distribution of goods to avoid the necessity of cost intensive and embarrassing continuous vigilance and preservation of evidence to prevent possible losses; the degree of probability of a well justified claim on the basis of the rule's factual requirements (probability based relation between rule and exception); the creditor's or debtor's ability to manage situations of dangers or risks or to insure risks; the control over potential means of evidence etc.<sup>22</sup> As a rule, a bundle of motivations may determine the distribution of risks and not only one single aspect. For instance, in medical malpractice cases often the idea of localisation of more evidentiary risks with the hospital or doctor and not with the patient may arise. It could stimulate a discussion, which aims at shifting the burden of proof for lacking causation of wrong treatment to the hospital because of its better chance to manage and insure risks and to clarify all facts of causation. But in the end, legislators and courts must consider whether these arguments really generally justify a hospital's liability if causation is questionable and may not exist in reality. Liability upon wrong treatment without causation would be a big step and a remarkable innovation, which would not take into consideration all the other aspects necessary for a really appropriate balancing of *all* interfering interests. As a consequence, in many legal systems the prevailing opinion prefers more modest steps in cases of medical malpractice liability. It limits, for instance, the shifting of the burden of proof for causation to the hospital to cases where the hospital's treatment was a serious infringement of professional standards and generally suitable to cause the concrete harm of the patient.<sup>23</sup>

21. See ROSENBERG, *op. cit.*, §§ 9 and 10 («Normentheorie»).

22. See for France FERRAND, *Preuve*, *op. cit.*, No. 122 ss.; for Italy LIEBMANN, *Manuale di diritto processuale civile*. Principi, 7th ed. 2006 (a cura di COLESANTI, MERLIN, RICCI), No. 156, pp. 114 ss.; for England ZUCKERMAN, *On Civil Procedure*, *op. cit.*, mn. 2139 ss., pp. 755 ss.; for Spain MONTERO AROCA/GOMES COLOMER/BARONA VILAR/CALDERON CUADRADO, *op. cit.*, Lec. 9 IV B, pp. 233 ss.; for Germany ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *op. cit.*, § 115 II 5, mn. 14 ss., pp. 647 ss.; MURRAY/STÜRNER, *German Civil Justice*, *op. cit.*, Ch. 8 (C) (2), pp. 267 ss.; for the U.S. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3rd ed. 1940, Vol X, especially p. 278.

23. See, e.g., for German law the detailed rules on the burden of proof in § 630 h German Civil Code.

Another sometimes intensively discussed topic is the question whether the rules on the distribution of the burden of proof are abstract rules that are valid for all individual cases or whether a shifting of the burden of proof could be the result of a party's difficult evidentiary situation resulting from the peculiarities of its special case. Flexibility in the burden of proof as discussed on this conference may address the necessity of case law for special groups of cases only or also include considerations to adapt the distribution of the burden of proof to the needs of parties in individual cases. Judicial case law for special groups of cases is common reality in all developed legal cultures. If rules on the distribution of the burden of proof are considered a part of the rules of substantive law that determine the factual requirements of claims and defences it is the responsibility of judges to develop case law that includes rules on the distribution of the burden of proof for cases where the existence of a claim's or defence's factual requirement remains unclear. But the characterization of rules on the burden of proof as a part of legal rules of applicable substantive law makes it clear that the integrated rules on the burden of proof must also apply together with the substantive law where they are a part from. The main function of legal rules is to guarantee the equal treatment and equality of citizens, equal application of law is the core element of the rule of law and justice. As a consequence, differing distribution of the burden of proof according to evidentiary needs of an opposing party in an individual case must be considered an infringement of a party's fundamental right to equality and is not permitted. This seems to be also the point of view of the relatively rare part of literature that addresses this question.<sup>24</sup> This does not mean that special kinds of adducing evidence «like *res ipsa loquitur*» (comparable with the German *prima facie-Beweis*) or an obligation of the opponent to contribute to the clarification of facts could not facilitate the evidentiary position of a party, but these instruments should not be mixed up with the phenomenon of shifting the burden of proof.<sup>25</sup>

### 3. The Burden to Adduce Evidence

As already described, all developed procedural cultures differentiate between burden of proof and the burden to adduce evidence that derives from the burden of proof as its logical consequence. It is also not seriously debated that this burden to adduce evidence is also —like the burden of proof— a real risk to be

---

24. See, for instance, STEIN/JONAS/THOLE, ZPO; op. cit., § 286 mn. 123 ss.; in the same sense already in the preceding edition STEIN/JONAS/LEIPOLD, op. cit., § 286 mn. 71 ss.; German Federal Supreme Court *Neue Juristische Wochenschrift* 1970, 143. The idea of a fair procedure and of equality of weapons does not include a right of equal chance to win and cannot modify rules on the distribution of the burden of proof in individual cases; see Federal Constitutional Court *Neue Juristische Wochenschrift* 1979, 1925 ss. (not exactly clear the dissenting vote of four judges; see ROLF STÜRNER *Neue Juristische Wochenschrift* 1979, 2334, 2336 and 2337).

25. See similarly for the constant burden of proof during the trial ZUCKERMAN, op. cit., mn. 21.38.



managed by the affected party, and lacking success will result in procedural disadvantages independently of a party's ability to cope with this risk in the individual case. In contrast to the burden of proof, the burden to adduce evidence may shift to the opponent if there is some danger that the party who bears the burden of proof may adduce enough evidence to persuade the court of the untruth. Though each procedural system is aware of this risk as a phenomenon of natural logic, which cannot be avoided or even extinguished by any procedural system, the terminology differs again: *Gegenbeweisführungslast* in Germany,<sup>26</sup> «shifting of the burden after discharge of the burden» or «need to respond the opponent's case» in England,<sup>27</sup> *necesidad de la contraprueba* in Spain and similarly *prova contraria diretta or indiretta* in Italy or *empêcher la conviction du juge de se former en faveur de son adversaire* in France<sup>28</sup>.

This shifting of the burden to adduce evidence exists even in the inquisitorial criminal procedure of the continent. Often, this burden to adduce evidence is there not clearly mentioned by the prevailing opinion.<sup>29</sup> It describes more or less a criminal procedure without any burden of the accused to contribute: The prosecution has to collect all facts and means of evidence, and then it is up to the court to find the truth by evaluation of all these means of evidence and if necessary by taking additional evidence. The prosecution has to offer and the court has to take evidence *ex officio* also on facts favourable to the accused and, consequently, the accused has no burden of proof even for such facts and needs not adduce evidence for not being sentenced. The accused has a right to defence, but he is also free to be completely passive, and the strict rule «*in dubio pro reo*» facilitates a passive role of the accused. Though according to this prevailing opinion there is no room for distribution of the burden of proof between the acting subjects in criminal procedure, experienced and carefully considering authors concede nevertheless that total passivity of the accused may be dangerous if the accused does not really realize and take into account the weight of incriminating evidence already collected and evaluated by the court. The described perception of the functioning of criminal procedure by the prevailing opinion may be the consequence of an exaggerated form of distinguishing between the party oriented criminal procedure of the common

26. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, op. cit., § 110 mn. 12/13, pp. 615/616 (Haupt- und Gegenbeweis), § 115 mn. 6, S. 645 (konkrete Beweisführungslast).

27. For shifting e.g. NOKES, *An Introduction To Evidence*, 3rd ed. 1962, pp. 480 ss.; contradicting ZUCKERMAN, op. cit., mn. 2138, p. 754 (burden of adducing evidence constant, need to respond only).

28. See for this terms RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 5th ed. 1992, p. 535; LIEBMAN, op. cit., No. 157, p. 319; GOUBEAUX/BIHR, *Dalloz, Preuve*, op. cit., No. 110.

29. See on the following especially the prominent German proceduralist KARL PETERS, *Strafprozeß*, 3rd ed. 1981, pp. 285/286; the well known textbook of ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25th ed. 1998, § 18, pp. 116 ss., puts emphasis on the accused's rights as a subject of the proceedings but does not discuss any burden of the accused to adduce evidence; for the later editions see ROXIN/SCHÜNEMANN, 29th ed. 2017, § 18.

law countries and the inquisitorial and judge-dominated, paternalistic procedure of the continent. But there is no kind of procedure that could ignore or even overrule consequences of natural logic according to which the danger of being convicted of crimes through wrong evidence is a strong and necessary motivation for adducing exonerating evidence. This motivation, which is necessary not only in the interest of the individual accused but also in the interest of justice, is called a burden to adduce evidence in procedural terminology and stands for a kind of risk of procedural loss. It is the same in inquisitorial and party-dominated proceedings, and denial of this common phenomenon is a form of ideology, which does not harmonize with neutral and objective scholarship. In practice, it may further procedural misconduct in so far as it is an expression of unjustified and unrealistic full trust in the court and its judges.

#### 4. Obligations of the parties to disclose evidence

In modern times, it is the common point of view of nearly all well developed civil procedural cultures that a party to litigation has, in principle, to disclose facts and evidence under its custody in the interest of the opponent and of a speedy and fair dispute resolution. The nature of this obligation has been characterized already as a real duty, which is fulfilled if a party cooperated carefully within the scope of its abilities and the limits of appropriateness. No negative inferences or other sanctions are permitted if a party complied with these requirements but, nevertheless, failed really to contribute to the clarification of contested facts. Whereas there is a lot of consent on the principle, there remain differences regarding details. The prerequisites of a duty to disclose are the same as generally analysed for the commencement of a fact-finding procedure at the beginning of this paper above and need not further consideration. All procedural systems have in common varying kinds of the opponent's obligation to answer the factual assertions of the other party with a detailed description of facts of its own knowledge<sup>30</sup> or of facts within its sphere and to be clarified by appropriate

---

30. See for France CHAINAIS/FERRAND/GUINCHARD, *op. cit.*, mn. 534, p. 434 with references (though questionable whether the court could interpret a party's passivity as a form of tacitly contesting; Art. 184 ss., 198 c.p.c.: negative inferences in case of refusal of personal appearance (comparution personnelle) or of answering questions correctly; for further forms of pressure to respond correctly to factual assertions Art. 1364 ss.: party oath and judicial oath); for England see Part 16.4, 16.5 CPR (substantiated contesting); Part 22 CPR (statement of truth); Part 32.18 (notice to admit facts); Part 18 (further information, response verified by a statement of truth); Part 34 (deposition or testimony by parties); for Italy Art. 115 (1) as revised in 2009; 167 (1), 416 (3) c.p.c. (but not completely clear how far implied contesting is still possible according to judicial discretion); Art. 117, 183 (3) c.p.c.: non-formal interrogation of party (questionable whether admission in this form of a hearing may obviate the need for proof); Art. 228 ss., 233 ss. c.p.c. (formal interrogation of a party and party oath); for Spain Art. 405 (2), 407 (2) LEC: lacking contesting or evasive response (respuestas evasivas) as confession; Art. 301 ss., 304, 307 LEC (party examination, refusal to respond or evasive answers); for the U.S. see HAZARD/LEUBSDORF/BASSETT, *Civil Procedure*, *op. cit.*, on the one hand mn. 5.4 ss., pp. 206 ss. (particulars not in the pleadings), and on the other hand mn. 8.16, 8.17, pp. 355 ss., 359 ss. (particulars later in oral depositions and in responses to written interrogatories, both under oath); for Germany see § 138 (3) and (4)

measures. Additionally, all leading procedural systems developed and increased in modern times obligations to disclose and produce evidence. The dimension of these obligations varies between the individual systems. French law formulates a general obligation to cooperate with the instructing judge and to contribute to the clarification of the dispute's factual basis,<sup>31</sup> and under English law the duty of disclosure of all means of evidence relevant to a case is the rule and the right to refuse subject to exactly defined privileges.<sup>32</sup> Other countries like Italy, Germany and Spain provide rules on the production of documents and things relevant to a party's case,<sup>33</sup> and the U.S. Federal procedure's broad disclosure and production measures became nearly a legend during the last decades.<sup>34</sup> The sanctions of noncompliance in all legal cultures are negative evidentiary inferences against parties, in some countries according to the court's discretion fines or other punishment and even striking out the party's case totally or in part, sanctions against third persons are cost sanctions, fines or even imprisonment, but sometimes especially in Romance traditions only penalties upon criminal proceedings because of disobedience of court orders. Against parties, most procedural cultures practice mainly sanctioning by negative inferences, and only in exceptional cases direct sanctions like fines or other penalties apply taking into account the principle of proportionality that forbids too rigid and severe measures.

The common tendency in comparative civil procedure documents a preference for an increase of duties of cooperation of parties who do not bear the burden of proof with the clear intention to facilitate the production of evidence for the opponent.<sup>35</sup> In developed procedural cultures, the old wisdom that a party to litigation has not an obligation to deliver weapons to its opponent<sup>36</sup> and to contribute to his victory has been never valid in a strict sense, in each epoch there existed duties to disclosure and production. It is not without reason that cultures of the adversarial understanding of civil procedure and especially common law countries stood in front of the movement to increase duties for

---

German Code of Civil Procedure (for seriously disputed details see German Federal Supreme Court *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, 468 mn. 11; *Neue Juristische Wochenschrift-Report* 2009, 1666; 2017, 842 mn. 19; 2017, 1520 mn. 23 and the survey with THOMS/PUTZO/SEILER, ZPO, op. cit. § 138 mn. 12, 20).

31. See Art. 11 French Code of Civil Procedure and Art. 10 French Civil Code.

32. See especially for documents and electronic documents Part 31 CPR with Practice Directions 31A to 31C; for inspection or taking a sample of property or carrying out an experiment on or with property Part 25 (1) (c) (II-IV) CPR.

33. For Italy see Art. 118, 210 ss., 258 ss. Code of Civil Procedure. For Germany see §§ 142-144, 371-372, 424-427 Code of Civil Procedure; for the interaction between procedural rules and rules of substantive law that lost during the last decades more and more its significance because of the increase of procedural obligations, see CHASE/HERSHKOFF/SILBERMAN/SORABJI/STÜRNER/TANIGUCHI/VARANO, *Civil Litigation in Comparative Context*, 2nd ed., pp. 295 ss. For Spain see Art. 317 ss., 324 ss., 328 ss., 353 ss. LEC.

34. See HAZARD/LEUBSDORF/BASSETT, op. cit., mn. 8.18 ss., pp. 361 ss.

35. See especially TROCKER/VARANO (Editors), *The Reform of Civil Procedure in Comparative Perspective*, 2005, pp. 255-258 (concluding remarks of the editors).

36. For the late Roman origin of this idea see *Capitulariae* 1. X. de probat. (2.19): «nemo contra se edere tenetur».

disclosure to avoid extreme forms of injustice and inequality,<sup>37</sup> whereas more judge-dominated procedural cultures tried to compensate for information asymmetries through judicial activity. They were afraid of a tendency towards inquisitorial forms of procedure if a powerful machinery of combined discovery instruments and judicial activity limited the parties' freedom of disposition and control over facts and evidence. Consequently, Germany with its long tradition of an active judge many decades before the enactment of Franz Klein's social procedure<sup>38</sup> hesitated under the influence of its bar and its strong lawyers organizations even at the end of the 20<sup>th</sup> century to follow other European countries and to increase disclosure duties.<sup>39</sup>

According to another German long tradition of procedural liberalism designed to balance and tame judicial power, it was the function of procedural burdens or risks distributed carefully among the parties to litigation to motivate and stimulate party initiative, and the responsibility of the judge was not to clarify facts as it is often said in English written descriptions of continental procedure but to ask for this party activity for factual clarification. Often the parties' activity stimulating distribution of risks is called the spine or backbone of civil procedure. It was James Goldschmidt, one of the most talented German proceduralists of Jewish origin who in 1925 published his famous monograph «Der Prozeß als Rechtslage». Goldschmidt held the chair in Berlin, lost his position in 1934, published in Spanish, Italian and French language and emigrated from Germany upon the threat of murder in 1938 to Buenos Aires where he died 1940. Two of his sons became law professors in South America, and Goldschmidt's oeuvre survived first in South America and later again in Germany. In his book Goldschmidt argued that the legal system of civil procedure distributes risks and grants thereby chances to realize civil rights, and that it is the risk to lose and the chance to win which makes civil procedure run, and neither a duty of cooperation nor judicial orders would be really able to motivate parties in a way stronger than party activities in the parties' own interest. Goldschmidt did not understand civil procedure as a system of sanctioned duties of parties against court or opponent but as a system of risk distribution that stimulates competition between parties to find the truth at their own. For him the idea of a working community between parties and court governed by duties was strange, and therefore he completely rejected the idea of special procedural

---

37. For the history of discovery in the U.S. and England MILLAR, op. cit., pp. 43 ss., 52 ss., 201 ss.; for the development in modern times HAZARD/LEUBSDORF/BASSETT, op. cit., mn. 8.1 ss., pp. 334 ss.

38. Already the Civil Procedure Code from 1877 contained the following rule on judicial court management: «§ 130. The presiding judge has to ask questions to ensure that unclear applications be clarified, insufficient factual assertions be supplemented and means of evidence be specified, and generally that all declarations necessary for the determination of facts be made.»

39. See for this late approach to increased duties of disclosure PETER SCHLOSSER, *Die lange deutsche Reise in die prozesuale Moderne* (The long German trip to modern civil procedure), *Juristenzeitung* 1991, 599 ss.

duties and defined some undeniably existing duties like the duty to tell the truth as general duties of citizens governing their whole life and not specifically civil procedure. Goldschmidt may have exaggerated, but the same may be true for the representatives of the doctrine of a legally established working community between parties and court that does not meet the reality of animosity between parties regularly not suitable to be transferred to a working together in an atmosphere of mutual understanding by legal order — one of the sweet ideas now again sold by a part of the professional mediators.

As often, the truth may lie in the middle. It may be the better starting point first to motivate the party who has the burden of proof and the burden to adduce evidence, to collect and offer all relevant facts and all available means of evidence necessary for its success, and then in a second step to permit a motion for the opponent's assistance only in case of real insufficiency of materials in its own possession or under its own control. The distribution of risks should be the main source of party activity, the opponent's obligation or duty to assist an additional and subsidiary mechanism to complement the risk bearing party's endeavours. The duty of both or all parties to disclose facts and evidence independently of the risk bearing party's preceding endeavours and their results, is —as already stated above— not only an unjustified intrusion into the opponent's sphere but also a demotivation of the risk bearing party's readiness to do all for its case from the very beginning and to have a careful look at the quality of its case. As a consequence, the continental model based on long tradition and experience has the much more convincing starting point than the model of the U.S. federal procedure with its rather unquestioning early disclosure duties of both parties independently of the distribution of risks. But the continental model's often restrictive attitude to put in a second step on the opponent obligations satisfyingly to contribute to factual clarification exaggerates the risk based distribution of necessary activities and may learn from the late procedure of the common law world as is the case more and more in our times.

#### **IV. Written Witness Statements and Examination of Witnesses**

Most Civil Procedure Codes provide for written witness statements<sup>40</sup> besides the traditional alternative of oral examination of witnesses in hearings. Whereas in

---

40. See for France Art. 200-203, 204-231 Code of Civil Procedure (attestations and enquête orale) and CHAINAIS/FERRAND/GUINCHARD, *op. cit.*, mn. 657 ss., 661 ss.; CADIET/JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 6th ed. 2009, mn. 604; for the history SOLUS/PERROT, *Droit judiciaire privé*, Tome 3; 1991, mn. 831, pp. 702 ss.; for Italy Art. 257-bis Code of Civil Procedure, and for the preceding history of taking statements through attorneys see TARUFFO, *Rivista Trimestriale di Diritto e Procedura Civile* 1977, 1575 ss.; for Germany § 377 (3) Code of Civil Procedure and STADLER *Journal of Civil Procedure* 110 (1997), pp. 137 ss.; it is up to the court to determine whether written statements should be admitted according to the peculiarities of the individual case.

some countries like Germany written witness statements are used very rarely they became the rule in other countries like France where in the meanwhile oral examination of witnesses seems to be a seldom exception. The middle way is taken by the English code of civil procedure after the Woolf reform: the main examination is in practice often replaced by a written witness statement but a party may ask for oral main examination and regularly the opponent for oral cross examination in open court<sup>41</sup>. The modern development towards increasing acceptance of written witness statements by European legislators as a regular means of evidence was often preceded and furthered by the practice of attorneys to prepare oral examination by written statements, originally for internal use or as basis of pre-action settlement endeavours. An increasing trend towards written proceedings especially in small claim tracks like the European small claims procedure, written arbitral procedures or mediation processes offered for consumers by means of modern communication and last not least the U.S. — American example<sup>42</sup> of interrogatories to be answered by parties in writing under oath may have strengthened the legislators' readiness to take this path. Advantages and disadvantages of written witness statements are still being discussed. An advantage could be that court and parties may have an early impression of a witness' knowledge permitting a well founded first evaluation whether it will pay to examine the witness orally and how the chance to convince the court of the truth of asserted facts will really be. On the other hand, written statements lack the flexibility of oral examination, they do not allow spontaneous additional questions and they provoke claims of abuse by framing the questioning according to the necessities of a party's case. It is, therefore, not without considerable reason that the new Spanish procedure stopped the earlier development to permit answering of written questions before a court magistrate («*escribanos*» or «*secretarios*») and put strong emphasis on oral examination of witnesses in a court hearing.<sup>43</sup> In German tradition, professional ethics of attorneys do not forbid communications between lawyer and potential witness on the contents of information to be given in a future examination, though the lawyer may not use the results of this contact against the witness in the later oral hearing. German judges may often draw negative inferences on the reliability and credibility of a witness when lawyers contacted a witness during the pre-action phase to prepare a later examination. This mode of contravening forms of witness couching makes it clear why German courts practice the taking of written witness statements until today very restrictively. Oral evidence taking

---

41. See Part 32.4 and 5, 10 and 11 CPR; for details ZUCKERMAN, *op. cit.*, mn. 19.1 ss. and mn. 21.110 ss.

42. On the function of written interrogatories in U.S. Federal Civil Procedure see HAZARD/LEUBSDORF/BASSETT, *op. cit.*, mn. 8.17, pp. 359 ss.

43. See MONTERO AROCA, *Ley prueba en el proceso civil*, 7th ed., 2012, pp. 430 ss.; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 2015 p. 442; Art. 360-381 LEC; the court may allow written statements if a legal entity has to contribute to the clarification of facts, Art. 381 LEC.

by witnesses diminishes the danger of false statements because immediate control of factual statements by attentive lawyers and the court puts pressure on the witness not to give wrong, badly considered or evasive answers. Bureaucratic and written contact with a state authority far away from the witness' daily life increases the danger of undue influence and may be a seduction to take witness duties easier than in the presence of the court and observing attorneys. This does not mean that written witness statements should be strictly excluded and no longer be admissible but they should be not the rule and not be the main basis of a court's assessment of evidence.

A continuous matter of concern between procedural cultures, which distribute the responsibilities of the parties and the court differently, has been the strong position of the continental judge in the taking of evidence.<sup>44</sup> Until today, the discussions are influenced by misunderstandings, which could be clarified, but, nevertheless, they still survive. It is true that in most continental procedural systems it is the judge who asks witnesses questions, and in some national proceedings like in France or Italy the lawyers or the parties in person have only restricted rights to ask their own questions depending on the judge's permission upon sometimes overriding judicial discretion, whereas in common law tradition it is the responsibility of the parties and their lawyers to examine witnesses.<sup>45</sup> But it is misleading to limit a comparison to this observation and not to take into account the completely different function of witness examination in the continental and the common law procedure. In the Anglo-American trial the parties present their case mainly through oral examination of witnesses and parties in person. Parties to litigation introduce relevant facts through giving evidence by witnesses. Assertion of facts and production of evidence coincide. From this point of view, Anglo-Americans must be irritated when judges examine witnesses because according to their idea of the structure of civil procedure examination of witnesses always embraces introduction of facts and, consequently, from their point of view, it is the examining judge, who determines the factual basis of the legal dispute which is therefore no longer adversarial but more or less inquisitorial. The continentals were never really successful to convince the Anglo-Americans of the completely different nature of judicial and party dominated examination of witnesses. The topic of the continental taking of evidence is not determined by the judge, it is the respon-

---

44. See ROLF STÜRNER, *Parteiherrschaft versus Richermacht, (Party Autonomy versus Judicial Power)* Zeitschrift für Zivilprozess (Journal of Civil Procedure) Vol. 123 (2010), 147 ss., 156 ss. (English translation by the author).

45. See for France Art. 213 ss. Civil Procedure Code; for Italy Art. 252-254, 257 Civil Procedure Code; for Germany §§ 396, 397 Civil Procedure Code; for Austria §§ 340, 341, 289 Civil Procedure Code etc. For England see Part. 32.2 (1); 32.5, 32.7, 32.11 CPR and ZUCKERMAN, *op. cit.*, mn. 21.29; 21.110 – 21.114, pp. 778 ss.; traditionally, the judge should not ask too many additional questions (for details Jones v. National Coal Board [1957] 2 Q. B. 55, C.A. and the comments of ANDREWS, *Principles of Civil Procedure*, 1994, mn. 3-012); for the U.S. see HAZARD/LEUBSDORF/BASSETT, *op. cit.*, mn. 11.3, p. 436 and mn. 11.19, p. 479 ss. on the sufficiency of evidence by testimony.

sibility of the parties to define the topic through assertion, admission and contesting of facts, and, in principle, the taking of evidence by the judge is strictly limited to a topic, which is generated by the parties' factual contentions.<sup>46</sup> The judge —completely different from the Anglo-American examining litigation lawyer— does not determine the topic of a witness examination, only the relevance of contested facts is decisive for the subject and scope of judicial examination of witnesses. German civil procedure strengthens the judge's commitment to the topic as determined through the parties' factual assertions by the clear rule that the examining judge is not permitted to commence the examination with detailed questions. Instead, the judge has to ask the witness to tell his or her own complete story on the topic of the evidence taking. Only afterwards, the judge shall —if necessary— ask her additional questions, and later she has to permit relevant questions of the parties, directly or indirectly (§§ 396, 397 ZPO). The legislature wants to avoid any initial manipulation of the witness by the judge's questioning, the witness should tell his story on contested assertions of a party as uninfluenced as possible. The advantage of the continental form of judicial examination may be that it is a third neutral who questions the witness and not an interested lawyer who uses the witness as his or her means of evidence and may often try to coach the witness and to take influence on the contents of the answers. The disadvantage may be that the judge may make his or her choice of the best track to the truth too early and try to come to an adequate result of the examination by asking well selected questions. Again the truth may lie in the middle, and this may be the reason why the modern Spanish procedure turned to the English model according to which the parties' lawyers have to examine and cross-examine the witnesses though it is the court that decides on the admissibility of questions and may ask finally additional questions necessary for full clarification.<sup>47</sup> It should be noted that even the modern English procedure does not completely trust in the parties' and their lawyers' ability to question really relevant facts only and to limit the number of witnesses reasonably, and consequently installed a far reaching power of the court to control evidence regarding issues and the way in which evidence will be placed before the court.<sup>48</sup> Though there remain remarkable differences between continental and common law when taking evidence by testimony, some elements of convergence may document that these differences should not be taken too seriously.

---

46. See for France Art. 222 and 213 Code of Civil Procedure (for the historical development from *faits articulés* to the more liberal understanding of the topic of testimony with some leeway for the judge to ask questions on additional relevant facts covered by the parties' factual assertions SOLUS/PERROT, *op. cit.* NO. 858, p. 728); for Italy Art. 244 and 253 Civil Procedure Code (*fatti formulati in articoli separati and tutte le domande che ritiene utili a chiarire i fatti medesimi*); for Germany §§ 359 No. 1 and 2, 373, 377 (2) (2), 396, 397 Civil Procedure Code.

47. See for Spain Art. 368-370, 372.1 LEC (for the former, in principle necessary written formulation of questions for judicial examination see Art. 638, 641, 652 (1) LEC 1881 and RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal*, 1992, Tomo I, pp. 607 ss.

48. See Part 32.1 CRP.



## V. Court Records and Modern Techniques of Documentation

It is not only necessary to motivate witnesses, expert witnesses or parties to contribute as reliably as possible to the finding of the true facts, it is also equally important to preserve the results of oral personal articulation for later use by the deciding judges of the court of first instance and of appellate courts deciding a second time on facts and law or only on law including procedural law and procedural errors. The present day, national processes prefer different modes of preserving the results of oral interactions between court, parties and witnesses or experts that appear personally in open court.<sup>49</sup> The traditional mode is the written minute, which is formulated by the judge or court magistrate as a result of his or her understanding of oral statements made in a hearing and must be assented by the parties and examined witnesses. This kind of minutes may be first recorded electronically and transcribed later. But they contain always only a summary and not a verbatim transcript. Some civil procedure codes provide verbatim transcripts, tone recording or even video recording of the full hearing to be used by the deciding judges or appellate courts and lawyers of the parties. The verbatim protocol is the long standing tradition of common law countries especially in case of the taking of depositions, and it was often a matter of serious concern when their courts asked for legal aid in continental courts or courts of other countries influenced by continental traditions that were not accustomed to the techniques of verbatim protocols. The question may be whether the modern development will run towards full electronic tone and video recording and leave it to the judges and parties to make the necessary excerpts if details of evidence taking cause later disputes relevant for deciding courts or parties and their lawyers. In continental Europe especially the modern Spanish civil procedure made a big step towards full electronic tone and video recording of hearings and evidence taking that replaces written minutes<sup>50</sup> whereas Germany seems to be one the most conservative continental states still preferring written protocols drafted by judges with supporting and only in part modernized equipment.<sup>51</sup> A discussion of the future development suffers sometimes from a confusion caused by lacking clear differentiation between evidence taking by video conferences and pure tone or video recording. In the

49. Details of the various national regulations, which often let the choice of the mode of recording to the judge, a court magistrate or the parties or combine kinds of recording, cannot be described accurately. See for France see Art.173, 194, 195, 219, 220, but also Art.174 (1) and especially (2) Code of Civil Procedure; for Italy Art. 126, 130, 180, 199 etc. Code of Civil Procedure; for Germany §§ 159, 160, 160a; 128a, 130b Code of Civil Procedure; for England Part 32.3, Part 34.9 (4) and (5) with PD 34.4.3 – 4.5 CPR; for Spain Art. 147, 187 LEC; for the U.S. Federal Civil Procedure see 28 USC § 753 (b) and FRC 30 (b) (3).

50. See MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 5th ed. 2007, pp. 634 ss.; MARTIN BRANAS, *Oralidad y la segunda instancia civil*, in: CARPI/ORTELS (ed.), *Oralidad y escritura e un proceso civil eficiente*, 2008, pp. 459 ss., 468 ss.

51. Very critical remarks on the German development are the result of an analysis by JOHANNES STÜRNER, «Potokollierung von Aussagen im deutschen Zivilverfahren», *Juristenzeitung* 2016, 137 ss., 141.

meanwhile, nearly all national civil processes permit evidence taking in video conferences, some of them under specified restrictive conditions only and others more generously upon judicial discretion. But this does not always mean that in case of video conferences video recording may at the same time replace the verbatim protocol or the summarising judicial protocol that remains often the valid source of information though the video or tone record may be used for the determination of disputes on the correctness of the minute. On the other hand, the traditional oral hearing may take place in personal presence of court, parties and witness, and it is only the recording, which is done by tone or video equipment replacing or merely complementing the written verbatim or the judicial summarising protocol. But in all these cases tone and video recording may have the advantage of immediate and full information regarding the intellectual level, sensitivity, voice, tone, gestures, clarity, hesitations or spontaneity of the witness' declarations, behaviour or personality and the correctness, friendliness, pugnacity, clarity, skill and gestures of the examining person and the presiding judge. But these advantages may also be combined with disadvantages as they are also discussed in case of evidence taking by video hearings: differing or even manipulated perception of the reality by generating a virtual reality through video recording, change of the behaviour and personal attitudes of witnesses and examiners under the pressure of total, reproducible and repeatable observation,<sup>52</sup> increase of the workload of judges and lawyers by lengthy examinations with poor results and in many cases increase of costs. But all in all the advantages of a verbatim recording as a basis of the evaluation of evidence outweigh possible disadvantages. This is true especially in countries where the danger of unwelcome judicial influence on the contents of recorded testimonies is too great when the roles of the examiner and the drafter of the minute coincide in the person of the judge who from a certain point of the proceeding may be inclined to follow his own track and to adapt questioning and recording to his or her idea of the dispute's resolution without really taking notice of this questionable attitude of human nature difficult to be avoided.

## VI. Digitalization and Electronic Evidence

Written documents are more and more replaced by digitalized data. In the end, electronic data are treated like written documents,<sup>53</sup> be it on the basis of

52. On this problems especially GLUNZ, *Psychologische Effekte beim Einsatz von Videotechnik*, 2012, pp. 60-117, 201-206.

53. For France see Art. 11, 142 Civil Procedure Code (for a definition of *élément de preuve* and *pièce*, which includes enregistrements électroniques, especially CADIET/JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 9th ed., 2016, mn. 562, p. 489) and Art. 10, 1365, 1366 (*l'écrit électronique*), Art. 1367 (2) (*signature électronique*) Civil Code); for Spain: Art. 3.6 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica («el documento electrónico»), Art. 17 bis de la Ley del Notariado de 1862, introducido por la Ley 24/2001, de 27 diciembre; for Italy: Art. 20 ss. *Codice dell'amministrazione digitale*,

a generally equal treatment of documents and other items that could be subject to inspection by court and parties, or on the basis of a broad understanding of the term «document». Production or inspection may mostly be performed according to the example of production and inspection of documents. Nearly no special problems may arise if the party asking for disclosure is able to specify the electronic documents to be produced according to time and contents. If this is not or not sufficiently the case or if the opponent denies the existence of documents as described, the question arises whether the party itself may be permitted to search for the document within a limited part of the electronic material to be described by the party upon information of the opponents order of preservation. It is usual and in part necessary to spoil materials periodically especially if private e-mails and office gossip are not strictly separated from business communication. But this practice intensifies the danger of unpermitted spoliation, and the question may be whether the court may draw negative inferences in case of unintentional spoliation. The problems of preservation are in principle the same as in case of preservation of printed records or papers though electronic data are often much more huge in volume than printed papers or formal letters mostly written upon careful consideration only. There are good arguments to apply the traditional rules for documents and similar means of evidence. If a future party to litigation could have taken notice of the probability of a legal dispute, it is obliged to preserve electronic data, and professional duties to preserve information exist in many cases independently of any probability of a future legal dispute as it is the case for merchants, liberal professions, hospitals, producing enterprises, public administration etc. If these data are preserved in electronic form a court may draw negative inferences upon spoliation or infringement of professional duties like lacking order of preservation or lacking obligatory documentation etc. Spoliation of electronic materials does often not work really successfully because experts may disclose the fact of spoliation or even reconstruct the contents of spoiled material. In so far electronic recording may contribute to increasing correctness of data preservation. The problems of secrecy are the same as in case of traditional recording. A more and more well accepted and often practiced solution is the appointment of an expert who may investigate to find the documents as asserted by a party and inform only upon relevant documents and their contents keeping other information secret.

The main difference between inspection of traditional documents and electronic documents may be the volume of costs necessary to find the relevant material. Full cost shifting to the loser may not be adequate if the winner infringed

---

Decreto legislativo 7 marzo 2005, G.U. del 16 maggio 2005, n. 112; for England CPR Part 31. 4 with PD 31A (2A.1 and 2), 31 B and Andrews, *On Civil Processes* Vol. I, op. cit., mn. 11.20, 11.21; for the U.S. see FRC 34 and HAZZARD/LEUBSDORF/BASSETT, op. cit., mn. 8.18 ss., pp. 361 ss.

professional duties of correct preservation of data and made the identification of relevant data unnecessarily cost intensive. The party who seeks production should not be obliged to advance costs if the opponent did not keep good order according to professional standards and complicated therefor the research. No clear and hard cost rule can be given because each case depends on its own individual circumstances.<sup>54</sup> The legitimate argument of proportionality of costs should not be used as a general argument against disclosure or for limitation of disclosure if it was the party obliged to disclose who caused higher costs by preceding infringements of preservation duties.

The strong development towards digitalized communication and the increase of technical equipment, which facilitates the electronic recording of oral negotiations or oral exchange of arguments, will result in an increase of documentary evidence, and at the same time the importance of evidence by testimony will decrease. At first glance, there is no reason to regret this development because human remembrance is a very unreliable means of evidence and often judges may fail to give a correct judgment on the credibility of witnesses and the reliability of their perception. But the question will be in how far a development towards electronic documentation of business meetings or notarial hearings for authentication and the like will be really accepted by the actors of the daily life. It could be that the human want for privacy and confidentiality will be stronger than the desideratum to preserve means of evidence and that negotiating under the threat of future legal disputes, for which weapons are already prepared, will prevent even business people from consent to electronic recording. In the end, there will be a foreseeable increase of electronic recording but nevertheless witness testimony on not recorded meetings may not dramatically lose its importance. The prognosis that human nature with its want for privacy will totally change under the influence or even predominance of electronic publicity within virtual communities of the daily life has failed especially against the background of bold intrusions on privacy by large internet players, platforms, firms offering electronic services and public agencies.

## VII. Standards of Evidence Assessment

The last part of this survey is designed to discuss mainly two problems of evidence assessment, the process of evaluation of evidence and the probability to be reached as a satisfactory basis of a final determination on facts.

---

54. For details of electronic disclosure see especially HAZARD/LEUBSDORF/BASSETT, *op. cit.*, mn. 8.19, pp. 363 ss.; ANDREWS, *On Civil Processes*, Vol. I, *op. cit.*, mn. 11.20, 11.21, pp. 269 ss.; CHASE/HERSHKOFF/SILBERMAN/SORABJI/STÜRNER/TANIGUCHI/VARANO, *op. cit.*, pp. 334 ss.

First some words on the *process of evaluation of evidence*. The long history of the civilized law of evidence documents that in most of its epochs elements of free evaluation of evidence stood besides legal rules on evaluation and that periods with a pure system of legal rules or a pure system of free evaluation were more the exception. After an early phase of religiously oriented formalization, the Roman Procedure<sup>55</sup> began to develop the principle of free evaluation of proof during the period of the Formula procedure in its stage «*apud iudicem*». The decisive oath, the tender of oath by one party to the other («*iuramentum a parte parti delatum*»), however, survived the liberalization of the law of evidence as an expression of party disposition despite its ritualized character and religious origin. Later on, the cognition procedure of Justinian time established evidentiary rules concerning documents, which were considered to have superior evidentiary effect, and evidentiary rules concerning the ability to give testimony and the number of witnesses necessary for a full proof equal to documentary evidence. The continental learned procedure strengthened this tendency towards the creation of legal rules beyond the Age of Enlightenment and perfected the body of rules<sup>56</sup>. This system was considered to realize the dream of a more and more rationality oriented mankind to establish procedural truth independently of subjective feelings and coincidence. This idea governed Europe as a whole, English procedure included. This is true without reservation for the English Courts of Chancery and their Italian-canonical procedure<sup>57</sup>, but with modifications also for Common Law Courts with their jurors. For lay judges, however, a system of evidentiary legal rules to determine the deliberation of proof has been too complicated and, therefore, not usable; to a greater degree than professional judges, laymen will always deliberate evidence according to their own inner conviction, the «conviction in-time», being dependent on free deliberation. But according to the spirit of the time, the filter of super-individual rationality was considered necessary for jury decisions too; therefore, suitable evidentiary rules of Italian-canonical origin initially designed to regulate the deliberation of truth were converted into a system of evidentiary rules of admissibility shielding the jury from certain means of evidence from the beginning<sup>58</sup>. The purpose of the system of eviden-

55. On the Roman procedure and the development of its law of evidence Kaser/Hackl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, §§ 12 I, 2/3; 18 II, 22; 53 IV; 73 IV; 92; for an overview see Stürner, in: Köbler et al. (eds.), *Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag*, 2000, p. 1171 et seq.

56. See, among many others, Lévy, *La hiérarchie des preuves*, *Annales de l'Université de Lyon*. 3ème Série: Droit 5 (1939); Endemann *15 Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP)* 252-282 (1891).

57. Very impressive MACNAIR, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, 1999; differently MILLAR, *Civil Procedure of the Trial Court*, op. cit. p. 26: «One might suppose that, untrammelled by the jury, the system would have taken over the canonical proof rules, but only in small part are they suffered to affect it – a striking evidence of the influence radiating from the courts of Westminster and of the independence of English lawyers».

58. On the influence of the Romano-canonical law of evidence as applied by the Chancery Courts on the rules of admissibility of evidence of the Common Law Courts see MACNAIR, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, 1999.

tiary rules in continental procedure and the procedure of the Chancery Courts was the direct regulation of the establishment of truth by professional judges. The purpose of the jury model's system of evidentiary rules was and is still the protection of lay judges from doubtful means of evidence, the preventive filtering of any undue interference with the deliberation of lay judges. One should, however see, that this rigid confrontation of differing purposes has in part very generalizing impacts, because rules with a double function already existed in the law of evidence of the canonical procedure and its progenies and facilitated a rather complete transformation of the changed purpose of evidentiary rules through the Common Law Courts. In principle, this choice of the differing purpose has survived until today in jury proceedings.

On the continent, the discovery of the individual as the central figure of legal systems during and after the period of enlightenment caused the decline of legal evidentiary systems, which had been suspected to be a form of incapacitation of witnesses as well as of judges<sup>59</sup>. The rejection of traditional legal evidentiary systems on the continent occurred with different intensity. The Romance legal family—though essentially influenced by the French revolution—started rather half-heartedly and preserved some traditional rules of the old legal system. Until today Romance laws know a relatively strong dominance of documentary evidence<sup>60</sup> and often they did not completely abandon the traditions of the «*testis inhabilis*»<sup>61</sup> and the decisive oath in form of tender of oath by one party to the other<sup>62</sup>. In contrast, the step forward towards free evaluation of proof was done much more consequently by the Germanic legal culture and its progenies. The Anglo-American legal culture integrated the individualistic push to the law of evidence by restraining the figure of the «*testis inhabilis*» which had also covered the parties to litigation themselves, excluding their witness testimony during many centuries<sup>63</sup>; however, the Anglo-American legal culture preserved most parts of its system of admissibility of evidence for the time being. Obviously the special form of free deliberation of proof already existing

59. VOLTAIRE, Prix de la justice et de l'humanité, Art. 22 § 4, in: Oeuvres complètes, Vol. XXIV, 1785, p. 337.

60. E.g., Art. 1359 ss. Code civil France; Art. 2721 ss. Codice civile Italy.

61. E.g., Art. 246 ss. Codice di procedura civile Italy (on the corrections by the jurisprudence of the Constitutional Court [Corte Costituzionale] detailed CARPI/TARUFFO/TOGNI, Codice di Procedura Civile, 1996, Art. 246 n. IV; Art. 247 n. I; PISANI, Diritto Processuale Civile, 4th ed. 2002, Cap. 10 No. 5.1, p. 419). In Spain, the «tacha de los testigos» (Art. 377 LEC) is, in a certain way, a late descendant of the *testis inhabilis* (Art. 1246-1247 Código Civil before its revision), but in its effects it is moderated by the free evaluation of evidence (see for the «valoración de las declaraciones de testigos» Art. 376 LEC). France has completely abandoned the *testis inhabilis* of its former law (Art. 268, 283 a.c.p.c.), see Art. 205 n.c.p.c.

62. See for France Art. 1384a-1386-1 Code civil, Art. 317-322 Nouveau Code de Procédure Civile; for Italy Art. 2736-2738 Codice civile, Art. 233-239 Codice di procedura civile; on the abolition of the old regime in Spain (Art. 580 LEC 1881, Art. 1236-1238 Código Civil before its revision) see MONTERO AROCA et al., Derecho Jurisdiccional, op. cit., p. 256.

63. On the abolition of the «nullus idoneus testis in re sua intellegitur» rule in the 19th century MILLAR, Civil Procedure, op. cit., p. 207 with references.

within the hedged area of free evaluation by lay jurors limited the force of the evidentiary revolution. Only with the decline of the jury in England, the traditional law of evidence with its rules of admissibility has nearly disappeared<sup>64</sup> in civil matters, the distance to the law of evidence of the Germanic law family has become very small. As a somewhat strange result the American system of rules of admissibility of evidence shows most adhesion to the legal system of evidentiary rules of the Justinian and learned procedure. Where the «main hearing model» with professional judges dominates, as it is the case today in England, Germany, Spain, and some other European countries, rules of evidence go down and decrease. Whether lay judges can really be protected from a manipulating dramaturgy by a sophisticated legal system of admissibility rules seems to remain rather doubtful and most of all uncontrollable<sup>65</sup>. The institutionalization of lay judges is a valuable contribution to the democratic legitimacy of the judicial branch, the traditional law of evidence as developed by the common law may be no really necessary requirement for the survival of lay judges if requirements of careful and reasonable selection are really met. The Romanic legal cultures with their preference for documentary evidence preserve forms of supra-individual rationality. The strong preference of the Romance legal cultures for clarity and rationality may find its equivalent in other fields of culture and erudition like philosophy.

It has been already mentioned that digitalization may increase the importance of electronic documentation at the expense of personal means of evidence resulting in a renaissance of the dominance of documentary evidence. On the contrary, the still existing decisive oath especially in France and Italy does not really harmonize with the requirements of rationality, and it should be abandoned in near future according to the Spanish example. The law of evidence as developed by common law countries contains a lot of judicial wisdoms about the value of special kinds of evidence, and it may, therefore, survive in its original function as a source of judicial guidelines governing the evaluation of evidence. A good example may be the rules on hearsay. Originally in early Italian procedure, hearsay evidence could contribute to the necessary full evidence only to a very low degree and not with the same weight like the testimony based on direct notice of the witness. The law of evidence of common law countries converted this rule against full appreciation of hearsay into a rule against admissibility with a lot of exceptions. Even in cultures where the free evaluation of evidence is the dominating rule like in Germany, the control of the deliberation of evidence by highest courts like the German Federal Constitutional Court may come to the conclusion that hearsay even if reported by

---

64. On this ANDREWS, *English Civil Procedure*, 2003, mn. 31.01, 31.23 ss., 31.29 ss..

65. Informative SWARD, *The Decline of the Civil Jury*, 2001, pp. 243 ss., 271 ss.

unreliable witnesses may be taken into consideration in case of sufficient corroboration by other means of evidence. All these various attempts of framing negative effects of a dangerous means of evidence have in common the conclusion that together with other means of evidence hearsay could contribute to correct fact finding and should not be completely excluded from the deliberation of evidence. The result is a form of convergence regarding the real evidentiary weight of hearsay.

In all legal systems, the *requirements of taking disputed facts for proofed* are met if the court is convinced that the facts exist without setting an unrealistic standard of certainty. It is common knowledge that, in principle and according to the prevailing opinion, the civil law world differs in the description of the degree of probability to be reached from common law countries. Whereas most civil law countries follow generally the trend towards such a high degree of probability as would quiet, without completely eliminating, the doubts of a person of reasonable and clear perception of the circumstances of life,<sup>66</sup> the common law countries and Scandinavian laws prefer the standard of preponderance of probability and take a fact for proofed if it is more likely than not.<sup>67</sup> It is hard to transfer this abstract formulations into concrete numbers of percentages of probability, but «more likely than not» could be understood as a probability of 51% or more, and the high degree of probability to quiet reasonable doubts may be higher than 95%. But in the past this lacking exactness was never really a matter of concern due to the fact that a reasonable quantification of the ability of individual means of evidence to contribute reliably to the finding of the true facts was not possible.<sup>68</sup> In future the progress of stochastic methods combined with modern algorithm based computer techniques may increase the quality of quantification of reliability of means of evidence generally and for individual evidentiary constellations. This will be easier if electronic recording will be much more the choice of daily life than it is now the case. But in many situations people may prefer an informal atmosphere of privacy and personal confidentiality that avoids formalized behaviour as a consequence of electronic recording and —this should be added— controlling, and in such cases later evidentiary reproduction will remain difficult, and it will

---

66. For Germany: «Grad von Sicherheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen» (Federal Supreme court BGHZ 53, 245, 255 ff.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, op. cit., § 113 II 2, S. 634); for Italy: «guidizio di verosimiglianza si converta soggettivamente in certezza vera e propria» (LIEBMAN, Manuale, No. 151, p. 302); for Spain: «certeza objectiva» (MONTERO AROCA/GOMES COLOMER/BARONA SILVAR/CALDERON/CUADRADR, op. cit., p. 225), «plena certidumbre» (GIMENO SENDRA, Derecho procesal civil, Vol. I, op. cit., p. 418); for France moderate: «conviction suffisante» (GOUBEAUX/BIHR, Dalloz «Preuve», Stand 2001, No. 3); in France the standard of probability is rarely discussed intensively, but see FERRAND, Dalloz «Preuve», Nos. 454-456.

67. See HAZARD/LEUBSDORF/BASSETT, op. cit., mn. 11.5, pp. 441 ss.; ZUCKERMAN, op. cit., mn. 21.44 ss., pp. 756 ss.

68. See for the sceptical view on attempts to quantify the degree of probability more exactly HAZARD/LEUBSDORFF/BASSETT, op. cit., mn. 11.5, pp. 441 ss.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, op. cit., § 113 mn. 11 ss., pp. 634 ss. with references.



be still a long way to a really decisive progress, which delivers well workable results even when complicated facts have to be proofed with various different kinds of means of evidence. And at the end of this development the question arises in how far a human close of juridical decision-making by determination of facts will remain indispensable because of a continuing social want for human responsibility when justice is done at least in cases of some significance.

The dispute of how the standard of proof should be defined —preponderance, clear and convincing, or beyond reasonable doubt— from a comparative point of view may have lost significance because some consent has developed during the last decades that one single standard does neither meet the reality of court practice nor the necessities of doing justice.<sup>69</sup> According to this understanding, the standard of probability varies depending on the nature and peculiarities of the claim or affirmative defence underlying the legal dispute. There are types of cases where too high requirements of the standard of proof may diminish the chance of success in a way not intended by substantive codified law or case law; a good example are claims for compensation of losses against insurers where too high standards may devalue the purpose of the insurance concluded, or generally claims for damages where questions of causation of losses can be answered reliably and exactly in rare cases only and too high requirements of probability would contravene the function of such claims as deliberated by legislators and courts. On the other hand, in some types of cases high standards of probability should apply, for instance in paternity cases or in cases of enhanced liability because of fraud and the like. Emphasis should be put on the necessity to differentiate between *types* of cases and not to permit lower probability standards because of difficulties to give evidence in an individual case. Equality of citizens under the rule of law demands equal standards of proof for equal groups of cases. As already demonstrated above, shifting of the burden of proof must not apply for compensation of an individual party's inability to offer satisfying evidence because to adapt the requirements of a rule of substantive law to individual needs infringes the principle of equality, and the same is true for diminishing general standards of proof in the interest of an individual party. There is still another good reason to take the differing approaches of the common law and civil law courts less seriously. The adversary system of common law procedure assumed originally that judges must sit like umpires and may take evidence on their own motion in exceptional cases only whereas civil law countries have a long tradition of active judicial court management including responsibility for full production of evidence necessary for clarification of asserted relevant facts. As a consequence, the continental judge can actively harden or dispel doubts, which remain after party

---

69. See e.g. HAZARD/LEUBSDORF/BASSETT, op. cit., mn. 11.5, p. 441 ss.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, op. cit., § 113 II, mn. 13, p. 634; for further discussion of differentiations see ZUCKERMAN, op. cit., mn. 21.44 ss., pp. 756 ss.

driven taking of evidence, and increase the likelihood to come to a correct judgment on the existence or non-existence of relevant facts, an alternative not open for common law judges. The shared responsibility for correct fact finding, which combines elements of the sporting theory with cooperative elements, may either in reality improve the quality of fact finding or at least in the eyes of the evaluating judge. The judicial perception of higher likelihood is followed by judicial acceptance of higher standards of proof on the continent. It may mainly be this different perception of likelihood and the subjective acceptance of higher standards of proof by continental judges, which influenced the discussion about necessary probability of correct fact finding.



PONENCIA SOBRE  
**FACULTADES DEL JUEZ**  
**EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA**  
**Y ACUERDOS PROBATORIOS**



# El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del proceso civil

---

*Luiz Guilherme Marinoni*

*Catedrático de la Universidad Federal de Paraná, Brasil.*

*Director del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.*

*Miembro del Consejo de la International Association of Procedural Law*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Libertad y proceso civil. 3. Acuerdo procesal, libertad y fines del proceso. 4. Acuerdo sobre la prueba y convicción del juez. 5. Acuerdo en beneficio de la formación de la convicción. 6. Acuerdo sobre la prueba y regla de exclusión. 7. Facultades del juez y acuerdo sobre la prueba. 8. Acuerdo sobre la prueba e imposibilidad de prescindir de la debida convicción para realizar el derecho fundamental a la tutela judicial y cumplir con el deber del juez de prestarla adecuadamente. 9. Acuerdo limitador de la prueba y arbitraje. 10. Los terceros y la sociedad como destinatarios de la prueba. 11. Acuerdo sobre la prueba y cosa juzgada sobre cuestión. 12. La importancia de la debida información sobre los hechos para el desarrollo del derecho y la garantía de su unidad. 13. Acuerdo sobre la prueba, seguridad jurídica, libertad e igualdad. 14. Conclusiones.

## 1. Introducción

Este artículo tratará de la intrincada relación entre los acuerdos procesales sobre la prueba y los fines del proceso civil<sup>1</sup>. La esencia del problema objeto de estudio, en pocas palabras, es el de la validez de aquellos acuerdos procesales que limitan la práctica de pruebas.

La idea de que, en la resolución de conflictos, deben admitirse los acuerdos procesales sobre la prueba, pues estos son el resultado de la libre manifestación de las partes, no puede dejar de analizarse en relación con los objetivos del proceso.

---

1. Texto escrito para el Congreso que celebrará la International Association of Procedural Law y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (en Salamanca, en octubre de 2018) sobre el tema «La prueba en el proceso».

De esta manera, a lo largo del artículo se diferenciará entre los medios que tiene el proceso para alcanzar sus objetivos públicos, entre ellos la seguridad jurídica y la propia libertad, y la libertad de las partes que integran la relación procesal.

A partir de ahí, se estudiará si la limitación convencional de la prueba puede dificultar la formación de la convicción del juez y, entre otros aspectos, se analizarán la relación entre el pacto procesal sobre la prueba y las facultades de instrucción del juez y el significado de la limitación de la prueba respecto al derecho fundamental de tutela judicial y el deber del Estado de garantizarlo.

Además, como el acuerdo sobre la prueba se analiza con relación a los fines del proceso civil, cabe preguntarse si la limitación de la prueba imposibilita que opere la cosa juzgada sobre cuestión y la formación de precedentes y, en consecuencia, impide que el proceso civil tutele la seguridad jurídica, la libertad y la igualdad.

## 2. Libertad y proceso civil

La presencia del Estado en ámbitos que pueden y deben contar con la participación exclusiva de los particulares y la excesiva protección del Estado en determinadas situaciones, que interfieren sobre la libertad de los particulares que se relacionan con el bien tutelado y, en algunos casos, en la libertad de la propia persona tutelada, provocó graves problemas a la sociedad y al propio Estado. El crecimiento del Estado en la esfera de los negocios típicamente privados, al desatender las reglas del mercado, no podría tener otras consecuencias sino el fracaso económico y el enriquecimiento de sus administradores a costa de la sociedad. Además, la visión del empresario como un «enemigo», típica de algunos sectores de la vida pública, incluida la magistratura, hizo que sobre él recayeran exigencias legales, administrativas y judiciales desproporcionadas, que impidieron su inserción y desarrollo en el mercado. Por último, la excesiva tutela estatal del ciudadano, al que se priva de responsabilidad, dificulta que este madure y le impide ver en la competencia, el trabajo y el mérito la verdadera señal del desarrollo<sup>2</sup>.

No obstante, si la economía y la vida en sociedad reclaman el redimensionamiento del Estado y una menor interferencia en los negocios y la vida de las

---

2. Para una crítica sobre la coerción estatal y la concepción del derecho como salvaguarda de la libertad, véase Friedrich Augusto von Hayek, *The constitution of Liberty*. The definitive edition, Chicago: The University of Chicago Press, 2011. Del mismo autor, *Direito, legislação e liberdade*, v. I: Normas e Ordem, São Paulo: Visão, 1985, en particular, los capítulos 5 y 6. En la misma línea, definiendo el papel del gobierno según la concepción liberal, Milton Friedman, *Capitalismo e liberdade*, São Paulo: Nova Cultural, 1988, en concreto, el capítulo 2, titulado «O papel do governo em uma sociedade livre» (El papel del gobierno en una sociedad libre).

personas, lo que está en juego es la libertad. Sucede que la libertad, además de no poder ser sofocada por reglas y posiciones que ignoren la importancia de la participación del particular en la economía, para desarrollarse depende de presupuestos que exigen medidas normativas e incluso judiciales.

El código procesal civil brasileño (2015) muestra una gran preocupación con la seguridad jurídica, necesaria para que se realice la libertad. Destaca la relevancia de la estabilidad y la coherencia del derecho, señalando la importancia de la previsibilidad de las resoluciones judiciales<sup>3</sup> y, por tanto, la necesidad de que los jueces respeten los precedentes. Como es obvio, no se puede invertir en la producción, y generar trabajo con ello, si no se pueden prever las consecuencias del trabajo. En realidad, como dijo MacCormick, la previsibilidad de las resoluciones constituye un *valor moral imprescindible* para que el hombre, *de forma libre y autónoma*, pueda desarrollarse y, por ende, estar en un Estado de derecho<sup>4</sup>, es decir, en un Estado que asegure la estabilidad y la previsibilidad del derecho. Por lo demás, este es el sentido al que se refiere MacCormick cuando habla de «ética del legalismo»<sup>5</sup>.

Además de destacar la importancia de respetar los precedentes para proteger la seguridad jurídica<sup>6</sup>, el código procesal civil brasileño introduce la cosa juzgada sobre cuestión<sup>7</sup>. No hay duda de que la posibilidad de poder discutir de nuevo aquello que ya se había decidido, sobre todo, la posibilidad de hacerlo

3. La doctrina jurídica de los países de *civil law* nunca pretendió resaltar que, para garantizarse la previsibilidad, no importa demasiado la regla escrita en los códigos o la norma abstracta, sino fundamentalmente la concreción de la norma en el caso concreto. La previsibilidad depende de calificaciones jurídicas unívocas, de modo que la ley no es suficiente para garantizarla, por lo que resulta indispensable que el propio sistema jurídico contenga un instrumento capaz de evitar resoluciones diferentes en casos iguales. Como afirma Massimo Corsale, «se la codificazione fosse essenziale per la certezza come prevedibilità, quest'ultima non potrebbe realizzarsi in ordinamenti basati sul diritto consuetudinario, o giudiziario, o comunque non basati sul diritto legale. Ordinamenti di questo tipo sono sempre esistiti, e non sempre hanno corrisposto a fasi primitive di organizzazione sociale: i due macroscopici esempi del diritto romano e del *common law* ne fanno fede» (Massimo Corsale, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 36).

4. Neil MacCormick, *The ethics of legalism*, *Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184 y p. 193.

5. «De acuerdo con la «ética del legalismo», hay valores morales y sociales específicos que dependen del mantenimiento y el apoyo de un orden normativo institucional, por el bien de la paz y la previsibilidad entre los seres humanos, y como condición (que no garantía) para mantenerse la justicia entre ellos» (Neil MacCormick, *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*, New York: Oxford University Press, 2005, p. 6).

6. CPC, art. 926 y ss.

7. CPC, Art. 503. El fallo que resuelva total o parcialmente el fondo del asunto tiene fuerza de ley en los límites de la cuestión principal expresamente resuelta.

§ 1.º Lo dispuesto en el apartado precedente se aplica a las resoluciones de cuestiones prejudiciales, decididas expresa e incidentalmente en el proceso, si:

I – de su resolución depende que se pueda decidir sobre el fondo del asunto;

II – con relación a ellas hubiera habido contradicción previa y efectiva, salvo en caso de rebeldía;

III – el juzgado o tribunal tiene competencia por razón de la persona y la materia para resolverla como cuestión principal.

§ 2.º El supuesto del apartado 1 no se aplica cuando en el proceso existen limitaciones probatorias o de conocimiento que impidan analizar a fondo la cuestión prejudicial.



tan solo porque se trata de un adversario con otro rostro<sup>8</sup>, es un gran hallazgo para quienes son contrarios a la generalidad del derecho y les gusta jugársela a suertes en un nuevo caso<sup>9</sup>.

Los precedentes vinculantes y la cosa juzgada sobre cuestión tienen una gran importancia a la hora de demostrar cómo el proceso civil puede ayudar a fomentar la libertad. Garantizar la seguridad jurídica es indispensable para que el hombre pueda autodeterminarse libremente en sus elecciones y, de ese modo, poder desarrollar su vida y negocios. Esto también es fundamental para el progreso de la economía, aspecto ya conocido desde hace mucho tiempo, desde que Max Weber relacionó la racionalidad formal del derecho con el desarrollo económico<sup>10</sup>.

Se alude a otro aspecto de la libertad —mucho menos relevante— cuando se tiene en cuenta la prevalencia de la voluntad de las partes de la relación procesal. Es cierto que la libertad también es importante en el proceso, pues existen situaciones en las que la voluntad de los litigantes puede servir para que el proceso transcurra tempestiva y racionalmente. El proceso no puede esconder los valores del Estado —reflejados en la Constitución—, en la medida en que le compete al juez, al actuar y decidir, no solo manifestarlos, sino hacerlos realidad.

En otras palabras, esto significa que no hay ninguna contradicción entre un proceso preocupado con la libertad y un proceso preocupado con los objetivos del Estado, ni ningún problema en preservar valores del Estado en detrimento de la voluntad de las partes. El proceso contemporáneo debe dar solución a la voluntad de los litigantes, siempre y cuando, con ello, no se menoscaben los valores que el Estado debe preservar.

---

8. Bentham, en las primeras décadas del siglo XIX, dijo que se puede afirmar que una persona no debe perder su causa como consecuencia de una resolución dictada en un proceso del que no fue parte, pero no cabe afirmar que una persona no debe perder su causa como consecuencia de una resolución dictada en un proceso en el que fue parte simplemente porque su adversario no fue (Jeremy Bentham, *Rationale of judicial evidence, Rationale of judicial evidence*, London: Hunt & Clarke, 1827, p. 579). La lección de Bentham salió a colación en el juicio *Blonder-Tongue* contra University of Illinois Foundation (*Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971), en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró la validez del *nonmutual collateral estoppel*, es decir, la invocabilidad de la cosa juzgada sobre cuestión por parte de un tercero, ajeno al proceso en el que se formó la cosa juzgada (*collateral estoppel*).

9. Luiz Guilherme Marinoni, Culture and Predictability of the Law, *International Journal of Procedural Law*, v. 6, 2016, p. 185 y ss.

10. El formalismo del derecho, en Weber, significa calculabilidad y previsibilidad. Para Max Weber, el capitalismo «necesita un derecho calculable» (*A Gênese do Capitalismo Moderno*, São Paulo: Ática, 2006, p. 95). Véase, además, Max Weber, *A Ética Protestante e o «Espírito» do Capitalismo*, São Paulo: Cia. das Letras, 2004; Max Weber, *Economia e Sociedade*, v. 2, Brasília: UnB, 2004; David M. Trubeck, Max Weber on Law and the Rise of Capitalism, *Wisconsin Law Review*, 1972, p. 737-748; Sally Ewing, Formal justice and the spirit of capitalism: Max Weber's sociology of law, *Law and Society Review*, n. 21, p. 498-499; Hubert Treiber, 'Elective affinities' between Weber's sociology of religion and sociology of law, *Theory and Society*, n. 14, p. 841-842; Richard Swedberg, *Max Weber e a ideia de sociologia econômica*, Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2005, p. 155-170.

En realidad, todo sería muy simple si no fuera por la ridícula y falsa idea de intentar equiparar, en algunas situaciones concretas, fines del Estado y fines de un Estado autoritario y lejano a la democracia<sup>11</sup>. En esos casos, dejándose la honestidad intelectual de lado, se invierte en la retórica para confundir autoridad del Estado —reflejo de cualquier Estado de derecho— con Estado autoritario, arbitrario y no democrático. Se trata de un uso descuidado de la argumentación en detrimento de la racionalidad del discurso, que perjudica el diálogo y la comprensión de los temas jurídicos.

### 3. Acuerdo procesal, libertad y fines del proceso

La mera admisión del acuerdo procesal es señal de que el Estado debe contar con la colaboración de las partes para perfeccionar el proceso<sup>12</sup>. No obstante, que exista la posibilidad de celebrar un acuerdo procesal<sup>13</sup> no significa, ni de cerca, que las partes hayan pasado a tener la facultad de delinear el «modo de ser» del proceso en su exclusivo beneficio<sup>14</sup>.

Se engaña quien supone que el proceso civil, *al servir también* a la resolución de conflictos, se puede comportar según el interés de las partes implicadas en el conflicto que se pretende solucionar. Esto no puede ser así, básicamente, porque el proceso no atiende circunstancialmente a los litigantes, como si estos fueran usuarios de un sistema privado.<sup>15</sup>

11. Cuando se alude, por ejemplo, a la determinación de la prueba de oficio, se afirma que el proceso en el que el juez va más allá del deseo de las partes no solo es arbitrario, sino también típico de los regímenes dictatoriales. Por otro lado, al hablar de acuerdo procesal, se argumenta que con ello el proceso está impregnado de libertad, pues prevalece la autonomía de la voluntad sobre el «autoritarismo del juez».

12. Sobre este tema, véase en particular la revista *Accordi di Parte e Processo*, coordinada por Federico Carpi (Quaderri della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè, 2008), con importantes trabajos de Federico Carpi, Loïc Cadiet, Vincenzo Ferrari, Giorgio De Nova, Michele Taruffo, Remo Caponi y Adrian Zuckerman. En Brasil, véase *Negócios Processuais*, coordinada por Antonio do Passo Cabral y Pedro H. Nogueira, Salvador, JusPodium, 2017; Julio Guilherme Müller, *Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017; Antonio do Passo Cabral, *Convenções Processuais*, Salvador: JusPodium, 2016; Guilherme H. Lage Faria, *Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo*, Salvador: JusPodium, 2016; Robson Godinho, *Negócios Processuais sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. En portugués, además, también existe el importante ensayo de Loïc Cadiet, «Os Acordos Processuais no Direito Francês. Situação Atual da Contratualização do Processo e da Justiça na França», que forma parte del libro *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa – Seis Lições Brasileiras*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, pp. 77 y ss.

13. CPC, Art. 190. Cuando en el proceso se diriman derechos que admitan autocomposición, las partes que sean plenamente capaces pueden estipular cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa y pactar las cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso.

Apartado único. De oficio o a instancia de parte, el juez controlará la validez de los acuerdos previstos en este artículo y les denegará aplicación solo en los casos de nulidad o de inserción abusiva en contrato de adhesión o cuando alguna parte se encuentre en una situación de vulnerabilidad manifiesta.

14. Elizabeth Thornburg, Designer Trials, *Journal of Dispute Resolution*, 2006, n. 1, p. 206 y ss.

15. Elizabeth Thornburg, Designer Trials, *Journal of Dispute Resolution*, 2006, n. 1, p. 206 y ss.; Jaime Dodge, The limits of procedural private ordering, *Virginia Law Review*, v. 97, 2011, p. 724 y ss.

El proceso no puede interesarse solo por la resolución de los litigios ni mucho menos guiarse por el interés exclusivo de las partes. El juez debe desarrollar el derecho y tiene responsabilidad ante la sociedad<sup>16</sup>. Por lo tanto, lo que impide que prevalezca la voluntad de los litigantes en el proceso no es el hecho de que sea el Estado quien lo ampare, sino la circunstancia de que el Estado, a través del proceso, debe cumplir una importante responsabilidad, que obviamente es muy superior al interés de las partes<sup>17</sup>.

Además, ha de observarse que el modelo legal del proceso tiene un ineludible compromiso con los derechos fundamentales. En este sentido, por ejemplo, la cosa juzgada sobre cuestión responde al deber del legislador de tutelar normativamente la seguridad jurídica.

Es absurdo pensar que la libertad procesal pueda imponerse a los fines del proceso, incluida la tutela de la seguridad jurídica, indispensable para fomentar la libertad. En este sentido, el acuerdo procesal sobre la prueba no puede impedir la realización de los fines del Estado —incluida la tutela de la libertad— que acogen las normas constitucionales y se reflejan en los derechos fundamentales<sup>18</sup>.

#### 4. Acuerdo sobre la prueba y convicción del juez

El acuerdo sobre la prueba tiene sentido con relación a hechos cuyo esclarecimiento puede interesar a ambas partes. En este contexto, ante un contrato, las partes pueden estipular que los posibles litigios que surjan se solucionen mediante la práctica de una determinada modalidad de prueba pericial —sin que con ello se prohíba la práctica de otras pruebas—.

El acuerdo para investigar los hechos mediante un determinado medio de prueba no admite que una de las partes renuncie después a dicha prueba, puesto que estas estipularon libremente su uso para esclarecer el litigio. Mediante dicho acuerdo, las partes favorecen la adecuada formación de la convicción judicial.

---

16. Kevin E. Davis y Helen Hershkoff, Contracting for Procedure, *William and Mary Law Review*, 2011, p. 533-554.

17. «En primer lugar, las partes no deberían tener la oportunidad de crear sus propias normas procesales en un sistema judicial público; más bien, deberían someterse a las normas establecidas con antelación u optar por el arbitraje. Las dos preocupaciones complementarias relativas a los costes añadidos relacionados con los «mini códigos de derecho procesal civil» y la pérdida de precedentes significativos son dos ejemplos típicos» (Jaime Dodge, *The limits of procedural private ordering*, *Virginia Law Review*, v. 97, 2011, p. 768).

18. «(...) no debería permitirse que el procedimiento de adjudicación cambiara las reglas del juego en cada caso sin que el Estado preste la debida atención a las implicaciones prácticas para el dinamismo constante de la estructura de adjudicación general» (Kevin E. Davis y Helen Hershkoff, Contracting for Procedure, *William and Mary Law Review*, 2011, p. 554).

Sería distinto si, por el contrario, las partes estipularan que los hechos solo podrían probarse mediante una determinada prueba pericial y rechazaran la práctica de cualquier otra. En ese caso, el juez no estaría obligado a observar el acuerdo procesal, en la medida en que las partes no pueden limitar la formación de su convicción<sup>19</sup>.

Delimitar la prueba que puede practicarse en juicio o limitar la que el juez puede valorar para formar su convicción supone no solo estipular qué prueba debe practicarse, sino también negociar teniendo en cuenta la convicción del juez<sup>20</sup>.

Es decir, las partes pueden determinar la prueba cuando no limiten la formación de la convicción del juez pero establezcan la importancia de un determinado medio de prueba para que el juez pueda decidir con convicción.

## 5. Acuerdo en beneficio de la formación de la convicción

Las partes pueden predefinir una prueba que juzguen esencial para dilucidar los hechos en caso de un posible desacuerdo. Este acuerdo, además de no limitar la formación de la convicción del juez, establece la importancia de una determinada prueba para el adecuado esclarecimiento de la situación litigiosa, con lo que favorece la formación de la convicción judicial y la prestación de una adecuada tutela judicial. El pacto, por ende, se basa claramente en la idea de que «todos los sujetos del proceso deben cooperar entre sí para que se pueda obtener, en un tiempo razonable, una resolución sobre el fondo *justa* y efectiva» (art. 6 del CPC).

Este pacto no impide que una de las partes solicite la práctica de *otra* prueba, que en principio se presentará junto con la determinada en el acuerdo. No obstante, ninguna de las partes puede rechazar el pacto y, de ese modo, oponerse a la práctica de la prueba.

Si bien, es evidente que, si surgiera alguna circunstancia nueva o que no se hubiera podido tener en cuenta en el momento en que se celebró el acuerdo y que ponga de manifiesto que la prueba no es pertinente o necesaria para probar los hechos, cualquiera de las partes podrá demostrar que, pese al pacto, la prueba ya no es pertinente o útil y, por lo tanto, no debe practicarse.

---

19. David H. Taylor y Sara M. Cliffe, *Civil Procedure by Contract: A Convoluted Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control*, *University of Richmond Law Review*, v. 35, 2002, p. 1085 y ss.

20. Michele Taruffo, *Verità negoziata?* in *Accordi di Parte e Processo* (coordinado por Federico Carpi), Milano: Giuffrè, 2008, p. 69 y ss.

Por otro lado, es obvio que el juez podrá inadmitirla si, por su relación con los hechos objeto de prueba, esta es impertinente para la solución del litigio o cuando no haya controversia con relación a los hechos que la justificaban. No obstante, cuando los hechos sean relevantes para la solución del litigio, el juez no podrá inadmitirla con el fundamento de que existe otra prueba más adecuada.

También es válido, empero, el pacto en el que las partes acuerdan la imposibilidad de practicar una determinada prueba, siempre que se garantice la adecuada formación de la convicción judicial. Es el caso, por ejemplo, de un acuerdo que prohíbe la prueba obtenida mediante testigo que conozca los hechos simplemente «de oídas» o por referencia. Es lo que en el derecho estadounidense se denomina «testimonio por *hearsay*». David Taylor y Sara Cliffe, al abordar el caso de un acuerdo procesal que prohíbe la práctica de prueba testifical por *hearsay*, esto es, de oídas o por referencia, advierten que el acuerdo no puede prevalecer cuando quien presencié los hechos no tiene condiciones de declarar<sup>21</sup>. Esto podría darse, por ejemplo, cuando la persona que presencié directamente los hechos ha fallecido o tiene una enfermedad que le impide declarar y expresar su voluntad de manera adecuada.

Cumple señalar que, en principio, se admite esta prohibición de prueba, porque se parte del presupuesto de que, como el testigo «de referencia» no tiene la misma credibilidad que el testigo que presencié los hechos, el acuerdo procesal serviría para la adecuada formación de la convicción del juez<sup>22</sup>.

De cualquier modo, aunque se prohíba este medio de prueba, no se admitirá cuando con ello se pueda menoscabar la convicción del juez, de manera que, como ya se ha señalado, se podrán investigar los hechos a través de testigos «de referencia» cuando el testigo presencial no pueda declarar.

Este ejemplo es importante porque demuestra que el acuerdo procesal debe admitirse siempre que busque mejorar o cualificar la convicción judicial, pero debe rechazarse cuando limite su formación.

---

21. «(...) un acuerdo puede estipular que el testimonio «de referencia» que de otra forma sería admisible conforme a la excepción del testimonio «de referencia» sea inadmisibile, salvo que el declarante no pudiera testificar» (David H. Taylor e Sara M. Cliffe, *Civil Procedure by Contract: A Convuluted Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control*, *University of Richmond Law Review*, v. 35, 2002, p. 1086).

22. The Harvard Law Review Association, *Contracts to Alter the Rules of Evidence*, *Harvard Law Review*, v. 46, 1932, p. 139-140.

## 6. Acuerdo sobre la prueba y regla de exclusión

En ciertas ocasiones, se tutela la inadmisión de la prueba. Así, por ejemplo, la parte no está obligada a declarar con relación a hechos «sobre los que, por estado o profesión, deba mantener el secreto» (art. 388, II, CPC), y la parte y el tercero no están obligados a exhibir documento o cosa cuando «su exhibición suponga la revelación de hechos sobre los que, por estado o profesión, deban mantener el secreto» (art. 404, IV, CPC) o además cuando «existan otros motivos graves que, según el prudente arbitrio del juez, justifiquen que se deniegue la exhibición» (art. 404, V, CPC). Este rechazo no se establece solo para proteger a terceros. La parte no está obligada, por ejemplo, a exhibir cosa o documento «sobre asuntos que afecten a su vida familiar» o que puedan suponer una deshonra (art. 404, I y III, CPC).

Las reglas que excluyen el deber de practicar prueba, aunque se basen en motivos legítimos, limitan la formación de la convicción del juez y, en este sentido, se asemejan al acuerdo procesal sobre la prueba. De este modo, se podría pensar en un acuerdo que establezca, por ejemplo, que no se practique una prueba que sea susceptible de desvelar datos o técnicas científicas que no pueda revelar una de las partes. Como el pacto procesal no puede crear reglas de exclusión, se diría que las partes se rigen por la cláusula general (art. 404, V, CPC), antes referida, que reconoce al juez la facultad de valorar «motivos graves» que pueden justificar que se «rechace la exhibición» de cosa o documento y, con ello, de datos o tecnologías.

Sucede que, si las partes pactan con fundamento en una cláusula general que debe aplicar la jurisdicción, es evidente que no se puede quitar al juez la facultad de, ante los hechos y las particularidades del caso concreto, decidir si se dan o no los «motivos graves» que justifiquen el rechazo de la exhibición. En otras palabras, como las partes no pueden crear o modificar las reglas de la prueba ni ponerse en el lugar del juez, no se puede admitir acuerdo procesal con la finalidad de excluir el deber de exhibir cosa o documento. Sin embargo, en caso de que las particularidades de la situación concreta configuren un motivo idóneo que legitime la no exhibición, el juez realmente no podrá dejar de admitirlo, impidiendo, por ejemplo, que se desvelen los datos o la tecnología que se encuentran en la esfera intocable de la persona jurídica.

Bien es verdad que no puede confundirse el acuerdo procesal con la regla de exclusión, ya sea por su fuente o sus efectos. En el acuerdo, ambas partes estipulan no practicar prueba, con lo que se incide en la formación de la convicción. En la regla de exclusión, el legislador, para proteger una situación jurídica especial, exige a la parte de practicar la prueba, de modo que la limitación está amparada en un valor digno de tutela. Así, mientras en un caso la limitación de la convicción

se encuentra en la voluntad de las partes, en el otro se funda en un valor que el legislador entiende que merece protección. No obstante, cuando las partes acuerdan que una de ellas no exhibirá un determinado documento o cosa, se limita la formación de la convicción judicial sin ampararse en un valor depurado y establecido por el legislador. Y es precisamente esto lo que no se puede admitir. Solo el legislador puede eximir a las partes de practicar prueba o de colaborar en la formación de la convicción del juez. Por ello, cuando el acuerdo libera a una de las partes de practicar prueba, se dice que crea una regla de exclusión.

Además, aunque se pudiera estipular la no exhibición de documento o cosa en un caso particular, ello supondría crear reglamentos distintos para situaciones que deben tratarse igual<sup>23</sup>. Para que esto no suceda, son necesarios precedentes que aclaren el significado del presupuesto («motivos graves») que exige a la parte de practicar la prueba. De modo que el acuerdo procesal, aunque se aceptara, todavía produciría inseguridad jurídica, en perjuicio de la libertad y la igualdad.

## 7. Facultades del juez y acuerdo sobre la prueba

Se podría pensar que la validez del acuerdo que limita la práctica de prueba tiene relación directa con las facultades de instrucción del juez. De esta forma, las partes podrían acordar libremente que un litigio se resolviera practicando una determinada prueba solo cuando el juez no tenga poder para determinar las pruebas de oficio.

En caso contrario, si se entiende que el juez puede señalar la práctica de prueba sin que las partes la hayan instado, el acuerdo sobre la prueba estaría impidiendo al juez ejercer sus facultades de instrucción. Como la convicción no estaría limitada a la prueba practicada a instancia de parte, el pacto también restringiría las facultades del juez.

Esta simplista relación entre acuerdo procesal y facultad de instrucción no ayuda mucho a la hora de tratar el tema del acuerdo sobre la prueba. Bien vistas las cosas, esta relación guarda una falsa y engañosa contraposición entre libertad y facultades de instrucción. Lo que obstaculiza el pacto sobre la prueba no es la intensidad de las facultades del juez, sino su deber de prestar tutela judicial basada en su convicción.

Esto significa que, incluso en los sistemas en los que no le compete al juez determinar la prueba de oficio, el acuerdo procesal no puede limitar las pruebas

---

23. KEVIN E. DAVIS y HELEN HERSHKOFF, *Contracting for Procedure*, *William and Mary Law Review*, 2011, p. 544.

para resolver un litigio. De esta manera, si cualquiera de las partes demuestra al juez que, para esclarecer los hechos objeto del litigio, es importante una prueba distinta de la predeterminada en el acuerdo, el juez no tendrá otra alternativa que ignorar el pacto procesal.

## **8. Acuerdo sobre la prueba e imposibilidad de prescindir de la debida convicción para realizar el derecho fundamental a la tutela judicial y cumplir con el deber del juez de prestarla adecuadamente**

Se podría preguntar la razón por la que no sería legítima una resolución basada en una prueba insuficiente para la valoración a fondo de los hechos. El argumento sería el de que, si las partes pueden negociar sobre el objeto litigioso, no habría motivo para impedirles renunciar a algunas modalidades de prueba<sup>24</sup>.

Cuando las partes deciden sobre el uso exclusivo de una determinada prueba, como es evidente, no se piensa en que el litigio se decida a partir de pruebas inútiles que no contribuyan a esclarecer hechos. Así, para admitir que las partes puedan decidir sobre la prueba no obstante la convicción judicial, sería necesario entender que en el pacto hay una *libre opción por el riesgo* de que la prueba no sea suficiente para la adecuada formación de la convicción del juez.

En otras palabras, no interesaría saber si el litigio se decidió con base en pruebas útiles para formar el convencimiento del juez. La voluntad de las partes sería suficiente para legitimar la decisión, aunque esta pudiera fundarse en una convicción incapaz de traducir como se produjeron los hechos.

Sin embargo, las cosas no pueden ser así. Al menos cuando se parte del hecho de que todos tienen el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que la cosa juzgada, cuando se entiende como un impedimento para volver a litigar, se vincula sin condiciones al deber del juez de buscar convencerse sobre la verdad para prestar la *debida* tutela judicial.

El derecho fundamental a la tutela judicial<sup>25</sup> no puede separarse del derecho a disponer de técnicas procesales pertinentes para lograr la tutela que reconoce

---

24. Robson Renault Godinho, A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória, in *Negócios Processuais* (coordinado por Antonio do Passo Cabral y Pedro H. Nogueira), Salvador: JusPodium, 2017, p. 577 y ss.

25. Eduardo Cambi, *Prova Civil*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006; Paulo Osternack Amaral, *Provas – Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade*, cit.; Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.



el derecho material ni del derecho a practicar prueba para esclarecer las alegaciones de hecho<sup>26</sup>. De modo que el derecho fundamental a la tutela judicial contiene en sí mismo el derecho a la prueba, aunque realmente este último pueda categorizarse como un derecho fundamental autónomo.

Esto significa, por tanto, que se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial cuando la parte no puede practicar una prueba que le permita demostrar los hechos. De esta manera, no es legítimo limitar la prueba mediante pacto procesal cuando una de las partes demuestra al juez que, para probar los hechos, debe practicarse otra prueba. Mantener intacto el pacto procesal en estas circunstancias supone entender que, al celebrar el acuerdo, la parte renunció a su derecho fundamental a la tutela judicial.

Con todo, el derecho fundamental a la tutela efectiva no es solo un derecho cuyo corolario es el derecho a la prueba, sino un verdadero derecho a la prestación jurisdiccional fundada en una adecuada convicción sobre la verdad. Cabe entender esta última como la convicción que el juez debe buscar formar sobre la relación entre las alegaciones de hecho y la verdad.

Si bien es verdad, el juez, *en casos excepcionales*, puede decidir con base en una *convicción de probabilidad*. Esto sucede cuando es legítima la reducción de las exigencias de convicción para admitir los hechos, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las lesiones prenatales<sup>27</sup>. Con todo y con eso, para prestar la *debida* tutela judicial, cuando los hechos puedan aclararse, el juez tiene que formar *convicción de verdad* —es decir, debe convencerse de la verdad a partir de las pruebas pertinentes para demostrar los hechos—.

---

26. Luiz Guilherme Marinoni, *Il Diritto di Azione come Diritto Fondamentale*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 47 y ss.; Luiz Guilherme Marinoni, *Il Diritto di Azione come Garanzie Fondamentale nella Costituzione Brasiliana*, *Rivista di Diritto Processuale*, 2008, p. 1176-1191; Luiz Guilherme Marinoni, *El derecho de acción como derecho fundamental*, Bogotá: Temis, 2015, p. 31-64.

27. El gran problema, en este caso, es demostrar la causalidad, es decir, demostrar que el accidente causó un daño al feto. La prueba de esta causalidad, como es evidente, no puede entenderse como la prueba de la causalidad en el caso de lesiones comunes. Esta prueba debe entenderse en sintonía con los límites del conocimiento sobre las causas y las consecuencias de las lesiones causadas a un feto. No se puede exigir una prueba plena de la causalidad cuando el conocimiento humano no puede explicarla. Esta exigencia implicaría negar, al mismo tiempo, el derecho a la tutela judicial y el derecho material mismo. Significa que, cuando se considera la convicción del juez, hay que razonar sobre la causalidad desde la *perspectiva de la posibilidad de su pleno esclarecimiento*. Cuando esa posibilidad no es plena, no se puede exigir una «convicción de certeza» y basta la probabilidad. De lo contrario no se podría ofrecer tutela judicial al derecho material y se negaría, en este caso, la peculiaridad misma de las lesiones prenatales. Cf. Luiz Guilherme Marinoni y Sérgio Arenhart, *Prueba*, Santiago: Thomson Reuters, 2015, p. 212 y ss. Véase, además, Gerhard Walter, *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá: Themis, 1985, p. 229-248.

En esta línea, el pacto procesal que limita las pruebas niega el derecho fundamental a la tutela judicial basada en convicción de verdad, lo que también puede definirse como el derecho fundamental a una decisión justa<sup>28</sup>.

Como es evidente, el deber del juez no se limita a la prestación formal de una respuesta jurisdiccional. Le compete prestar tutela judicial tempestiva, efectiva y justa. Justa no solo porque se adecue a los derechos fundamentales *materiales*, sino también a aquello que puede averiguarse sobre los hechos alegados. Con relación a la adecuación de la ley a los derechos fundamentales, la resolución debe fundarse en criterios que persigan la identificación del contenido del derecho fundamental, amparándose en una argumentación racional capaz de convencer<sup>29</sup>. Cuando se discute cómo sucedieron los hechos, la resolución tiene que basarse en una convicción asentada en las pruebas disponibles para descubrir la verdad sobre los hechos<sup>30</sup>.

No debe confundirse el derecho a un proceso justo con el derecho a obtener una resolución racional y justa<sup>31</sup>. La legitimación de la jurisdicción no depende solo de la observancia de los derechos fundamentales *procesales* ni puede lograrse exclusivamente mediante la contradicción. Cabe señalar que el procedimiento puede ser legítimo a la luz de las garantías procesales y, aun así, la resolución no respetar el sentido de las normas constitucionales<sup>32</sup>. La legitimidad de la jurisdicción, además de depender de la legitimidad del procedimiento, reclama que la resolución sea legítima, incluso conforme con la convicción de verdad<sup>33</sup>.

28. Taruffo argumenta que la «justicia de la resolución» no puede dejar de estar entre los requisitos exigidos para configurar el «proceso justo». Afirma que no se pueden considerar «justas» todas y cada una de las decisiones que deriven de un «procedimiento justo» o que hayan observado todas las garantías procesales de las partes. En su opinión, debe averiguarse la verdad de los hechos para que el proceso justo desempeñe la función que le es propia, de modo que el proceso es justo cuando se orienta sistemáticamente a permitir la averiguación de la verdad de los hechos relevantes para la resolución y es injusto, por tanto, cuando obstaculiza o limita dicha averiguación. Cf. Michele Taruffo, *Verità negoziata?*, in *Accordi di Parte e Processo* (coordinado por Federico Carpi), p. 78-80. Véase Beclaute Oliveira Silva, *Verdade como objeto do negócio jurídico processual*, in *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodium, 2017, p. 553 y ss.

29. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio C. Arenhart y Daniel Mitidiero, *Curso de Processo Civil – Teoria do Processo Civil*, v. 1, 3.ª ed., São Paulo: Ed. Revisa dos Tribunais, 2017, p. 468-481.

30. Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y Verdad en el Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 69 y ss.

31. Está claro que, al introducirse el derecho a una resolución justa en la cláusula del «proceso justo», no hay problema para hablar de derecho a un «proceso justo». Lo que no se puede admitir es la idea de legitimidad por el procedimiento de acuerdo con los derechos fundamentales *procesales*.

32. El respeto de los derechos fundamentales procesales es requisito de una resolución justa. Si bien, es un requisito insuficiente. La tesis que hace suponer que la justicia de la resolución deriva de un proceso justo es reductiva, pues ignora el contenido de la resolución y solo da énfasis al procedimiento. Desde esta perspectiva, la resolución es el mero resultado del procedimiento, un acto judicial sin contenido material. Solo importa la calidad del procedimiento. Como afirma Taruffo, esta perspectiva «implica la renuncia a valutare se una decisione è o no giusta per il suo contenuto o per gli effetti che produce, e rimanda l'osservatore alla sola considerazione delle modalità con cui si è svolto il processo che la portato a quella decisione» (Michele Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta, Sui confini – Scritti sulla giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 2002, p. 221).

33. Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris – Teoria del Diritto e della Democrazia*, v. 1, Roma: Laterza, 2007, p. 876.

Así, y con independencia de que el juez pueda determinar la prueba de oficio, el pacto procesal sobre la prueba no es válido cuando dificulta la formación de la convicción de verdad, que es presupuesto del derecho fundamental a la tutela judicial y necesaria para que el juez cumpla con su deber de prestarla debidamente.

## 9. Acuerdo limitador de la prueba y arbitraje

Como es sabido, en caso de litigio sobre derechos disponibles las partes tienen plena libertad para confiar la solución a un particular. De esta manera, sería posible suponer que el acuerdo que libremente predetermina la práctica en exclusiva de una determinada prueba vincularía al árbitro.

En este caso, lo que afectaría a la legitimidad del acuerdo procesal sería el hecho de que las partes estén ante el árbitro, en vez de en presencia de un juez. Sin embargo, hace ya algún tiempo se estableció en la legislación brasileña que «el laudo arbitral produce, entre las partes y sus sucesores, *los mismos efectos que la sentencia dictada por los órganos del poder judicial y, si es condenatorio, constituye título ejecutivo*» (art. 31 de la Ley núm. 9.307/96, de Arbitraje).

Si el laudo arbitral produce los mismos efectos que la sentencia judicial, incluida la cosa juzgada material, no se puede admitir que la parte, al acudir al árbitro, vea descalificado su derecho a la resolución del conflicto, o mejor dicho, que su derecho a la resolución no se base en la convicción de verdad. El laudo arbitral no tendría legitimidad si no se formara tras practicar todas las pruebas pertinentes para el esclarecimiento de los hechos que componen el litigio<sup>34</sup>.

Así pues, las partes tienen el derecho fundamental a un laudo arbitral basado en convicción de verdad y el árbitro tiene el deber de formar convicción, con base en pruebas pertinentes para esclarecer los hechos, a fin de resolver el litigio que se le sometió<sup>35</sup>.

---

34. Pedro A. Batista Martins, *Panorâmica sobre as provas na arbitragem*. Disponible en: [batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/panoramica-sobre-as-provas-na-arbitragem-2.pdf](http://batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/panoramica-sobre-as-provas-na-arbitragem-2.pdf). Consultado el 30/05/2018; Francisco Cahali, *Curso de arbitragem*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 245.

35. Además, el árbitro, no solo de acuerdo con la ley de arbitraje brasileña (art. 22, apartado introductorio), sino también conforme varios reglamentos de cámaras internacionales de arbitraje, puede determinar la prueba de oficio. Así, por ejemplo, en el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) se establece en el art. 20.2 y 20.5, que: «2. Una vez examinados los escritos y documentos presentados por las partes, el Tribunal Arbitral deberá oírlos contradictoriamente si una de ellas así lo solicita. *A falta de tal solicitud, podrá oírlos de oficio.* (...) 5. En todo momento durante el proceso arbitral, el Tribunal Arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales».

Por tanto, en caso de que una de las partes haga ver al árbitro la necesidad de que se practique una prueba distinta de la predeterminada en el pacto, este simplemente no se tendrá en cuenta y se admitirá la práctica de la prueba solicitada. Si se inadmite la prueba basándose en el acuerdo, el árbitro violará el derecho fundamental a la tutela judicial. Si el arbitraje es equivalente jurisdiccional, es evidente que el árbitro no puede decidir sin observar el derecho fundamental a la tutela judicial. Por tanto, si no se admite la prueba alegando que el acuerdo la prohíbe, deberá admitirse la demanda de nulidad del laudo arbitral<sup>36</sup>.

Ahora bien, esto no significa que el acuerdo sobre la prueba no sea importante en el arbitraje<sup>37</sup>. La verdadera ventaja del acuerdo sobre la prueba, tanto en la jurisdicción como en el arbitraje, es la delimitación de la prueba que se entiende imprescindible para esclarecer los hechos objeto del litigio<sup>38</sup>. Como es obvio, no se desea una decisión basada en probabilidad o en una convicción inadecuada sobre los hechos.

Ninguna de las partes, en el ámbito judicial o en el del arbitraje, puede rechazar la práctica de la prueba pactada para esclarecer los hechos, sin embargo las partes pueden solicitar la práctica de otras pruebas. Del mismo modo, ni el juez ni el árbitro pueden denegar la práctica de la prueba que eligen las partes, a menos, claro está, que esta recaiga sobre un hecho impertinente o inútil para la solución del conflicto o se trate de un hecho no controvertido.

## 10. Los terceros y la sociedad como destinatarios de la prueba

Sin embargo, la información sobre los hechos y las pruebas que los esclarecen no interesan solo a las partes o son importantes únicamente para la prestación de la tutela judicial o la resolución del conflicto de intereses.

Los terceros, que no son parte del proceso, tienen interés en la prueba presentada y, sobre todo, en la cosa juzgada sobre cuestión, que también depende de la posibilidad de practicar prueba. No se puede defender que un acuerdo no puede excluir una prueba por el posible interés que un tercero tenga de utilizarla en otro proceso, pero el tercero puede invocar la cosa juzgada sobre cuestión —formada en un proceso del que no era parte— en su beneficio.

---

36. El laudo, además de negar el derecho fundamental a la tutela judicial, habrá violado el art. 32, III, concordante con el art. 26, II, de la ley de arbitraje brasileña, pues la justificación de los hechos, ante la falta de prueba *indebidamente excluida*, será incompleta.

37. Jeffrey Waincymer, *Procedure and evidence in international arbitration*, *Kluwer Law International*, 2012, p. 125 y ss.

38. Paulo Osternack Amaral, *Provas – Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 134 y ss.

Si la resolución de la cuestión no adquiere fuerza de cosa juzgada cuando las partes no pueden instar la práctica de prueba, está claro que el acuerdo que limita dicha prueba impide que se forme la cosa juzgada no solo en beneficio del tercero, con lo que contraría los propósitos de protección del valor constitucional de la seguridad jurídica, imprescindible para promover la libertad y para el desarrollo de la vida social.

Además, la sociedad espera la orientación del Poder Judicial con la que obtener previsibilidad respecto de sus decisiones futuras. Esta orientación, como bien se sabe, se desarrolla a través de los precedentes de las cortes supremas. Sucede que la formación de precedentes, en los casos que dependen del esclarecimiento de unos hechos, exige la práctica de prueba. De esta manera, es fácil de entender que la limitación de las pruebas, mediante acuerdo procesal, puede no solo impedir que se realice la institución del precedente, sino también constituir una estrategia para evitar que este se forme.

## 11. Acuerdo sobre la prueba y cosa juzgada sobre cuestión

Cuanto más se pueda volver sobre lo ya decidido, más posibilidades habrá de que se dicten resoluciones contradictorias entre sí, de esta manera, impedir la formación de la cosa juzgada sobre cuestiones necesarias para resolver el litigio simplemente legitimó dogmáticamente un sentimiento contrario a la generalidad del derecho, típico de la cultura patrimonialista del «hombre cordial», que siempre se sirvió de subterfugios—el llamado «jeito» en Brasil—, para obtener un tratamiento particular y arbitrario de la Administración pública y el Poder Judicial<sup>39</sup>.

Como es evidente, no se puede admitir un acuerdo procesal que imposibilite la formación de la cosa juzgada sobre cuestión. No solo porque esta forma de

---

39. El «jeito», en portugués, o «arreglo» es un modo simpático, muchas veces incluso conmovedor o desesperado, de relacionar lo impersonal con lo personal, en la que se yuxtapone un problema personal a un problema impersonal para solucionar este último utilizando aquel como puente o palanca. Normalmente se invoca una relación personal, relativa a la región, al gusto, la religión y otros factores ajenos al problema formal/legal burocrático que debe enfrentarse, mediante el que se obtiene la simpatía del representante del Estado y, en consecuencia, una solución satisfactoria. La distancia entre el derecho escrito y su aplicación práctica hizo del «jeito» una institución paralegal muy valorada en Brasil, una parte integrante de nuestra cultura, al punto de, en muchos ámbitos del derecho, constituir la regla. El «jeito» es la variante cordial del «usted no sabe con quién está hablando», pues ambos se fundan en la red de relaciones personales que amparan las pretensiones del granuja, ya sea cordial (que se sirve del «jeito») o arrogante (que puede ser la misma persona cuando ve frustrado su intento de llegar a un «arreglo»). En los dos casos, se promueve superar la estructura formal igualitaria e impersonal, por ejemplo, mencionando a parientes («jeito») o a autoridades («usted no sabe con quién está hablando») y la burla a la ley asume aires de «honrosa excepción». (Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil*, Trabajo presentado en el XX World Congress of Procedural Law, 2003).

cosa juzgada, también en el derecho brasileño, puede invocarla un tercero<sup>40</sup>, sino porque no puede descuidarse la seguridad jurídica por el mero hecho de que las partes estén de acuerdo en no admitir que se practique una prueba necesaria para investigar a fondo hechos imprescindibles para la debida solución de la cuestión de la que depende el fallo del litigio.

La cosa juzgada sobre cuestión, que introduce el art. 503 del código procesal civil brasileño de 2015, tiene un claro parentesco con el *collateral estoppel*. En el derecho estadounidense se entiende que, si el actor fue vencido pese a haber tenido una amplia y justa oportunidad para litigar, no se otorgan ventajas a los litigantes ni al sistema judicial permitiéndose que se discuta de nuevo la cuestión<sup>41</sup>. Por ello, se prohíbe volver a litigar sobre una cuestión que ya fue tratada y decidida<sup>42</sup>. Sin embargo, cuando un determinado procedimiento limita la práctica de la prueba<sup>43</sup>, impidiendo la debida sustanciación de la cuestión, se afirma, con base en el § 28 del *Restatement (Second) of Judgments*, que la parte no tuvo *full and fair opportunity* para discutir la cuestión<sup>44</sup> y se niega la eficacia preclusiva a la resolución que la decide<sup>45</sup>.

Para configurar el *collateral estoppel*, las alegaciones que dan origen a la cuestión tienen que haber sido rebatidas (*put in issue*) y las partes deben haber tenido ocasión de discutir las<sup>46</sup>. La misma idea está presente en el art. 503 del código brasileño, que expresamente impide que se configure la cosa juzgada sobre cuestión cuando hay «limitaciones probatorias o de conocimiento que impidan analizar a fondo la cuestión prejudicial» (art. 503.2 del CPC).

El objetivo tanto del § 28 del *Restatement (Second) of Judgments* como del art. 503.2 del código brasileño es evitar que se aplique la prohibición de volver a

---

40. En un sistema en el que la estabilidad de la resolución de la cuestión es indispensable para tutelar la seguridad jurídica, que se articula, a partir de ahí, como fundamento para promover la libertad y la igualdad, su solución deja de referirse tan solo a las partes y pasa a interesar a la sociedad y a la promoción de los fines del Estado. Si alguien imagina una situación en la que casos o cuestiones se pueden discutir varias veces, «la posibilidad de sentencias incoherentes es obvia» y la autoridad del Poder Judicial es ignorada, asumiéndose además un grave riesgo de intermitente violación del principio de igualdad. Véase Allan D. Vestal, *Res Judicata: Preclusion*, New York: Matthew Bender, 1969.

41. David SHAPIRO, *Preclusion in civil actions*, New York: Foundation Press, 2001, p. 109; Richard Marcus, Martin Redish, Edward Sherman y James Pfander, *Civil Procedure – A modern approach*, St. Paul: West, 2013, p. 1293-1294.

42. Según el § 27 del *Restatement (Second) of Judgments*, cuando una cuestión de hecho o de derecho se discute y decide realmente mediante resolución válida y definitiva, y esta es esencial para el fallo, la resolución se aplica o produce efectos en una demanda posterior entre las partes, ya sea con relación a la misma o distinta «claim».

43. *Erisko Industries, Inc. v. W.C.A.B. (Luvine)*, Commonwealth Court of Pennsylvania, 2008.

44. *Aetna Cas. & Sur. Co. v. Jones*, Supreme Court of Connecticut, 220 Conn. 285, 1991.

45. David SHAPIRO, *Preclusion in civil actions*, p. 58.

46. «Si por su naturaleza en la vista previa se producen ciertas limitaciones procesales que no se producirían en una vista posterior, la parte podría no tener la posibilidad plena y justa de litigar, por lo que invocar el *collateral estoppel* no sería pertinente». (*Aetna Cas. & Sur. Co. v. Jones*, Supreme Court of Connecticut, 220 Conn. 285, 1991).

litigar sobre una cuestión cuando la parte ni siquiera pudo discutirla. Ahora bien, como la parte siempre podría oponerse a la prohibición de volver a litigar alegando que existen otras pruebas que practicar, se rechaza el argumento de que esas otras pruebas —que no se practicaron— podrían ser más convincentes<sup>47</sup>.

No debe pensarse que, cuando las partes renuncian a practicar prueba mediante un acuerdo, no hay motivo para excluir la cosa juzgada de la resolución que decide la cuestión. Para configurarse la cosa juzgada debe poder discutirse la cuestión y, de este modo, no cabe cuando existe una limitación probatoria. Además, el art. 503.1, II, del código brasileño excluye que se configure la cosa juzgada sobre cuestión en caso de rebeldía.

En el derecho estadounidense, la doctrina mayoritaria<sup>48</sup> no admite el *collateral estoppel* en los casos de *default judgments* (juicios en rebeldía), aunque las cortes estatales<sup>49</sup> ya han admitido el *collateral estoppel* en esas situaciones<sup>50</sup>. Para justificar la inexistencia de *collateral estoppel* en caso de *default judgment*, se alega que el *collateral estoppel*, en este caso, no serviría para evitar la contradicción entre resoluciones, pues los efectos de la rebeldía excluyen los hechos del *thema probandum* y de la convicción judicial, no existe juicio ni, por ende, posibilidad de incoherencia entre resoluciones. Sin embargo, el verdadero fundamento para rechazar el *collateral estoppel* es el de que la parte que decide no contestar, pese a conocer las consecuencias de su omisión en el proceso, difícilmente puede prever las consecuencias futuras, es decir, los efectos panprocesales de la rebeldía, que impiden volver a juzgar la cuestión en procesos futuros<sup>51</sup>.

El acuerdo procesal, además de excluir la posibilidad de discutir la cuestión y, de esa forma, imposibilitar la convicción judicial que debe estar en la base de una resolución que, además de producir cosa juzgada, afecta al resultado de otras acciones, difícilmente deja prever que la resolución que decide la cuestión pueda interferir en un *posible* proceso futuro. Por ello, concedor de las

---

47. «La doctrina del *collateral estoppel* solo exige que se otorgue a la parte la posibilidad plena y justa de sustanciar la cuestión. El hecho de que se puedan presentar pruebas más concluyentes en una vista posterior no es motivo ni suficiente ni relevante para que este tribunal deniegue la aplicación de la doctrina» (*Dep't of Transp. v. Martinelli*, Commonwealth Court of Pennsylvania, 1989).

48. Maurice Rosenberg, *St. John's Law Review*, 1969, v. 44, p. 165 y ss.; Developments in the Law-Res Judicata, *Harvard Law Review*, 1952, v. 65, p. 818 y ss.; Note, Collateral estoppel by judgment, *Columbia Law Review*, 1952, v. 52, p. 647 y ss.; Collateral estoppel in default judgments: The case for abolition, *Columbia Law Review*, 1970, v. 70, p. 522: «La postura de esta Nota es que la doctrina del collateral estoppel solo puede ser perjudicial cuando se aplica a sentencias dictadas en rebeldía, en cuyo caso, debe abolirse su aplicación».

49. *Buck v. Mueller*, 221 Ore. 271, 1960; *Messerlian v. Goodness*, 75 R.I. 203, 1949; *Lawhorn v. Wellford*, 179 Tenn. 625, 1943.

50. Sobre el derecho inglés, Neil Andrews, *English civil procedure*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 948-949; Luca Passanante, *Processo civile inglese*, Enciclopedia del Diritto, Annali III, p. 1001-1003.

51. Collateral estoppel in default judgments: The case for abolition, *Columbia Law Review*, 1970, v. 70, p. 522.

ventajas y los perjuicios que la cosa juzgada sobre cuestión puede implicar, el código brasileño expresamente excluyó la cosa juzgada cuando se haya limitado la práctica de la prueba (art. 503.2 del CPC), *sin que importe si esa limitación tiene un origen legal o convencional*.

Por tanto, con independencia del ángulo desde el que se analice el problema, no se puede admitir la cosa juzgada sobre cuestión cuando existe un acuerdo que limite la formación de la convicción. En este sentido, cabe preguntar si la voluntad de las partes —es decir, el acuerdo procesal— puede impedir que se forme la cosa juzgada. Cabe recordar que la limitación de la cosa juzgada a su solicitud y, en consecuencia, a la acción declarativa incidental, estimuladas por los teóricos que favorecieron el nacimiento de la ZPO de 1877<sup>52</sup>, se guiaron por la idea de libertad típica de finales del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX<sup>53</sup>. Sin embargo, si no hay duda de que los conceptos que estuvieron por detrás de la ZPO e incidieron en el art. 34 del *Codice di Procedura Civile* estuvieron influidos por la idea de que la voluntad de los litigantes debería presidir el ámbito de aplicación de la cosa juzgada, en la actualidad no se puede admitir que la autonomía de la voluntad sirva como fundamento para excluir la cosa juzgada sobre cuestión.

En definitiva, la cosa juzgada es un elemento de derecho público, indispensable para la protección de la seguridad jurídica y la coherencia del derecho. Es interesante que Chiovenda, al referirse a la acción declarativa incidental, no enfrenta bien la cuestión de si la cosa juzgada puede depender de la voluntad del sujeto. Al depararse con la observación de Cameo, de que la cosa juzgada sobre cuestión no puede depender de la voluntad de las partes, se limitó a responder: «esta observación *sería exacta solo si fuera verdad* que la cosa juzgada es un fenómeno necesariamente conectado a la «cuestión», que se forme donde quiera que haya una cuestión y no se forme si no hay una cuestión»<sup>54</sup>. Chiovenda eludió el tema afirmando que, si no se produce la cosa juzgada de

52. João de Castro Mendes (*Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, Lisboa: Edições Ática, 1968, p. 111), tras afirmar que el proceso «no puede ser una sorpresa para la parte actora, sorpresa que puede también referirse —e incluso en términos desfavorables— a intereses que el actor entendió no debía poner en juego o prefirió dejar fuera de la apreciación judicial y del riesgo procesal que dicha apreciación siempre conlleva» advirtió que, según Blomeyer, este habría sido el argumento decisivo para que el legislador de la Zivilprozessordnung optará por limitar la cosa juzgada a su solicitud.

53. En realidad, el principio la acción declarativa incidental surgió en el derecho francés, alrededor de los valores de la Revolución Francesa y después la desarrolló la doctrina alemana dando origen al § 280 de la ZPO de 1877. Véase Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 277 y ss.

54. Chiovenda completa así su argumento: «secondo le premesse nostre, richiamate anche nel principio di questo paragrafo, la cosa giudicata è la indiscutibilità del provvedimento preso dal giudice sulla *domanda* accogliendola o respingendola: la risoluzione delle questioni è semplice mezzo a tal fine» (Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale*, v. 1, Napoli: Jovene, 1933, p. 363). Véase Giuseppe Chiovenda, *Sulla cosa giudicata*, *Saggi di diritto processuale civile*, v. 2, Milano: Giuffrè, 1993; Giuseppe Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, *Saggi di diritto processuale civile*, v. 3, Milano: Giuffrè, 1993.



una resolución incidental, no hay motivo para preguntar si se estaría subordinando la cosa juzgada a su solicitud. No obstante, cumple subrayar que Chiovenda reconoció que la ponderación de Cameo, en el sentido de que la cosa juzgada no puede depender de la voluntad de los litigantes, sería exacta solo si se admite que la cosa juzgada puede recaer sobre la cuestión<sup>55</sup>.

La cosa juzgada sobre cuestión es importante para el Estado y la sociedad, y es imprescindible para la tutela de la seguridad jurídica y la coherencia del derecho. El código brasileño de 2015, al regular la cosa juzgada sobre cuestión y abandonar la desacreditada acción declarativa incidental, optó por tutelar la seguridad jurídica en detrimento de la superada suposición de que se podría violar la libertad si la cosa juzgada se formase sin necesidad de solicitarlo.

De modo que la cosa juzgada sobre cuestión obviamente no puede dejarse de lado en virtud de un acuerdo entre las partes. Ante la nulidad del acuerdo, cualquiera de las partes puede solicitar que se practique la prueba en principio prohibida. Asimismo, el juez, al comprobar la necesidad de otra prueba, puede determinarla de oficio.

## 12. La importancia de la debida información sobre los hechos para el desarrollo del derecho y la garantía de su unidad

La resolución de conflictos está lejos de ser la única función de la jurisdicción. Compete al Poder Judicial, entre otras relevantes funciones, atribuir sentido al derecho y desarrollarlo de acuerdo con la evolución de la sociedad<sup>56</sup>.

Una de las consecuencias del desarrollo de la teoría de la interpretación es la aceptación de la indeterminabilidad, menor o mayor, de los resultados que se extraen de los textos legales<sup>57</sup>. Además, el juez, al interpretar la ley, muchas

---

55. Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale*, v. 1, p. 362-363.

56. Elizabeth Thornburg, al señalar los límites del acuerdo procesal ante los tribunales estatales, llama la atención sobre sus específicas funciones y demuestra que estas no se confunden con la función de los tribunales arbitrales: «(...) los tribunales actúan cuando los litigantes solicitan su ayuda mediante la interposición de la demanda y su contestación, ayudando a componer la controversia y poniendo a su disposición mecanismos para resolver la disputa y ejecutar la sentencia si no se llega a un acuerdo. (...) *La segunda función de los tribunales es producir bienes públicos y llevar a cabo funciones públicas. Por ejemplo, los tribunales crean precedentes y normas jurídicas. Los procesos públicos de los tribunales incentivan el debate público sobre las normas sociales y su desarrollo*» (Elizabeth Thornburg, *Designer Trials, Journal of Dispute Resolution*, 2006, n. 1, p. 206-207).

57. Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè, 1980, p. 61-64; Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 63-66; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna: Il Mulino, 2007, p. 61; Giuseppe Zaccaria, *Complessità della ragione giuridica, Questioni di interpretazione*, Padova: Cedam, 1996 p. 3-20; Jerzy Wróblewski, *Legal syllogism and rationality of judicial decision, Rechtstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1974. v. 5, parte 1, p. 39.

veces debe tener en consideración las normas que establecen derechos fundamentales, que, dada su redacción abierta, exigen valoraciones que atiendan a hechos y valores sociales<sup>58</sup>.

La disociación entre texto y norma, la técnica de las cláusulas abiertas y el impacto del constitucionalismo dieron a la resolución judicial un significado muy distinto del imaginado por quienes suponían que la misión del juez era declarar la norma que contenía la ley. La resolución judicial, no solo por proceder de una actividad interpretativa que contiene valoraciones y decisiones de contenidos externos al texto de la ley, sino también en virtud de las reglas legales que invitan al juez a su concreción en función de las circunstancias del caso y la necesidad de que la ley se conforme a los dictados de la Constitución, ciertamente añade sentido o sustancia al orden legislativo. Este último, por ende, no es suficiente para orientar a la sociedad o para por sí solo reflejar el derecho que guía la vida social<sup>59</sup>.

Sin embargo, si todos los jueces tienen facultades para interpretar la ley, las cortes supremas tienen la función de definir el sentido del derecho, con lo que le atribuyen unidad<sup>60</sup>. Esto sucede mediante los precedentes o, en concreto, mediante resoluciones que, al contener una fundamentación adecuada (*ratio decidendi*) para definir la cuestión jurídica, los demás jueces están obligados a observar —al menos en un Estado de derecho—<sup>61</sup>. En realidad, como dice MacCormick, la fidelidad al Estado de derecho exige evitar cualquier variación frívola en la forma de decidir de un juez o tribunal para otro<sup>62</sup>.

Aunque la definición del sentido del derecho solo se lleve a cabo en las cortes supremas, es imprescindible un debate previo y la maduración de la discusión ante los tribunales ordinarios, de modo que el proceso tiene la importante responsabilidad de definir el derecho capaz de responder de forma adecuada a las necesidades sociales. Para que el poder judicial pueda atribuir sentido al

---

58. Frank Michelman, Constitutional authorship, *Constitutionalism: philosophical foundations*, New York: Cambridge University Press, 1998, p. 88-89; Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 2001, p. 55 y ss.

59. Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 3.ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 91-107; p. 149-152.

60. Daniel Mitidiero, *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, 3.ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 111-112.

61. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 5.ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 96 y ss.; Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, Lima: Palestra, 2013, p. 123 y ss.

62. «En un Estado moderno, con muchos jueces y muchos tribunales y una jerarquía estructurada de recursos, las mismas reglas y soluciones deben orientar la decisión independiente del juez del caso» (Neil MacCormick, *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*, p. 178). Earl Maltz, en un ensayo publicado en *North Carolina Law Review*, afirma que uno de los valores más importante del sistema americano es el de que los principios que orientan a la sociedad deben constituir «reglas de Derecho» y no simples opiniones de algunos hombres que, temporalmente, ocupan cargos relevantes en el poder (Earl Maltz, *The nature of precedent*, *North Carolina Law Review*, v. 66, 1988, p. 371).

derecho y desarrollarlo, es imprescindible contar con información adecuada sobre los hechos<sup>63</sup>, por lo que es importante no solo la función del *amicus curiae*<sup>64</sup> sino también la idea de que la prueba no solo es importante para resolver el caso concreto, sino también para establecer el precedente y, por ende, para dar a la sociedad el derecho que debe orientarla.

El resultado de una demanda de indemnización en la que se alega que la composición de un producto agrícola produjo daños a la salud tiene un gran interés social. En un caso como este, el pacto que limita la prueba, al impedir la adecuada comprobación de los efectos del producto, puede impedir que el poder judicial pueda definir la cuestión de la responsabilidad por su comercialización.

Aunque la corte suprema no pueda valorar la prueba, cuestión de derecho relacionada con la responsabilidad civil, al permitir intervenir a la corte, exige que su razonamiento decisorio parta del presupuesto de que la composición del producto causa daños a la salud, como pone de manifiesto la prueba. Así, aunque la corte trate solo de la cuestión de derecho, su resolución podrá establecer que se deriva responsabilidad de la comercialización del producto agrícola. Cabe recordar que la corte suprema, al afirmar el precedente, juzga el caso y no solo decide la cuestión de derecho en abstracto.

El ejemplo demuestra claramente que la voluntad de las partes, al excluir la práctica de prueba, puede impedir al poder judicial definir el derecho que debe orientar a la sociedad y regular los casos conflictivos, lo que menoscaba la seguridad jurídica y, por ende, la libertad y la igualdad.

### 13. Acuerdo sobre la prueba, seguridad jurídica, libertad e igualdad

Si no cabe admitir el acuerdo que limita la prueba e impide que se forme el precedente, se afirma lo mismo cuando se dice que la voluntad de las partes no puede impedir que el proceso atienda a sus fines, entre ellos el de tutelar la seguridad jurídica<sup>65</sup>.

---

63. «(...) un flujo de información atrofiado puede distorsionar la creación de precedentes e impedir los esfuerzos de los reguladores, legisladores y otros encargados de formular políticas públicas para identificar problemas sociales y diseñar soluciones públicas» (Kevin E. Davis y Helen Hershkoff, Contracting for Procedure, *William and Mary Law Review*, 2011, p. 544).

64. Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 3.ª ed., p. 227-230.

65. La seguridad jurídica es un subprincipio que concreta el principio fundamental y estructurador del Estado de derecho. Se expresa en términos de estabilidad y continuidad del orden jurídico, así como de previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas practicadas en la convivencia social.

Cuando se tiene claro que todos los jueces del país deben respetar los precedentes de las cortes supremas, que son las responsables de definir las cuestiones de derecho infraconstitucional y constitucional, se arremete, en nombre de la seguridad jurídica, contra la circunstancia de que haya resoluciones distintas en casos similares.

La previsibilidad presupone univocidad de calificación de las situaciones jurídicas<sup>66</sup>. Si esta calificación depende de las resoluciones judiciales —que, en principio, pueden ser varias—, la previsibilidad está en manos de las cortes supremas, cuya función es atribuir sentido al derecho y garantizar su unidad. No obstante, si la previsibilidad presupone univocidad, esta también depende de la efectividad del sistema jurídico como capacidad de garantizarla<sup>67</sup>. Se trata de constatar que un ordenamiento incapaz de permitir previsiones y calificaciones jurídicas unívocas y de generar, de esta forma, un sentido de seguridad en los ciudadanos, no merece siquiera la calificación de jurídico<sup>68</sup>. Por ello, los precedentes vinculantes son una mera, pero ineludible, consecuencia de la función que se reconoce a las cortes supremas.

La cosa juzgada sobre cuestión también tutela la seguridad jurídica<sup>69</sup>. El Estado tiene el deber de tutelar mediante normas la seguridad jurídica, y de esa forma reviste las resoluciones de los litigios de la condición de cosa juzgada. Si bien, se podría decir que, pese a este deber, la cosa juzgada no ha de recaer obligatoriamente en las resoluciones incidentales. Esto sería correcto si esas resoluciones no tuvieran importancia ni significado para los litigantes, así como para la sociedad y el Estado. No obstante, la estabilidad de las resoluciones *sobre cuestión* es muy importante para los litigantes, así como para la armonía de la vida social y el desarrollo económico del país. Además, la previsibilidad de lo que puede suceder en una posible y futura demanda, en la que la cuestión ya decidida pueda surgir de nuevo, es indispensable para que el hombre sepa cómo debe dirigir su vida y negocios sin ser perturbado ni perjudicado, incluso por el Estado en sus varias formas, también como juez.

La seguridad jurídica es indispensable para promover la libertad. Sin seguridad jurídica, el hombre no tiene libertad para predeterminar sus elecciones, lo que

66. Massimo Corsale, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, p. 32-33.

67. Es habitual que en la literatura inglesa y estadounidense se refleje la idea de que la previsibilidad es la razón por la que se siguen los precedentes. Cabe recordar que Hale dijo que el objetivo del *stare decisis* era satisfacer la exigencia de certeza formal. En el mismo sentido, Arthur Goodhart (Precedent in English and Continental Law, *Law Quarterly Review*, v. 50, 1934) sostuvo que la certeza jurídica sería la causa más importante para fijar el *stare decisis* o para establecer un sistema de precedentes vinculantes. Véase Theodore M. Benditt, *The rule of precedent*, *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 89 y ss.

68. Massimo Corsale, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, p. 40.

69. Luiz Guilherme Marinoni, *Cosa Julgada sobre Questão*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 196-200.

impide su desarrollo y el de sus negocios, y perjudica la economía misma. La previsibilidad siempre ha sido indispensable para la vida dotada de racionalidad, así como para el desarrollo del capitalismo<sup>70</sup>. Por lo tanto, que varíen las resoluciones judiciales, al significar una falta de criterios para que el empresario pueda definir sus estrategias de acción e inversión<sup>71</sup>, sin duda conspira contra la economía<sup>72</sup>.

Con todo, la tutela de la seguridad jurídica también es imprescindible para promover la igualdad. Nada vulnera tanto la igualdad como dictar, a quien ha visto violado su derecho o sufre una amenaza inminente de que este sea infringido, una resolución que no se ajuste a los parámetros ya definidos por el poder judicial en casos similares. Una vez que la corte suprema haya afirmado un precedente, ningún juez o tribunal puede admitir una resolución que presente razones divergentes. Es inconcebible no darse cuenta de que una resolución de ese calibre no se ajusta no solo al Estado de derecho y al Poder Judicial, sino tampoco a la igualdad, con lo que representa una lamentable arbitrariedad o ingenuidad inexcusable<sup>73</sup>. La igualdad ante las resoluciones judiciales es fruto del deber del Estado de dar a todos los que se encuentran en una misma situación la solución que la corte suprema racionalmente delineó, mediante las mejores razones posibles. En definitiva, todos los hombres en iguales condiciones merecen la mejor solución que el Estado pueda concebir para garantizarles una vida justa. Así, en este sentido, se afirma que el valor constitucional tutelado por el sistema de precedentes es la igualdad, realizada empíricamente mediante la vinculación de los jueces y tribunales al «derecho» delineado por la corte

70. De la obra de Weber se extrae el criterio de que el *common law* inglés, aunque no esté dotado del mismo grado de racionalidad que el derecho europeo continental, era previsible. Weber afirmó, en *Economía y sociedad*, que «en el ámbito del derecho privado *common law* y *equity* son en gran parte «formalistas» en la aplicación práctica, en virtud de la vinculación a precedentes». (Max Weber, *Economía e Sociedade*, Brasília: UNB, vol. 2, p. 150). Por tanto, para Weber el *stare decisis* fue un elemento importante para equilibrar la falta de sistematicidad del *common law*, que contribuyó a la previsibilidad y el desarrollo del capitalismo. Véase Luiz Guilherme Marinoni, *A Ética dos Precedentes*, 2.ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 19-46; Luiz Guilherme Marinoni, *Cultura y Previsibilidad del Derecho – la Justificación de un sistema de precedentes en clave histórica moderna*, México: Editorial Porrúa, 2016, p. 3-34.

71. La previsibilidad permite definir las expectativas del empresario y, de esa forma, ayuda a optimizar las inversiones y racionalizar el gasto en estructuras y materias primas, y facilita, además, la adecuada remuneración de los trabajadores. Las inversiones, ante la falta de previsibilidad, son más onerosas y menos eficientes, lo que desincentiva el aumento de los negocios.

72. «El ahorro de costes asociados al sistema del *stare decisis* va más allá de las costas procesales. Una mayor certidumbre no solo desincentiva la litigiosidad; sino que también permite una planificación más eficiente gracias a los precedentes. De nuevo, compara los efectos del sistema actual de *stare decisis*, que establece algunos límites a las propias sentencias de anulación de la corte suprema, con un sistema discrecional más libre. El sistema actual reduce el grado de agitación en el conjunto de precedentes de la corte, de forma que permite que «los poderes políticos y las personas» «planifiquen en un contexto jurídico conocido» de forma más eficiente. En cambio, un sistema más discrecional haría que la planificación y la confianza fueran más costosas y menos eficientes» (Thomas R. Lee, *Stare decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court's doctrine of precedent*, *North Carolina Law Review*, n. 78, 2000, p. 652). Véase Louis Kaplow, *An economic analysis of legal transitions*, *Harvard Law Review*, n. 99, 1986, p. 509-617.

73. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, p. 96-125; Daniel Mitidiero, *Precedentes*, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 94-95.

suprema, que depende de la evolución de la vida social, está abierto al dinamismo de un sistema orientado a la actuación de principios fundamentales provistos de una inagotable carga axiológica y está atento a la debida percepción de las diferencias<sup>74</sup>.

Aún es más clara la violación de la igualdad ante las cuestiones *discutidas, decididas y no cubiertas por la cosa juzgada*. Si negar el precedente afirmado en un caso con *distintas* partes es grave, mucho peor es admitir que quien *ya discutió* la cuestión pueda negar la resolución dictada que le afecta, como si el hecho de litigar *con otro adversario*<sup>75</sup> otorgara alguna racionalidad para que el poder judicial decida varias veces la *misma* cuestión<sup>76</sup>.

Todo ello significa que los acuerdos procesales que limitan la prueba, justo porque pueden imposibilitar la cosa juzgada sobre cuestión y la formación de precedentes, niegan uno de los principales fines del proceso, a saber, el de tutelar la seguridad jurídica. De este modo, y en consecuencia, los acuerdos que limitan la prueba también impiden que el proceso realice sus fines de promover la libertad y la igualdad.

## 14. Conclusiones

La libertad de las partes en el proceso no puede imponerse a sus objetivos públicos, incluso para poder promover la libertad. De este modo, no puede admitirse la limitación convencional de la prueba cuando restringe la formación de la convicción judicial.

Si bien, esto no significa que no pueda admitirse un acuerdo procesal sobre la prueba cuando su finalidad sea colaborar al perfeccionamiento de la convicción. El acuerdo puede establecer la prueba que se considera adecuada, así como prohibir un determinado medio de prueba, siempre que no limite la formación de la convicción del juez.

El acuerdo, al limitar la formación de la convicción, no vale en los sistemas en los que el juez tiene poder para determinar la prueba de oficio ni en aquellos en los que solo se puede practicar prueba a instancia de parte. De otro modo,

74. Gaetano Silvestri, *Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei, Le Corti Supreme*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 45.

75. Aquí se habla del *nonmutual collateral estoppel* y de la cosa juzgada sobre cuestión en beneficio de tercero.

76. Luiz Guilherme Marinoni, *Cosa Julgada sobre Questão*, esp. p. 163-208.

se violarían el derecho fundamental a obtener una decisión justa y el deber del Estado de prestarla debidamente.

El acuerdo procesal que limita la prueba, al impedir la adecuada discusión de la cuestión, impide que se forme la cosa juzgada sobre cuestión. Como la cosa juzgada es imprescindible para tutelar los fines públicos del proceso, en particular, de la seguridad jurídica, este es un motivo más por el que el acuerdo procesal que limita la práctica de prueba no es compatible con el proceso civil.

La limitación de prueba, además, dificulta que se formen precedentes, que también son esenciales para tutelar la seguridad jurídica y, de ese modo, promover la libertad y la igualdad.

PONENCIAS SOBRE  
**FLEXIBILIZACIONES**  
EN LA CARGA DE LA PRUEBA





# Flexibilizaciones en la carga de la prueba

---

*Jorge W. Peyrano*

*Ex Catedrático de Derecho Procesal en las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales de Rosario y Santa Fe y de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Sede Rosario.*

**Advertencia previa.** Cabe señalar que las líneas que siguen —que conforman la ponencia a nuestro cargo— reconocen los aportes proporcionados por los informes nacionales que han llegado a nuestra mesa de trabajo: Argentina (Dr. Carlos Alberto Carbone), Brasil (Dr. Darci Guimarães Ribeiro), Colombia (Dr. Ramiro Bejarano Guzmán con la colaboración del Dr. Fredy Toscano López), Chile (Dr. Álvaro Pérez Ragone y Dra. Macarena Vargas Pavez), España (Dr. Ramón Escaler Bascompte), Paraguay (Dr. Pablo Villalba Bernié), Perú (Dr. Nelson Ramírez), Uruguay (Dra. Margarita de Hegedus). Tales generosas colaboraciones enriquecieron y facilitaron nuestra tarea. Vaya, entonces, nuestro agradecimiento a los distinguidos profesores que han prestado su tiempo y talento para un mejor logro de la faena que se nos encomendara.

## 1. La condición postmoderna. El postmodernismo procesal

En los tiempos que corren se habla del postmodernismo como una nueva corriente en materia de pensamiento, arte, lingüística, crítica, epistemología y varias otras ramas del saber humano.

Concebida, mayoritariamente, como una superación del modernismo, posee ya su propio, nutrido y serio plantel de teóricos —Vattimo<sup>1</sup>, Baudrillard<sup>2</sup>, y Lyotard<sup>3</sup>, entre otros— que no sólo consideran al postmodernismo como una periodización histórica<sup>4</sup> sino también una manera de pensar y de mirar la existen-

---

1. VATTIMO, G., «El fin de la modernidad», Barcelona, 1986

2. BAUDRILLARD, J., «Cultura y simulacro», Barcelona, 1987

3. LYOTARD, J., «La condición postmoderna», Madrid, 1986

4. DIAZ, E., «¿Qué es la postmodernidad?», *¿Postmodernidad?*, por Esther Díaz y otros, Buenos Aires, 1988, pág. 18.

cia<sup>5</sup> que cuenta, además, con términos característicos que proponen nuevos enfoques tales como: deconstrucción, alternativas, perspectivas, indeterminación, descentralización, disolución, diferencia<sup>6</sup>.

De aquí en más cuando mencionamos la postmodernidad lo haremos bajo el valor entendido que se trata de la susodicha nueva corriente cultural nacida (varían un tanto las fechas indicadas por los distintos teóricos) a partir, aproximadamente, del año 1950 y que diferencia —notablemente— a esta última parte del siglo XX —época a la que se denomina por convención aceptada, *modernidad*— de la anterior.

La *condición postmoderna*<sup>7</sup> se nutre de varios rasgos distintivos que conviene destacar, tareas a la que ya nos abocamos.

En primer término, cabe acotar que en su seno se registra lo que se ha dado en llamar *el fin y ocaso de las ideologías y también el fin de las utopías*. Con ello se significa, entre otras cosas, que se vive una pérdida de fe en las ideologías puras y una correlativa decadencia de las mismas<sup>8</sup>. Se predica hoy que *hay que ser más amistosos con los demás y con la realidad del mundo. Hay que dejar de lado la omnipotencia y la imposición. Por eso me gusta hablar del pensamiento débil o pensamiento dulce*<sup>9</sup> y por eso se habla actualmente de cierta blandura del pensamiento. Sin duda que mucho ha tenido que ver en todo esto, la irrupción y difusión del psicoanálisis<sup>10</sup>. Las ideas rígidas y excluyentes ya no disfrutan de buen cartel y ello redundará en que se procure, por todas las vías, armonizar los sistemas aparentemente antagónicos, más que buscar el triunfo de unos sobre otros<sup>11</sup>. Así es que se ha señalado *que justamente, una de las características posmodernas consiste en descreer de los procesos revolucionarios, en no proponer una alternativa pura al sistema, en creer que toda alternativa se le parecerá. La nueva mentalidad sería renuente a aceptar las explicaciones totalizantes*<sup>12</sup>.

5. VATTIMO, G., «La postmodernidad o la transformación de las utopías», *Diario Clarín* del 15 de octubre de 1987, pág. 8 del Suplemento Cultural: «¿Estamos ante el fin de la modernidad? Sí, en el sentido de que la modernidad es no sólo una época sin también una manera de pensar, de mirar la existencia. La forma moderna de vivir la Historia era progresista y progresiva. Imaginaba un desarrollo indefinido. Este progreso un valor, como si la historia mejora. El concepto moderno se acaba cuando y no se sentimos que es necesario ese avance. No hace falta más ser vanguardista».

6. DIAZ, E., ob. cit., pág. 20.

7. Conf. libro citado en nota 3.

8. DE TRAZEGNIES, F., «El derecho civil ante la postmodernidad», en *Revista Jurisprudencia Argentina*, boletín del 4 de abril de 1990, pág. 11.

9. VATTIMO, G., conf. opúsculo citado en nota 5.

10. *Ibidem*.

11. DE TRAZEGNIES, F., ob. cit., pág. 11.

12. HELLER, M., «La postmodernidad o una interpretación falaz», *¿Postmodernidad?*, Buenos Aires, 1988, pág. 89.

El clima postmoderno también se ha colado en el recinto de lo procesal. Y no creemos que ello deba preocuparnos demasiado. Es que si bien la cultura *post-moderna* niega la validez del devenir como un fatal progreso indefinido (con lo que acepta posibles retrocesos), no puede negarse que la postura que propicia constituye *per se* una superación. En efecto: predicar la tolerancia, la conciliación de tesis antagónicas, el abandono de empresas utópicas y su recambio por emprendimientos más modestos pero más asequibles y la desconfianza hacia un ejercicio desmesurado de la racionalidad, representa un ideario que, creemos, merece nuestra adscripción.

No puede extrañar, entonces, que se registren con más frecuencia que otrora morigeraciones y excepciones respecto de la aplicación rígida de principios y de postulados de instituciones jurídicas.

El maniqueísmo está comenzando a ser desterrado del área procesal.

## 2. La flexibilidad procesal

Principiamos por aportar nuestro enfoque acerca de lo que debe entenderse por flexibilizar en materia jurídica. Creemos que flexibilizar es —en lenguaje procesal actual— descartar la aplicación fatal, automática y ciega de los postulados de un principio o institución jurídica frente a cualquier caso o circunstancia; y también establecer discriminaciones justificadas en materia de prueba que determinen un mayor énfasis demostrativo en cabeza de alguna de las partes.

Cada vez más se propicia la consagración de un Derecho flexible (como quería Carbonnier) o dúctil<sup>13</sup>. Ferrajoli permanentemente predica sobre la necesidad de respetar las diferencias y la conveniencia de no permanecer indiferente frente a lo distinto, vale decir acerca de lo impostergable de un hacer algo en pos del referido respeto<sup>14</sup>. Conocido es que al filósofo francés, de raíces estructuralistas Gilles Deleuze —autor, junto a otros muchos libros, de «Diferencia y repetición» (1968)— se lo reconoce como el pensador de la «diferencia». Básicamente, sus enseñanzas pretenden que la «repetición», el canon, el orden establecido, contribuyen a construir «codificaciones» que posibilitan su más sencillo consumo por los usuarios del sistema de que se trate. Claro está que ello presenta la desventaja de la «cristalización» de los conocimientos y la palmaria dificultad resultante por abrirse a lo nuevo y diferente.

13. ZAGREBELSKY, G., «El derecho dúctil», Madrid, 1997, Editorial Trotta, *passim*.

14. FERRAJOLI, L., «Derecho y Razón», Madrid, 1998, *passim*.

La referida flexibilización procesal no se limitó al ámbito probatorio. Así, por ejemplo, también puede subrayarse la triunfante en materia de principios procesales, que, acertadamente, reseña Berizonce: «Los principios procesales sufren, por ende, significativas mutaciones derivándose en general una pronunciada atenuación o flexibilización del principio dispositivo y en paralelo, el reforzamiento de los deberes de cooperación y buena fe a cargo de las partes, el acentuamiento de la celeridad y economía procesal, la flexibilización de la preclusión y de la congruencia, condiciones todas ellas necesarias para el dictado de una sentencia justa sustentada en la realidad litigiosa, en el marco de una justicia de resultados. Las reglas procesales estampadas en el Código no pueden ser leídas en clave de su sola y dogmática textualidad, sino, antes bien, en función de tales valores y principios, que se resumen y compendian en los contenidos, antes referidos, de la tutela judicial efectiva. El juez no se limita ya, simplemente, a actuar la voluntad de la ley, sino que su misión en la interpretación y aplicación de la normativa procesal reside más bien en tornar efectiva la tutela jurisdiccional de los derechos, en el marco, naturalmente, de la observancia de las garantías del proceso —contradictorio, publicidad, fundamentación suficiente del decisorio, razonabilidad, consistencia»<sup>15</sup>. Especialmente, merece ser destacada la atención que despierta en la actualidad la flexibilización de la congruencia en sede civil. Sobre el punto se ha expresado, con razón, que «el principio de congruencia, como el conjunto del arsenal técnico y jurídico, no es un esquema rígido de conceptos o postulados, con límites infranqueables que, cuando corresponda, impidan su necesaria flexibilidad y adaptación cuando requiera compatibilizarse en una armonización funcional frente a valores superiores, según predica la Corte Suprema de la Nación argentina»<sup>16</sup>. No puede extrañar, pues, que ante determinadas situaciones excepcionales el respeto irrestricto a la congruencia debe ceder ante la influencia de otros principios procesales cuya observancia resulta más valiosa en el caso<sup>17</sup>.

En consonancia con el posmodernismo procesal dominante al que le repugnan las ideas absolutas<sup>18</sup>, la flexibilización de muchos dogmas procesales hoy es moneda corriente. Algunos autores han sido sacados de su «zona de confort», acostumbrados como estaban a manejarse con un canon que no admitía tercerías.

---

15. BERIZONCE, R., «El principio de legalidad bajo el prisma constitucional», *Revista La Ley*, boletín del 5 de octubre de 2011.

16. MORELLO, A. y STIGLITZ, G., «Función preventiva del derecho de Daños», *Revista Jurisprudencia Argentina*, T. III., 1988.

17. DE LOS SANTOS, M., «Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales», *Revista Jurisprudencia Argentina*, 2011, pág. 757. Corresponde reconocer que esta autora fue la primera voz, en la Argentina, que defendió la posibilidad de flexibilizar la congruencia.

18. PEYRANO, J. W., «El Derecho Procesal posmoderno», *Procedimiento Civil y Comercial*, Editorial Juris, Rosario 1991, Tomo 1, página 3: «Las ideas rígidas y excluyentes ya no disfrutaban de buen cartel y ello redundaba en que se procure, por todas las vías, armonizar los sistemas aparentemente antagónicos, más que buscar el triunfo de unos sobre otros».

### 3. Cargas de la prueba. Alcances e implicancias

El tema que nos convoca guarda íntima relación con un fracaso de la actividad probatoria, pero también contempla la vía para administrarlo y así evitar el colapso del proceso civil todo.

El sistema probatorio —por estas latitudes, en materia civil y comercial— gira sobre el concepto de carga procesal entendida ésta como un «imperativo del propio interés» (por ende de naturaleza incoercible) impuesto a una parte, cuyo cumplimiento puede, eventualmente, traducirse en una ventaja procesal o —por lo menos— en evitarse una desventaja procesal. La carga procesal se singulariza por contribuir a la integración y desarrollo del proceso; y en especial sobre su vertiente más rica cual es el de la carga probatoria. Tanto es así que durante mucho tiempo fue la única aplicación de la noción de carga procesal, no obstante que la noción de «carga procesal» es un concepto técnico que sustenta y explica muchos aspectos del proceso civil. Cabe acotar que el rol asumido hoy por dicho concepto fue cumplido, aunque de manera no totalmente satisfactoria por la noción de la «necesidad práctica de probar», allá por los albores de la ciencia procesal.

Provisoriamente pero con bastante proximidad a su descripción definitiva, se ha manifestado que carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables. Constituye, sin duda, la espina dorsal del proceso civil, por más que su incorporación expresa a los textos codificados fue tardía y reciente.

Señalábamos al principio que el tema que concita nuestra atención es la crónica del fracaso de la actividad probatoria, porque parte de la premisa de que las hipótesis afirmadas por los contradictores no han logrado reunir elementos de prueba suficientes para considerar que se está ante una versión aceptable. Por supuesto que esa regla no puede entrar en juego cuando al menos una de las hipótesis sobre el hecho está dotada de un grado de confirmación probatoria suficiente para considerar que constituye una versión aceptable del hecho.

La solución que dirime el juicio en función de la regla de la carga de la prueba y frente al fracaso de la actividad probatoria, no convalida la falsa distinción entre verdad material y verdad formal tan cara a la doctrina alemana decimonónica.

Conocido es que el juez civil no puede librarse de proporcionar certeza jurídica a los litigantes mediante la emisión de un *non liquet*. Por lo que, en verdad, lo

que se intenta disipar con el sistema en estudio es la incertidumbre sobre un hecho invocado; no persiguiéndose la obtención, a todo trance, de la verdad, sea ésta material o formal. Taruffo enseña que la ley procesal regula las modalidades de decisión en el caso en que la falta de pruebas deja incierta la hipótesis sobre el hecho. En realidad, la situación de incertidumbre debería llevar a un pronunciamiento de *non liquet*. Habida cuenta de que éste está proscrito en materia procesal civil, entran en juego las reglas de la carga de la prueba que posibilitan en cualquier caso adoptar una decisión jurisdiccional. No puede permitirse la permanencia de la incertidumbre sobre el hecho en cuestión. Caso contrario, ello involucraría, fatalmente, que fracasara el proceso civil respectivo, por admitir un *non liquet* contrario a los tiempos que corren.

El sistema de la carga de la prueba posibilita que en cualquier supuesto, sea posible que el juez civil se pronuncie sobre el mérito del debate. La resolución judicial dictada sobre la base extrema del sistema (ninguna de las hipótesis fácticas aseveradas ha logrado el aval de elementos de juicio suficientes para ser considerada «probada») es una decisión que goza de la misma jerarquía que la que cuenta la adoptada sobre el funcionamiento de las bases de uso más corriente. Dicha decisión «extrema» es de índole sustitutiva puesto que la regla de la carga de la prueba reemplaza a la ponderación de las pruebas en el momento de resolver, pero ello, insistimos, no importa demérito alguno. El funcionamiento del sistema de la carga de la prueba se da no sólo respecto del pronunciamiento de mérito sino también en relación con resoluciones interlocutorias que deban emitirse sobre la base de hechos probados.

Finalmente, es preciso tener en cuenta que la regla de la carga de la prueba es más bien una regla de juicio que una regla de prueba, poniéndose de manifiesto su real importancia cuando no concurre prueba o ella es insuficiente porque en tal caso se debe fallar contra la parte que corría el riesgo de no probar. Más que distribuir la prueba, reparte las consecuencias de la falta de prueba o certeza, y las normas que la regulan son de naturaleza procesal.

Resulte acertada (o no) la mala conciencia que todavía puede llegar a generar la solución de un litigio merced a la invocación de la regla de la carga de la prueba: «perdiste porque no probaste, debiendo probar», lo que es indudable es que representa un fracaso en la tarea judicial de «dar a cada uno lo suyo» en serio y no gracias a ficciones que propician la paz social, pero que dejan el regusto amargo consistente en la permanencia de la duda acerca de si el caso fue justamente dirimido. Y tal incertidumbre justifica ampliamente que deba estimarse a la solución obtenida con la alegación de la regla de la carga de la prueba como residual, *in extremis* y casi, diríamos, hasta gobernada por la máxima de que en la duda su aplicación no procedería; debiendo, pues, el órgano jurisdiccional ponderar más concienzudamente la prueba producida de

modo tal de verificar si, efectivamente, no se demostró lo que se debía demostrar. Obviamente, nos estamos refiriendo al supuesto en el cual se ha producido prueba, puesto que si no se hubieran generado elementos de convicción, no sólo no corresponde dictar medidas para mejor proveer sino que, necesariamente, debe solucionarse la causa mediante las reglas de distribución del *onus probandi*<sup>19</sup>. Ahora bien: mediando probanzas producidas, el juez antes de recurrir a la aplicación de las reglas de la carga de la prueba deberá analizarlas, pormenorizadamente, para demostrar que quien corría con el riesgo de no probar cayó víctima de su incuria. Vale decir que, en la especie, no puede jugar el principio denominado «selección judicial de prueba»<sup>20</sup> conforme el cual: «los tribunales no están compelidos al sentenciar las causas a resolver todas las cuestiones propuestas, a analizar la totalidad de los elementos de convicción colectados y a ponderar todos los argumentos vertidos, siendo bastante con que diluciden y ponderen aquello que consideren conducentes a la adecuada solución de la controversia»<sup>21</sup>. Ello significa que, insoslayablemente, el magistrado que pretenda resolver la causa mediante la aplicación de la regla de la carga de la prueba, deberá examinar con cuidado todas las probanzas producidas, aportando los porqués con su auxilio no puede tener por acreditado lo que se pretendía demostrar. La debida fundamentación de la sentencia, entonces, tratándose de casos resueltos mediante la alegación de la regla de la carga de la prueba, reclama, a nuestro entender, la susodicha faena judicial.

El asunto que ahora trataremos ha sido ocasión de frecuentes yerros, de los cuales no hemos estado exentos. Así es que en otra oportunidad sostuvimos que las normas de distribución de la carga de la prueba apuntan a determinar quién debía probar determinado hecho, cuando lo correcto es decir que establecen cuál de las partes corre el riesgo procesal de que cierto hecho no resulte probado o de que la prueba colectada sea insuficiente. Es que la prueba en cuestión puede ser proporcionada por el accionar oficioso del tribunal y aún por el proceder de la contraparte quien, por ejemplo, puede admitir expresa o tácitamente cierta aseveración fáctica de su contrincante.

En la actualidad, media algún consenso en que no tienden a conseguir una «verdad formal» sino en lograr, como fuere y en cualquier supuesto, una declaración de certeza. También hay acuerdo en que se trata de normas imperativas de las que el juez no se puede desentender sin incurrir en violación de la ley y en causales casatorias de impugnación. Igualmente, concurre el convencimiento —fundado en razones lógicas— acerca de que, como regla, debe distribuirse la carga probatoria y no colocarse sobre los hombros de una sola de las partes.

19. PEYRANO, J. W., *El proceso Civil. Principios y fundamentos*, Bs. As., 1978, pág. 83.

20. GOZÁINI, O., *La prueba en el proceso civil peruano*, Trujillo 1997, pág. 204.

21. PEYRANO, J. W., *Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial*, pág. 44.



Se registran cronológicamente muy diferentes posiciones en el curso de la llamada «historia del dogma de la carga de la prueba», que no nos ocuparemos aquí de reseñar. En cambio, nos limitaremos a recordar que recién en el Derecho justiniano apareció el principio que debía probar quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho como base de su acción o excepción, lo que fue retomado en la Edad Media; época ésta en la cual cuando el demandado se limitaba a negar que fueran ciertos los hechos afirmados por la actora estaba exento de probar esa negativa. Las Partidas se mantuvieron fieles a esa verdadera regla áurea condensada en la vieja máxima romana *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* que significa que incumbe la prueba a la parte que formula la afirmación y no a la que niega.

Bastante después surgió la teoría chiovendiana de la partición de los hechos invocados en la demanda y en la contestación (constitutivos por un lado; impeditivos, modificativos y extintivos por el otro), que asigna la carga probatoria según fuere la calificación de los hechos alegados. Más allá de la insuficiencia de ella para solucionar algunos casos extremos, lo cierto es que también padece lunares derivados de que resulta difícil, a veces, distinguir de cuál especie de hecho se trata y de que también en algunos supuestos la actora puede alegar hechos impeditivos o extintivos. Como fuere, en algunas jurisdicciones argentinas, a falta de normas legales expresas, la doctrina judicial sigue echando mano a la vieja enseñanza chiovendiana, sin mayores sobresaltos.

Como propuesta superadora, apareció la teoría normativa de Leo Rosenberg cuyo ideario puede así sintetizarse: «cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable». Tal propuesta fue luego mejorada, según algunos, por Micheli para quien soporta la carga de la prueba respecto de un hecho, la parte que pretende deducir de él un efecto jurídico. Interpretamos que a pesar de contar con una presentación más pulcra y científica, detrás de las propuestas de Rosenberg y Micheli reaparece, casi sin cambios, la vieja distribución chiovendiana. Vale decir que el peso de la prueba a la luz de las teorías de Rosenberg y Micheli no se altera, en la gran mayoría de los casos, cuando se aplica el venerable, pero todavía usable, esquema chiovendiano.

Párrafo aparte merece la cuestión de la carga de la prueba en el supuesto del demandado que se limita a negar los hechos constitutivos invocados por el actor. Desde siempre se ha coincidido en que cuando en un juicio civil de conocimiento se ha registrado la mera negativa del demandado, la ulterior orfandad probatoria determina que deba producirse la desestimación de la pretensión hecha valer por la actora puesto que a ésta le incumbía el *onus probandi*. En otra oportunidad, mencionamos la cuestión: «Supongamos un proceso ordinario en el cual la demandada se limita a negar los hechos constitutivos invocados por la actora, no produciéndose *a posteriori* prueba alguna por parte

de ninguno de los contendientes. Obviamente, la pretensión del ejemplo deberá ser rechazada en función de elementales reglas de la carga probatoria»<sup>22</sup>. Acertadamente, Devis señala que «la simple negación de hechos integrantes de la pretensión del actor no constituye un hecho impeditivo ni excluyente ni tampoco una excepción que imponga la carga de probar al demandado»<sup>23</sup>. Más aún: si el demandado que se ha circunscripto a negar los hechos alegados por la actora emprende, no obstante, una actividad probatoria, ello no alterará el *onus probandi* aplicable. Si tiene éxito en su actividad probatoria, igualmente se tratará de una prueba innecesaria o a mayor abundamiento, «pero al juez le bastará la inobservancia de la carga por el demandante para dictar sentencia desestimatoria de sus pretensiones»<sup>24</sup>.

Aquí cabe acotar que otrora Bentham defendía una posición opuesta; es decir que frente a la negativa de la demandada, la posterior orfandad probatoria determinaba que la pretensión contenida en la demanda debía prosperar. Fundamentaba ello en una suerte de presunción en favor del demandante respaldada en que por lo regular nadie promueve un pleito sin motivo razonable, mientras que hay muchos demandados que contienden sin fundamento<sup>25</sup>. Caravantes, atendiendo muy aceptables razones, enjuicia la tesis de Bentham, memorando que «es viciosa su consecuencia porque si bien puede suceder que haya menos defensas injustificadas que defensas injustas y en su consecuencia más sentencias dadas a favor de los demandantes que contra ellos, esto se debe precisamente a la máxima que Bentham ataca; como el que quiere demandar sabe que no ha de vencer si no aduce pruebas plenas y evidentes, procura prevalecerse de ellas antes de promover el litigio. Si se convirtiera la presunción mencionada e incumbiese la prueba a la demandada, sucedería la temeridad a la circunspección por parte del demandante»<sup>26</sup>. Coincide Framarino, en lo especiosa y poco convincente que resulta la susodicha tesis de Bentham<sup>27</sup>.

La mejor explicación acerca de la posición prevaleciente en la materia la proporciona Framarino cuando dice que «el hecho positivo tiene dos especies de pruebas posibles: las pruebas directas y las indirectas. En cambio, en cuanto al hecho negativo no hay posibilidad de prueba sino mediante las solas pruebas

22. PEYRANO, J. W., «La carga de la prueba en la excepción de falsedad, el favor debitoris y el favor creditoris», pág. 162.

23. DEVIS ECHANDÍA, H., «Teoría general de la prueba judicial», 2ª edición, Buenos Aires 1972, Editor Víctor de Zavallía, tomo 1, pág. 445.

24. *Ibidem*, página 444.

25. BENTHAM J., *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Florida, 2002, *passim*.

26. DE VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, 1856, Tomo 1, pág. 139.

27. FRAMARINO, N., *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, 1973, Tomo 1, pág. 171.

indirectas. En realidad, cómo se puede probar directamente, es decir por directa percepción lo que no ha existido? A la verdad, lo que no ha tenido existencia no ha podido ser percibido *in se* y por esto no puede ser probado directamente. De ahí que en cuanto a la comprobación del hecho negativo, no habría más que pruebas indirectas. Además, éstas pruebas indirectas son menos numerosas con relación al hecho negativo que en cuanto al positivo, ya que éstas dejan tras de sí huellas de su exteriorización, las cuales no se dan en el hecho negativo, porque la nada, nada produce. Comprobada, pues la mayor facilidad de prueba que presenta el hecho positivo, quien lo afirma es el que debe preferentemente probarlo»<sup>28</sup>.

Afortunadamente, en cuestiones tan dominadas por visiones esclarecidas pero pertenecientes a épocas diferentes a la que vivimos, han surgido ideas renovadoras. Entre los sostenedores de ellas, destacan Taruffo y sus seguidores<sup>29</sup>. Por su influencia es que ahora el núcleo de la polémica se ha desplazado un tanto desde el antiguo debate acerca de cuál de las partes debía correr el riesgo procesal de que faltara o fuera insuficiente la prueba para demostrar la versión fáctica correspondiente, hasta el de cuáles deben ser los criterios racionales utilizables para escoger entre hipótesis fácticas opuestas o disímiles.

Carnelutti, en uno de sus estudios iniciales sobre la carga de la prueba, sostenía que existe la obligación del juez de considerar existente o inexistente un hecho según que una de las partes le ofrezca o no la demostración de su existencia o inexistencia<sup>30</sup>. ¿Es verdaderamente así? ¿El fracaso de la actividad probatoria provoca que deba considerarse falso o inexistente el hecho no probado o insuficientemente demostrado? Creemos que aunque oscuramente, desde siempre se ha intuido que debe responderse negativamente al referido interrogante. La contribución de Taruffo ha sido decisiva en la materia; contribución que se apoya en una premisa esclarecedora: la lógica binaria de valores absolutos («verdadero-falso») no es utilizable en el derecho probatorio correspondiente al proceso civil. La falta de elementos de prueba significa sólo que no se ha confirmado la verdad de la hipótesis, no que ésta sea falsa. La falta de elementos de demostración probatoria de una hipótesis produce incertidumbre acerca de ella, pero no la confirmación de la hipótesis contraria. Cuando por incumplimiento del *onus probandi* una parte resulta vencida es porque por efecto de aquél se ha generado una suerte de «certeza práctica» consistente en considerar que no se ha demostrado determinado hecho y que la existencia de éste permanece en el grado de incertidumbre.

---

28. FRAMARINO, N., ob. cit., pág. 158.

29. TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Madrid, 2005, passim.

30. CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, Bs. As., 1955, p. 219.

Las modernas enseñanzas acerca de la verdad probatoria procesal civil no están dominadas por la idea de alcanzar ineludiblemente la verdad absoluta, o sea la completa correspondencia de una descripción con el estado de cosas del mundo real. Son mucho más humildes porque, entre otros motivos, reconocen límites que debe respetar el juez y que a veces lo compelen a ponderar elementos de juicio que pueden llegar a distorsionar la valoración probatoria. Además, el hecho de que la actividad probatoria se deba desarrollar dentro de fronteras temporales es una limitación procesal que tiene incidencia en la relación prueba-verdad. Otra limitación procesal con igual incidencia es la de la cosa juzgada o máxima preclusión, instituto que por razones prácticas se opone, como regla, a las llamadas «lites inmortales», permanentemente abiertas a replanteos, renovadas actividades probatorias y recursos sin límite.

Todavía hoy mantienen vigencia las palabras de Wach, maestro del liberalismo procesal: «la comprobación de la verdad no es el fin del proceso civil y no puede serlo, ello es un resultado deseado pero no asegurado». Hay que distinguir entre «ser verdadero» y «ser tenido o aceptado como verdadero»<sup>31</sup>.

El orden jurídico contempla normas de clausura de los distintos sistemas jurídicos que le posibiliten al juez resolver cuestiones cuya solución no se encuentra expresamente prevista o que la sustanciación de la causa no ha hecho cesar la incertidumbre acerca de «donde está el Derecho» en el espíritu del magistrado. Dichas normas de clausura son plurales y variopintas. Así, puede citarse desde una perspectiva general, la consistente en el argumento *a completudine*, o de la «completitud» del sistema jurídico: «es un procedimiento discursivo según el cual, en virtud de que no encontramos una proposición jurídica atribuyendo una calificación jurídica cualquiera a cada sujeto con relación a cada comportamiento materialmente posible, debemos concluir sobre la validez y la existencia de una disposición jurídica que atribuya a los comportamientos no reglados de cada sujeto una calificación normativa particular: o siempre indiferentes o siempre obligatorios, o siempre prohibidos o siempre permitidos...»; traducida habitualmente por los textos constitucionales en su variante «lo que no está prohibido se encuentra permitido», tal y como lo prescribe el «principio de reserva» en favor de los ciudadanos. Asimismo, la presunción de inocencia —tan cara al proceso penal— constituye una norma de clausura. Finalmente, la regla de la carga de la prueba, proporciona una muy rendidora norma de clausura en sede civil.

Debe decirse, entonces y por fin, que la regla de la carga de la prueba administra un fracaso y posibilita el dictado de una resolución judicial que no será in-

31. FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid, 2002, *passim*.

defectiblemente justa, pero que al menos se ajustará a las conductas procesales observadas por las partes.

#### **4. Flexibilización de las cargas probatorias. Su devenir histórico. Motivos y clases**

Toda alteración del canon vigente en materia de distribución de la carga de la prueba y de ponderación de ella, implica una flexibilización de dicha institución jurídica. La primera vertiente también ha recibido el apelativo de «cambios en las cargas probatorias». Así, Taruffo expresa lo siguiente: «Cambios en las cargas probatoria. 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 Inglaterra, Alemania, Francia y España, donde este tipo de acuerdos se suelen incluir en los contratos aunque no estén expresamente regulados por la ley»<sup>32</sup>. El mismo autor también acepta que los referidos cambios puedan provenir de presunciones legales o judiciales<sup>33</sup>. Lo dicho no debe hacer perder de vista que también debe considerarse una flexibilización probatoria la asignación de un mayor esfuerzo demostrativo que el normal a una de las partes.

Ahora bien: ¿cómo fue irrumpiendo el ideario de la flexibilización de las cargas probatorias?

Detrás de las aguas abiertas por el Código Procesal Civil de Austria de 1895 —salido de la pluma de Klein para quien el proceso civil es «una institución de beneficencia»— tomó auge, hace algunos años, un movimiento en pro de la «socialización del proceso» que perseguía una igualdad a todo trance en el seno del juicio civil. Como suele suceder, las ideas bienintencionadas llevadas a extremos intransigentes se desacreditan y pierden fuerza. Dicha corriente de pensamiento pretendía una igualdad casi aritmética en los eternos protagonistas del drama procesal: actor y demandado. Ciertamente es que no hay una verdadera igualdad procesal entre quien es culto y quien no lo es, entre quien puede requerir los servicios de un prestigioso abogado y quien debe conformarse con

---

32. TARUFFO, M., *La prueba*, Madrid, 2008, pág. 151.

33. *Ibidem*, pág. 152/153.

la asistencia letrada gratuita, entre quien puede esperar sin apremios económicos el desenlace del debate y quien cifra todas sus esperanzas en un pronto resultado favorable. Más aún: hoy en día se dice sin tapujos que media desigualdad procesal cuando se enfrentan letrados de disímiles condiciones técnicas<sup>34</sup>. Empero, tal igualdad absoluta es imposible de conseguir.

Tantas exigencias determinaron que las posiciones de máxima de dicho movimiento fueran abandonadas, pero en el ámbito de la prueba quedó un interesante remanente que prosperó y floreció en la aparición de varios mecanismos tendientes a tomar nota y en alguna medida remediar desequilibrios existentes entre las partes a la hora de acreditar sus versiones fácticas. Todos los mencionados mecanismos involucran, en mayor o menor dosis, una apartamiento de la regla de igualdad procesal probatoria escolarmente concebida, conforme a la cual cabe partir —siempre y en todos los casos— de probar a cabalidad los presupuestos de hecho de los contradictores; siendo inaceptable que merced a distorsiones probatorias u otros artilugios se alivie o sobrecargue el esfuerzo probatorio de alguno de los litigantes.

Así fue, insistimos, que surgieron instrumentos que apuntan a «igualar» en términos reales la faena probatoria, ponderando la especial «debilidad» de una de las partes frente al comparativamente mayor «peso específico» de la contraria (vgr. el ámbito del Derecho del Consumidor). Así fue, también, que se diseñaron artefactos que poseen igual aptitud «igualadora», pero que hacen eje en que se encuentra en juego la realización de un derecho de emplazamiento privilegiado en el ordenamiento jurídico (vgr. los supuestos de los Derechos Humanos y del Derecho Ambiental). Vaya como muestra de esto último el caso de la imposición del «onus probandi» cuando se trata de establecer quien debe demostrar si existe (o no) una duda razonable respecto de si una actividad con repercusiones ambientales resulta nociva para el entorno, a la luz de lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley General del Ambiente<sup>35</sup>. Si bien en dicho marco no puede probarse acabadamente (porque todavía no existe certeza científica en el punto) si un producto o procedimiento nuevo resulta ambientalmente nocivo, sí puede acreditarse que concurre (o no) una sospecha seria de nocividad. Ahí es donde reclama injerencia la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que es uno de los nuevos mecanismos a los que aludíamos y sobre los que volveremos. Acerca del particular, hemos dicho lo siguiente: «puesto que, de ordinario, quien introduce el riesgo (muy frecuentemente, grandes empresas dedicadas a la explotación del ramo) está en mejores condi-

34. PEYRANO, J. W., *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Buenos Aires, 1978, pág. 148.

35. Artículo 4 de la ley 25.675: «... Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente».

ciones técnicas para demostrar, hasta donde se pueda, el carácter inocuo del proceso o procedimiento respectivo»<sup>36</sup>, serán dichas grandes empresas las que sobrellevarán el esfuerzo de demostrar la baja intensidad de la sospecha de nocividad del proceso o procedimiento cuestionado.

Se han propuesto y difundido algunos mecanismos para «igualar» la faena probatoria.

El más exitoso en Argentina recibe por denominación «doctrina de las cargas probatorias dinámicas».

Es la más conocida de las técnicas que aquí examinaremos. Su partida de nacimiento data *circa* 1978. Su aplicación generalizada es muy amplia y ya ha sido incorporada a varios códigos procesales civiles argentinos (La Pampa, Corrientes, Chaco, Misiones, Entre Ríos, Santiago del Estero, San Juan) y de otras latitudes (España, Brasil y Colombia, por ejemplo).

Parte del piso de marcha de que las circunstancias del caso legitiman que deba dejarse de lado la distribución «normal» de la carga probatoria, de modo tal que resulta ser que quien debía soportar el esfuerzo probatorio principal según el esquema distributivo corriente sea reemplazado por la contraria. El desplazamiento de carga probatoria que acarrea el ideario de las cargas probatorias dinámicas afecta al factor atributivo de culpa<sup>37</sup>, colocando el esfuerzo probatorio en cabeza de quien, de acuerdo a las reglas tradicionales de la distribución del *onus probandi*, no debía soportar dicha carga. Téngase en cuenta que dicho desplazamiento no disminuye la intensidad probatoria que debe cumplir tanto la parte afectada por el desplazamiento probatorio como su contraria, por lo que ambas (actor y demandado) deben generar certeza moral plena en el órgano jurisdiccional acerca de los hechos y circunstancias cuya prueba se encuentra a cargo de ellas.

La referida doctrina de las cargas probatorias dinámicas importa un desplazamiento de la carga probatoria (de ahí lo de «dinámicas»), justificado por la extrema dificultad probatoria de quien soportaría el «*onus probandi*» en el

---

36. PEYRANO, J. W., «Particularidades de la valoración de los medios probatorios producidos en procesos colectivos», *Revista de Derecho Procesal de Editorial Rubinzal Culzoni*, T. II, 2005, pág. 328. Puede consultarse, también, ANDORNO, R., «Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución», *Revista Jurisprudencia Argentina*, T. III, 2003, pág.969.

37. PEYRANO, J. W., «Cargas probatorias dinámicas», *Revista La Ley*, Boletín del 1 de agosto de 2011, pág. 4: «La doctrina que nos ocupa no encierra —contrariamente a lo que frecuentemente se piensa— una hipótesis de inversión probatoria completa. El aligeramiento probatorio que involucra sólo opera en algunas áreas (especialmente en lo que atañe al factor de atribución) y no en todas. Así, el demandante por una mala praxis quirúrgica correrá con la carga de probar varios puntos (que la intervención quirúrgica respectiva se realizó en tal o cual lugar, que los daños sufridos existieron y fueron tales o cuales, etc.), y el cirujano únicamente deberá alegar y demostrar las razones exculpatorias que le asisten».

marco del esquema tradicional y por la correlativa mayor facilidad probatoria del litigante que en un principio no debía probar. Tal desplazamiento de cargas probatorias, lo recalcamos otra vez, no abarca la totalidad de los hechos y circunstancias relevantes para la suerte de la causa.

No obstante que la precitada doctrina —que ya cuenta con el espaldarazo jurisprudencial que le proporcionan precedentes de tribunal cimero argentino<sup>38</sup>— se aplicó primeramente en el terreno de la mala praxis quirúrgica, aunque ha recibido también profuso uso en otros terrenos. Así, claro está, en lo que atañe al Derecho que tutela a los Consumidores<sup>39</sup>.

Otra de las referidas técnicas es la de las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes.

Aquí, y siempre en miras a «igualar» la tarea probatoria, no se trata de desplazar el «onus probandi» sino que se exigen esfuerzos probatorios muy diferentes: la parte beneficiada con el mecanismo que nos ocupa debe cumplir una faena demostrativa mucho más sencilla y acotada que la asignada a su contraria. Recientemente y en el más empinado nivel jurisdiccional<sup>40</sup>, se hizo aplicación del mecanismo que venimos exponiendo. En la especie, se trataba de un despido laboral imputado de discriminatorio donde —por incidencia de varios Tratados sobre Derechos Humanos, que condenan severamente todo trato discriminatorio. Certeramente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina declaró en el caso lo siguiente: «Así, a modo de conclusión, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hecho que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación»<sup>41</sup>.

El derecho a la intimidad, que es también un Derecho Humano, fue objeto de reflexiones por parte de Eduardo de Lázari<sup>42</sup>, tiempo ha. En ellas llega a la

38. Se trata del precedente «Pinheiro». La citada causa ha sido motivo de dos excelentes comentarios por mano de CECCHINI, F., «Cargas probatorias dinámicas», *Revista Jurisprudencia Santafesina*, T. 36/7, págs. 213 y ss., y de ENDERLE, G., «Funcionalidad de la carga de la prueba», *Revista Jurisprudencia de Entre Ríos*, N° 68, págs. 1519 y ss.

39. VÁZQUEZ FERREYRA, R., «Cajeros automáticos y defensa al Consumidor», *Revista Jurisprudencia Argentina*, T.I, 1997, pág. 791.

40. Precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitido el 15 de noviembre de 2011, en «P.L.S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal». Nuestro comentario sobre este fallo, que lleva por título, «Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes», puede encontrarse en *La Ley*, 2011-F, pág. 624 y ss.

41. Vide precedente citado en nota anterior.

42. DE LÁZZARI, E., «Protección cautelar del derecho a la intimidad», *Revista Jurisprudencia Argentina*, Tomo I, 1990, passim.



conclusión de que en algunos aspectos considera que estando acreditado el entrometimiento o la incursión en la vida privada de una persona, debe presumirse que ella es arbitraria<sup>43</sup>. Pareciera que también aquí se visibiliza el ideario de las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes porque prima facie será mucho mayor el esfuerzo probatorio que deberá concretar el presunto victimario. Vaya como digresión válida recordar que también el derecho a la intimidad posee sus límites. No mucho tiempo ha, el Tribunal Constitucional de España desestimó que hubiere una violación del derecho a la intimidad de dos trabajadores que habían instalado un programa de mensajería instantánea en una computadora laboral de uso común, pese a que lo tenían expresamente prohibido. Dicha conducta de los empleados determinó una amonestación verbal por parte de la empleadora, que provocó una demanda de amparo rechazada por el tribunal interviniente<sup>44</sup>.

La igualdad probatoria ideal pasa por la observancia fiel y escrupulosa del esquema tradicional de distribución del «onus probandi», sin concesiones. Dicho esquema se encuentra regulado por el artículo 377 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina<sup>45</sup> que recoge, malamente, la llamada «teoría normativa» de Rosenberg. No piense el lector que todos los códigos procesales civiles incluyen normas sobre el reparto del esfuerzo probatorio. La ley adjetiva civil santafesina, por ejemplo, nada dice sobre el particular; debiendo los operadores jurídicos recurrir a las enseñanzas de la doctrina autoral y judicial.

Está demostrado que la observancia irrestricta del susodicho esquema es una fuente de injusticias porque no pondera adecuadamente las circunstancias del caso que indican la necesidad de desplazar una carga probatoria (doctrina de las cargas probatorias dinámicas) o, inclusive, pergeñar un nuevo reparto probatorio con menores requerimientos para uno de los litigantes que para el otro (cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes).

Merced a los aludidos artilugios es que se puede obtener una igualdad probatoria real y no meramente formal. Para llegar al punto en el que nos encontramos se ha batallado mucho, pero no en vano. Hoy existe una conciencia generalizada respecto a que lo distinto puede y debe recibir un tratamiento

---

43. *Ibidem*, pág. 909.

44. Se trata de una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de España emitida, el 17 de diciembre de 2012, en el seno de un recurso de amparo denegado.

45. Artículo 377 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina. Carga de la prueba Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

diferente. Caso contrario, se habrá logrado una igualdad meramente aritmética, pero se habrá perdido la posibilidad de conseguir el pan de la Justicia.

Que quede en claro que entendemos por flexibilización de las cargas probatorias no sólo el desplazamiento de carga sino también todo cambio que involucre un apartamiento del canon tradicional en la materia; abarcando así el supuesto en que se exige un mayor énfasis probatorio que el corriente, merced a establecer discriminaciones justificadas.

Pasando a examinar los orígenes posibles de la flexibilización de las cargas probatorias ella puede ser fruto de un acuerdo previo o el producto de un negocio jurídico procesal. Sobre esto último, cabe decir que estimamos que una referencia adversa de Chiovenda<sup>46</sup> mucho ha contribuido a quitarles prestigio y validez a los contratos procesales, por lo menos en lo concerniente a la doctrina autoral no demasiado reciente<sup>47</sup>. Si bien se mira, no puede sorprender la repulsa de Chiovenda y de otros<sup>48</sup> respecto de la validez de negocios jurídicos procesales que le impongan al órgano jurisdiccional, por ejemplo, que valore prueba en determinado sentido o que dispense de algunas formalidades esenciales a la práctica de algún medio de confirmación. Frente a tales hipótesis, el tribunal, claro está, no los aprobará. En cambio, si se tratara, vgr. de un acuerdo procesal tendiente, aprovechando los beneficios de la telemática, a que un testigo residente un lugar distante pueda declarar participando de una videoconferencia, creemos que ello no puede incluirse entre los contratos procesales vedados. También puede ser fruto de disposiciones legislativas —cual es el caso de lo dispuesto por el art. 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina<sup>49</sup>— o de presunciones judiciales.

## 5. Final

Quizás por influjo inicial de las ideas posmodernas enemigas de las ideas absolutas, comenzó a flexibilizarse el Derecho argentino y el de otros lugares. El movimiento se ramificó y así dio origen a la flexibilización procesal en general

46. CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo 2, Madrid, 1922, pág. 126.

47. VITERBO, C., «Valor probatorio de los libros de comercio cuando una de las partes no es comerciante», *Revista Jurisprudencia Argentina*, Tomo 66, pág. 705.

48. SCHÖNKE, A., *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1950, pág. 200.

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

y a la del derecho probatorio en particular. Tal apartamiento —siempre excepcional— del canon tradicional, abarca, a nuestro juicio, tanto al sistema de reparto de la carga probatoria como a ciertas maneras distintas de ponderar la prueba producida. Dichos apartamientos constituyen un homenaje al principio de igualdad probatoria real.

Se impone aclarar que incluimos a las diferencias justificadas en materia de exigencias probatorias (también conocida como cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes) dentro del rubro flexibilizaciones de cargas probatorias, no sólo porque implica un apartamiento del canon sino también porque involucra que deba tenerse por satisfecha una carga de probar con menos requerimientos que los habituales y a la par que se reclama de la contraria un mayor énfasis probatorio que el corriente. Todo ello importa flexibilizar (en el sentido de alterar) el funcionamiento del sistema de cargas, en pos de aliviar o sobrecargar el *onus probandi*.

Acerca de alguna actual despreocupación en obtener la verdad histórica en el proceso civil, informa Damaska<sup>50</sup> que «si nos fijamos en el camino ya andado, vemos que en el derecho continental la imagen del proceso civil como mecanismo de solución de controversias proporciona la base para el control de las partes sobre el desarrollo del proceso. Pero también vemos que debilita la preocupación por la integridad del banco de datos investigados y la exactitud de la averiguación de los hechos. Para un jurista continental común, la explicación de este cambio radica en la naturaleza más leve de la sanción civil: aunque la verdad es valorada por igual en todo tipo de proceso judicial, se afirma que el error en la determinación de los hechos es menos preocupante en el proceso civil que en el penal, ya que en el primero solo está en juego la propiedad —en lugar de la vida o la libertad—. Por lo tanto, parece justificado un estándar menos exigente de suficiencia probatoria y una menor obstinación por la búsqueda de información». Sin embargo, en el plano académico persiste dicho interés, y este encuentro es la mejor demostración.

Entendemos que las flexibilizaciones probatorias reseñadas no atentan contra el logro de la verdad material, sino que más bien persiguen lo contrario. El dogma según el cual es inaceptable que merced a desplazamientos de cargas probatorias u otros artilugios se alivie o sobrecargue el esfuerzo probatorio de alguno de los litigantes, conspira en favor de una igualdad probatoria meramente formal que muchas veces dista de la histórica. Repárese en el siempre recordado supuesto del actor en una mala praxis quirúrgica sometido a la prueba diabólica de demostrar qué pasó en el quirófano, estando él incons-

---

50. DAMASKA, M. R., *El derecho probatorio a la deriva*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2015, Pág. 124.

ciente y siendo los demandados los únicos testigos presenciales del evento dañoso. Si se observara a rajatabla la proscripción de aliviar el esfuerzo probatorio (en el caso, de la actora), la igualdad probatoria formal se habría salvado pero con escarnio de la igualdad probatoria real.

Importa memorar que luego de haber sido incorporado plenamente al lenguaje procesal el concepto de carga probatoria, se diseñaron las reglas de la carga de la prueba y el canon probatorio todo como algo estático, contraviniéndose así —a nuestro entender— al mentor del referido concepto quien siempre concibió su teoría del proceso<sup>51</sup> como una consideración dinámica de los fenómenos procedimentales. De esta manera se «fijaron» literalmente las reglas de la carga de la prueba y el canon probatorio general de una forma demasiado rígida, sin ningún tipo de miramiento relacionado con las circunstancias particulares del caso. Resulta curioso traer a cuento que no faltaron procedimentalistas tradicionales que vislumbraron que el tema específico de las cargas probatorias debía considerarse sin incurrir en apriorismos y apartándose de esquemas inflexibles<sup>52</sup>.

Debe tenerse en cuenta, por fin, que la flexibilización probatoria (en todas sus formas), es un instituto de excepción que se aplicará únicamente cuándo y cómo corresponde. Forma parte del llamado Derecho Procesal de excepción pensado por y para ajustar las herramientas tradicionales a las circunstancias del caso. Dicho nuevo integrante del Derecho Procesal es un instrumento invaluable para malear rigideces y así contemplar las peculiaridades de la causa. Flexibilizar es respetar el canon en tanto y en cuanto no se pierda de vista lo que la realidad proclama.

## Bibliografía general

- ARAZI, R., *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1991.  
 ENDERLE, G., *La congruencia procesal*, Santa Fe, 2007.  
 FALCÓN, E., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, T. II, Santa Fe, 2006.  
 MONROY GÁLVEZ, J., *Teoría General del Proceso*, Lima, 2007.  
 MUÑOZ SABATE, L., *Técnica probatoria*, Barcelona, 1983.  
 NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento Prima Facie*, Barcelona, 2007.  
 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, 7ª edición, Pamplona, 2007.  
 PALACIO, L., *Derecho Procesal Civil*, T. IV, Buenos Aires, 2011.  
 PEYRANO, J.W., *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Buenos Aires, 1978.  
 PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba*, Barcelona, sine data.

51. GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936, pág. 108.

52. LESSONA, C., *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*, 2ª edición, T. 1, pág. 150.

- RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, T.I, Barcelona, 2008.  
ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, 2ª edición, Buenos Aires, 2002.  
TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Madrid, 2005.  
TARUFFO, M., *La prueba*, Madrid, 2008.  
TARUFFO, M., *Simplemente la verdad*, Madrid, 2010

## Síntesis de Informes Nacionales

### Informe argentino a cargo del Dr. Carlos Alberto Carbone (Anexo I)

Se pone de resalto desde el comienzo que el fenómeno de la flexibilización de los institutos procesales es amplio ya que abarca, por ejemplo, a los principios generales del proceso. IncurSIONA luego en el análisis de lo que denomina «carga estática de la prueba», es decir, las reglas corrientes en materia de distribución del *onus probandi*. Subraya la inclusión de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en el artículo 1735 del Código Civil y Comercial argentino. Se pronuncia contra el aviso judicial a las partes acerca de que se aplicará en el caso dicha doctrina.

Asimismo anota como un supuesto de flexibilización probatoria la ponderación probatoria especial que merecen los casos de prueba difícil (hechos antiguos, hechos realizados en ámbitos de máxima privacidad, etc.).

La flexibilidad probatoria, en definitiva, aparece recibida en Argentina.

### Informe brasilero a cargo del Dr. Darci Guimarães Ribeiro (Anexo II)

El autor centra su atención en la teoría de las cargas probatorias dinámicas, a la que reputa de antigua data y de aplicación excepcional. Dicha doctrina fue incorporada al art. 373 apartados 1 y 2 del nuevo CPC brasileño de 2015. Enfatiza en que para su aplicación será tomada en consideración no la posición de la parte en la relación procesal ni tampoco el hecho por ella presentado, pero si la posición que ocupan delante de la prueba que será producida; eso es, quien revelara mejores condiciones técnicas, fácticas o profesionales quedará encargado de presentarlas en juicio. Por añadidura, destaca que «la distribución dinámica de la carga de la prueba es una excepción y debe ser aplicada subsidiariamente, siendo sus requisitos interpretados restrictivamente». Remata su tarea Darci Ribeiro, consignando que la legislación brasileña ha elegido la fase de saneamiento y organización del proceso para que el tribunal dé noticia acerca del *onus probandi* escogido, evitando así sorprender a las partes.

### **Informe colombiano a cargo del Dr. Ramiro Bejarano Guzmán con la colaboración del Dr. Fredy Toscano López (Anexo III)**

Se destaca que en Colombia el fenómeno de la flexibilización de la carga probatoria es muy amplio por lo que no se limita a examinar la vertiente flexibilizadora conocida como «doctrina de las cargas probatorias dinámicas». Señalan el papel del Consejo de Estado colombiano en materia de responsabilidad médica a cargo del Estado, que comenzó a flexibilizar las cargas probatorias. También se ocupan de analizar el artículo 167 del Código General del Proceso de Colombia que luego de replicar las reglas ortodoxas de reparto del esfuerzo probatorio exige probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. En líneas generales, debe decirse que, más allá de algunas variantes terminológicas, la flexibilidad probatoria posee pleno reconocimiento en Colombia.

### **Informe chileno a cargo de los Dres. Álvaro Pérez Ragone y Macarena Vargas Pavez (Anexo IV)**

La regla de la carga de la prueba en Chile reside en el artículo 1698 del Código Civil. Inicialmente, señalan, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la prohibición de autoinculpación (*nemo tenetur edere contra se*) no es aplicable en materia civil. Memorán los orígenes de la teoría normativa alemana de Rosenberg, de la carga de la prueba. Identifican el área de los derechos del consumidor como una de las primeras en las cuales Chile comenzó a aceptar la flexibilización probatoria.

Se preocupan por poner de resalto, acertadamente, que la flexibilización probatoria implica más que el caso del desplazamiento de las cargas probatorias. Es que también puede reconocerse flexibilización probatoria cuando concurre una alteración en la ponderación probatoria (se requiere más o menos esfuerzo demostrativo que los corrientes para acreditar determinado hecho), inversión total o parcial del onus probando, etc..

El Código de Procedimiento Civil vigente en Chile (que data de 1903) no contiene normas de flexibilización probatoria. Ello se corresponde con la ideología procesal liberal de la época. Sin embargo, anotan unos muy «tibios» supuestos que podrían calificarse como hipótesis de flexibilización probatoria.

Pareciera que la creación de tribunales especializados (de familia, de Defensa de la Libre Competencia y tribunales ambientales) con sus correspondientes nuevos regímenes de funcionamiento constituyen en Chile la puerta abierta al ac-

ceso del ideario de la flexibilización probatoria. También lo constituye la justicia laboral a partir de las modificaciones ocurridas en 2006 respecto del Código del Trabajo. En cuanto a la flexibilización probatoria en el proyecto de reforma del Código Procesal Civil de Chile de 2012, claro es que encierra propuestas superadoras en la materia, por lo menos respecto de lo que sigue decretando el artículo 1698 del Código Civil. Sin embargo, informan que esta propuesta normativa se encuentra paralizada en el seno del Congreso Nacional.

Entonces, la flexibilización probatoria (que posee varias vertientes), no parece contar con fuertes adhesiones en el área procesal civil chilena, sin perjuicio de lo existente en algunos terrenos particulares (consumo, laboral, etc.).

### **Informe español a cargo del Dr. Ramón Escaler Bascompte (Anexo V)**

Puntualiza que las reglas de flexibilización probatoria están ubicadas en el artículo 217 punto 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), reglas que mejoran grandemente lo que disponía el artículo 1214 del Código Civil. Esclarece acerca de que constituyen reglas de orientación para la actividad de las partes y no sólo reglas de juicio. Denuncia carencias en el régimen español diseñado sobre el particular. Considera bien ubicado el artículo 217 inciso 7 entre los requisitos de la sentencia. Informa que prevalece el criterio que deben aplicarse las cargas probatorias estáticas y sólo excepcional y restrictivamente las cargas probatorias flexibles. Señala que, a veces, la flexibilización de la prueba acarrea indefensión y que deberían crearse mecanismos correctores de dichas falencias. Entre ellos, destaca el representado por la viabilidad de que el juez ofrezca la posibilidad de solicitar nuevas pruebas a la parte «sorprendida». Se propone conservar las reglas estáticas de la carga de la prueba y desestimar, por ahora, la posibilidad de reducir todo a la entronización de una sola regla probatoria flexible que deposite el esfuerzo demostrativo en los hombros de quien goza de mayor posibilidad probatoria. Llama la atención acerca de que «abrir las puertas completamente a la discusión sobre la facilidad probatoria en cualquier tipo de juicio, sin límites, pudiera provocar un trabajo desmesurado a los tribunales. Para evitar que tengan que manifestarse en cualquier supuesto sobre la regla de carga adecuada al caso, se estima oportuno conservar las reglas de carga estáticas generales, prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 217 LEC».

Hace hincapié en un fallo de STS de 2016 acerca de la posible concurrencia de la aplicación de las reglas probatorias estáticas y flexibles en un mismo caso.

En algún caso extremo, considera inconstitucional la aplicación de reglas de cargas probatorias flexibles.

La jurisprudencia española, se mostraría algo contradictoria a la hora de aplicar reglas de cargas probatorias flexibles.

Según lo informado, la flexibilización probatoria es una realidad en España; impulsada principalmente por la sanción del artículo 217.7 de la LEC. La aplicación de dicha norma genera dudas, vacilaciones y opiniones contradictorias, tanto en el plano jurisprudencial como en el doctrinario; circunstancias que justificarían alguna modificación en la regulación normativa.

### **Informe paraguayo a cargo del Dr. Pablo Villalba Bernié (Anexo VI)**

Apunta, inicialmente, que el artículo 249 del CPC paraguayo incluye las reglas generales de reparto del esfuerzo probatorio, sin hacer concesión alguna a la flexibilización probatoria. Por el contrario, el proyecto de Código Procesal General de 2005 —que se encuentra en el Congreso de la República— incluye las reglas ortodoxas de distribución de la carga de la prueba conforme al enfoque de Rosenberg, pero en el artículo 116 punto 4 decreta que «la negativa de una parte a aportar una probanza que estuviera en su disponibilidad constituirá una presunción simple contra su posición en el litigio», norma ésta de neto corte flexibilizador.

De todos modos, el autor manifiesta que existe escasa jurisprudencia que se haya decidido a flexibilizar pretorianamente la carga de la prueba, concluyendo en que el actual ordenamiento legal positivo paraguayo adopta una regla rígida en materia de reparto del onus probandi, sin perjuicio de la existencia de alguna corriente flexibilizadora.

### **Informe peruano a cargo del Dr. Nelson Ramírez (Anexo VII)**

El art. 196 del Código Procesal Civil peruano pareciera cerrar toda puerta a la flexibilización probatoria en cuanto dispone que «Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos». Sin embargo, la praxis jurisprudencial peruana no ha sido fugitiva de la realidad y ha admitido casos de flexibilización probatoria. Igualmente, abundan en Perú normas legales que admiten alteraciones del onus probandi clásico, normas que se registran tanto en el Código Civil como en la Ley Nacional del Trabajo y en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Más aún: el propio Código Procesal Civil (arts. 501 y 510) también reconoce mecanismos probatorios heterodoxos. Así las cosas, es posible sospechar que prontamente la flexibilización probatoria tendrá más presencia en tierras peruanas.



### **Informe uruguayo a cargo de la Dra. Margarita de Hegedus (Anexo VIII)**

Se informa que existe una corriente de opinión no unánime que interpreta que pese a la inexistencia de una regla general, una interpretación armónica de varias disposiciones del Código General del Proceso (arts. 139.5 y 142) permitirían sostener que el ordenamiento procesal no penal uruguayo admite la flexibilización de las reglas ortodoxas de reparto de la carga de la prueba.

Especial interés suscita el art. 142.2 del Código General del Proceso que reza: «Las partes tienen el deber de prestar la colaboración del buen litigante para la efectiva y adecuada producción de la prueba. Cualquier incumplimiento injustificado de este deber generará una presunción simple en su contra, sin perjuicio de las disposiciones previstas para cada medio probatorio». Incorpora así un estándar al proceso no penal uruguayo que proporciona sustento a la tesis conforme a la cual el ordenamiento oriental se inclinaría por la flexibilización probatoria.

# La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario

---

*Jordi Ferrer Beltrán<sup>1</sup>*

## 1. Introducción

Pocas instituciones probatorias han dado lugar a una mayor profusión de análisis doctrinales que la carga de la prueba, en los que se han discutido tanto los criterios de atribución de la misma como aspectos formales tales como qué tipo de reglas son las que atribuyen cargas probatorias o si expresan deberes o facultades, etcétera. Una de las cuestiones que más ríos de tinta ha suscitado en las últimas décadas es la necesidad (o no) de flexibilizar las reglas de atribución de las cargas de la prueba a las partes, atendiendo a criterios de facilidad y disponibilidad probatoria. Se trata, como puede adivinarse, de la teoría de la carga dinámica de la prueba, que, siendo bautizada como tal en Argentina, ha tenido gran impacto teórico, recepción legislativa y repercusión jurisprudencial en toda Iberoamérica.

La idea fundamental parte de la incomodidad ante las consecuencias injustas que producirían en algunos casos las clásicas reglas jurídicas de atribución de la carga de la prueba, por cuanto puede suceder que la parte sobre la que recae la carga no disponga de los medios probatorios necesarios para probar las aserciones fácticas que darían fundamento a su pretensión y éstas estén, en cambio, a disposición o al alcance de la otra parte. Esta última, sin embargo,

---

1. Profesor titular de filosofía del derecho de la Universidad de Girona (España), director de la Cátedra de Cultura jurídica y del Máster en Razonamiento Probatorio de esa misma universidad. Para este trabajo he contado con el apoyo del proyecto de investigación «Seguridad jurídica y razonamiento judicial» (DER2017-82661-P), concedido por el Ministerio español de Economía y Competitividad. He contado también con una beca del Programa Salvador de Madariaga para una estancia de investigación en la University of Nottingham. Agradezco muchos la atenta lectura de un borrador previo de este trabajo y sus comentarios y aportaciones a Marcela Araya, Jorge Baquerizo, Jordi Nieva Fenoll, Vitor Lia de Paula Ramos y Carmen Vázquez.

no tendría incentivos para aportar las pruebas al proceso por cuanto la falta de las mismas le beneficiaría.

Ante este tipo de situaciones, se sostiene, la ambición por la búsqueda de la verdad en el proceso como condición de una decisión justa para el caso, aconsejaría reubicar la carga de la prueba, de forma que se generen los incentivos para que quien disponga de los elementos de juicio relevantes los aporte al proceso. Dado que no hay forma de capturar en reglas fijas la diversidad infinita de situaciones que se pueden presentar en los casos individuales, la referida propuesta teórica es dejar en manos de los jueces la determinación de las cargas probatorias, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso.

Si aceptamos que cuanto más rico sea el conjunto de elementos de juicio relevantes de que dispongamos para adoptar una decisión sobre los hechos, mayor será también la probabilidad de acierto, resulta oportuno que nuestros diseños institucionales del proceso introduzcan incentivos para maximizar la aportación de las pruebas relevantes al mismo. A ello apunta la teoría de las cargas dinámicas, que, en ese sentido, parecería adecuada para una concepción racionalista de la prueba. Sin embargo, en mi opinión, la mencionada teoría se inscribe, más que en esa concepción, en la órbita más general del particularismo (como teoría de la justificación de las decisiones), del neoconstitucionalismo y, por ello, del decisionismo judicial<sup>2</sup>. Así, se parte de grandes principios (que hunden sus raíces en constituciones y tratados internacionales de derechos humanos), destilados a través de análisis teóricos y decantados por los jueces como única forma de adaptarlos a la justicia del caso. Comparten todas estas concepciones, hoy muy de moda en Iberoamérica, una gran desconfianza hacia la labor del legislador y hacia las reglas generales y abstractas<sup>3</sup>, inevitablemente supra e infraincluyentes.

---

2. No afirmo aquí que haya una conexión conceptual entre esas distintas teorías, sino más bien que conforman un contexto cultural que explica en parte la acogida y expansión de la doctrina de la carga dinámica de la prueba. Puede verse una defensa de la vinculación entre la doctrina de la carga dinámica de la prueba y el neoconstitucionalismo en CARPES, A.: *Ónus dinâmico da prova*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 108 ss.

3. Puede verse claramente reflejada esta desconfianza hacia las reglas generales en la justificación de la doctrina de la carga dinámica de la prueba, que, en palabras de Peyrano, responde al «esquema del proceso moderno [, que] debe necesariamente estar impregnado por el propósito de ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad (...)» (Vid. Peyrano, J.: *Derecho procesal civil*, Ediciones jurídicas, Lima, 1995, pp. 331-2.). Evidentemente, habrá que atender aquí a los consiguientes problemas de falta de seguridad jurídica, que como veremos se han señalado también críticamente frente a la teoría de la carga dinámica de la prueba, pero sobretudo, de limitación del espacio de la política y de la democracia. No abordaré, sin embargo, estos últimos problemas en este trabajo. Es interesante observar, desde la óptica de la teoría del derecho, que esto supone tratar las reglas clásicas de atribución estática de la carga de la prueba como normas derrotables. Sobre la noción de derrotabilidad puede verse FERRER BELTRÁN, J. y RATTI, G.B.: *The Logic of Legal Requirements: Essays on Legal Defeasibility*, Oxford University Press, Oxford, 2012; y sobre su aplicación al debate sobre la carga de la prueba, vid. BRAVO-HURTADO, P.: «Derrotabilidad de las normas sobre la carga de la prueba en la responsabilidad extracontractual: hacia la facilidad probatoria en Chile», en *Revista chilena de derecho privado*, n° 21, 2013.

El camino que propongo recorrer en lo que sigue no llegará tan lejos. Partiré de la distinción clásica entre dos dimensiones de la carga de la prueba, objetiva y subjetiva, que opera como fundamento sobre el que descansa la doctrina de la carga dinámica de la prueba. Posteriormente, mostraré la conveniencia de prescindir de la dimensión subjetiva de la carga de la prueba y, con ello, también de su atribución dinámica y analizaré algunas de las confusiones en que incurre esa teoría. Finalmente, señalaré la existencia de otros mecanismos y diseños procesales que pueden resultar mucho más efectivos para garantizar la aportación de las pruebas relevantes al proceso, con independencia de quien disponga de ellas y sin los costes para la seguridad jurídica que conlleva la carga dinámica de la prueba.

## 2. La concepción clásica: dos facetas conceptualmente vinculadas de la carga de la prueba

Por encima de los intensos debates acerca de la mejor manera de conceptualizar la carga de la prueba, es bastante pacífico en la doctrina de los países de nuestro ámbito cultural considerar que la carga de la prueba, o las reglas que la regulan, tienen dos dimensiones: una objetiva (también llamada material o directa) y una subjetiva (también llamada formal o indirecta)<sup>4</sup>. En ocasiones, las reglas jurídicas que regulan la carga de la prueba lo hacen apuntando explícitamente a una u otra de esas dimensiones, pero ello no impide que a nivel interpretativo se sigan obteniendo ambas por la doctrina.

La carga de la prueba en sentido objetivo responde a la pregunta ¿quién pierde si no hay prueba suficiente? En este sentido, opera como regla de juicio final, aplicable únicamente si los elementos de juicio aportados al proceso no permiten superar el estándar de prueba previsto para ese tipo de casos<sup>5</sup>. Se trata de una regla de distribución del riesgo probatorio entre las partes que, al decir de Rosenberg, «determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho»<sup>6</sup>.

---

4. Vid., al respecto, entre otros muchos, DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, VÍCTOR P. DE ZAVALLA, Buenos Aires, 1981, p. 424; DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M.A.: *Lecciones de derecho procesal*, vol. II, PPU, Barcelona, 1984, p. 236; TARUFFO, M.: «Onere della prova», en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Vol. XIII, UTET, Torino, 1995, p. 72 ss.; SEOANE SPIEGELBERG, J.L.: *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y Presunciones*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 257; FERNÁNDEZ, M.: *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006, p. 25 ss.; OTEIZA, E.: «La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar», en OTEIZA, E. (ed.): *La prueba en el proceso judicial*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2009, p. 197; y entre los clásicos a los que la doctrina se remonta cabe citar a ROSENBERG, L.: *La carga de la prueba* (1956), Olejnik, Lima, 2017, 26 ss.

5. Vid. MICHELI, G.A.: *La carga de la prueba* (1942), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 104 ss.; Id.: *Curso de derecho procesal civil*, vol. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, p. 200.

6. Vid. ROSENBERG, L.: *op. cit.*, p. 39.

Por ello, se ha considerado también que, en este sentido, «la teoría de la carga de la prueba es (...) la teoría de las consecuencias de la falta de prueba»<sup>7</sup>. Finalmente, también por ello se considera la carga de la prueba como una institución probatoria residual o subsidiaria, que operaría sólo ante el fracaso de la actividad probatoria de las partes conducente a acreditar los hechos del caso<sup>8</sup>, y con la finalidad de ofrecer un criterio al juzgador para poder dar cumplimiento a su obligación de resolver todos los casos (evitando así el *non liquet*)<sup>9</sup>.

Por lo que hace a la determinación de los criterios para atribuir la carga de la prueba objetiva a una u otra parte, es decir, para definir quién pierde en ausencia de prueba suficiente, también pueden encontrarse debates que son muy interesantes tanto en relación con la concreción de las reglas generales como con el establecimiento de supuestos de inversión de la carga probatoria. En el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, por ejemplo, se ha optado por seguir la propuesta de Micheli de atender al efecto jurídico pretendido por las partes con la acción ejercitada<sup>10</sup>, de modo que pierde el actor (o el demandado reconviniente) si no hay prueba suficiente de los hechos constitutivos de la demanda (o de la reconvenición), mientras que pierde el demandado o el actor reconvenido si no hay prueba suficiente de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes<sup>11</sup>. Queda así establecida la regla general de distribución del riesgo de perder el proceso por falta de prueba, para la que la propia ley prevé algunas excepciones y deja abierta la puerta a otras.

La carga de la prueba en su dimensión subjetiva, en cambio, responde a la pregunta sobre qué parte *debe*<sup>12</sup> aportar prueba al procedimiento. Aunque su origen histórico es muy anterior a la difusión de la noción de la carga de la

7. Vid. PRIETO CASTRO, L.: *Derecho procesal civil*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1978, p. 138; y también la misma idea en Montero Aroca, J.: *Derecho jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 217; y reiteradamente en la jurisprudencia (vid., por todas, la STS de 17 de febrero de 2002, FJ. 4).

8. Vid., entre otras muchas, la STS 46/2018, de 17 de enero (FJ 2º).

9. Prevista en el derecho español por los artículos 1.7 del Código Civil, 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vid., al respecto, entre otros, FERNÁNDEZ, M.: *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op.cit., pp. 30-1.

10. Cfr. MICHELI, G.A.: *La carga de la prueba*, op. cit., p. 318. En realidad, puede decirse que no es esta otra cosa que una versión de la idea general de que quien afirma algo debe probarlo que, con distintas formulaciones escolásticas de detalle, proviene del derecho romano. Vid., al respecto, Nieva Fenoll, J.: «La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida», en *Revista Italoespañola de Derecho Procesal*, nº 0, 2018, p. 3 ss.

11. Artículo 217.2 y 217.3 de la LEC. Obsérvese que la redacción de esos párrafos, a diferencia del párrafo primero, está dirigida de modo directo a las partes: «Corresponde al actor (...) la carga de probar (...)». Ello puede hacer pensar que se regula allí la carga subjetiva de la prueba, pero como veremos a continuación una y otra, objetiva y subjetiva, no parecen más que dos caras de una misma moneda.

12. Dejo desde ahora señalado ese elemento del «deber», porque de su correcta comprensión dependerá la resolución de algunas de las confusiones conceptuales que en mi opinión han dado lugar a la teoría de la carga dinámica de la prueba. Volveré sobre este punto en el epígrafe 4.

prueba objetiva<sup>13</sup>, hoy es común considerar la dimensión subjetiva como derivada (de algún modo no muy claro) de la objetiva. La idea puede expresarse en los términos que planteó Rosenberg: «(...) la circunstancia de que la incertidumbre acerca de un hecho pueda significar la pérdida del proceso para una parte (...) tiene como consecuencia evidente, que esta parte se esfuer[ce] y deba esforzarse por aclarar la situación de hecho discutida para evitar el resultado desfavorable del pleito»<sup>14</sup>. Así, la carga subjetiva de la prueba resultaría ser una consecuencia de la carga objetiva de la prueba<sup>15</sup>. Es claro que no se trata de una consecuencia lógica, puesto que del deber del juez de resolver en un cierto sentido en caso de falta de prueba suficiente no se infiere nada respecto de «deber» alguno de las partes. Lo que se afirma es más bien que la carga de la prueba objetiva incentiva de algún modo a la parte cuyas pretensiones serán rechazadas en caso de ausencia de prueba suficiente a aportar las pruebas necesarias para evitar esa consecuencia.

La vinculación entre la carga de la prueba y los mecanismos para incentivar a las partes para que presenten las pruebas que tienen a su alcance resultará central, como se verá en el siguiente epígrafe, para la teoría de la carga dinámica de la prueba. Ahora bien, decir que una parte tiene un incentivo para producir prueba es algo muy distinto a decir que tiene un deber en sentido estricto. Por eso, la doctrina procesal se ha esforzado en discernir en qué tipo de situación jurídica se encuentra la parte a la que se atribuye la carga de probar o, en otros términos, de qué tipo de «deber» hablamos cuando nos preguntamos qué parte «debe» aportar prueba al procedimiento. El hecho de que, al menos en el proceso civil, el «deber» de aportar la prueba dependa de la libre voluntad de la parte afectada de evitar las consecuencias desfavorables (la pérdida del procedimiento), ha llevado a algunos autores a conceptualizar la situación jurídica de la parte como una facultad (más que un deber)<sup>16</sup> y hasta a concebir las normas que atribuyen las cargas de la prueba como normas que atribuyen a la parte el poder o la competencia para solicitar la incorporación de la prueba al procedimiento<sup>17</sup>. Por razones de espacio no puedo analizar

---

13. Vid. ROSENBERG, L.: *La carga de la prueba*, op. cit., p. 33 ss.; y NIEVA Fenoll, J.: «La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida», op. cit., p. 3 ss.

14. ROSENBERG, L.: *La carga de la prueba*, op. cit., p. 31.

15. Lo que explica la prioridad que la doctrina ha dado a la última sobre la primera. Vid., al respecto, MICHELI, G.A.: *Curso de derecho procesal civil*, op. cit., p. 200; DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría general de la prueba judicial*, op. cit., p. 425; RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho procesal civil*, 5ª ed., J.M. BOSCH, 1992, pp. 546-7; MONTERO AROCA, J.: *La carga de la prueba en el proceso civil*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 87; y, a nivel de ejemplo de las muchas decisiones jurisprudenciales en ese sentido, las sentencias del Tribunal Supremo español 995/2004, de 27 de octubre (F.J. 6º) y 110/2006, de 6 de febrero (F.J. 4º).

16. Así, por ejemplo, MICHELI, G.A.: *La carga de la prueba*, op. cit., p. 91 ss.;

17. Cfr., por ejemplo, DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría general de la prueba judicial*, op.cit., p. 420-1; y Fernández, M.: *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., p. 47 ss.

con cuidado aquí esta propuesta, que, ya sea en su tratamiento como facultad como poder o competencia, me parece desacertada<sup>18</sup>.

La mejor forma de dar cuenta de los elementos característicos de la carga subjetiva de la prueba<sup>19</sup>, partiendo de la propia noción de carga tal como fuera delineada por Goldschmidt<sup>20</sup>, es la de concebir las normas que la atribuyen como reglas técnicas<sup>21</sup>. Así, se capturarían dos aspectos principales del «deber» al que se hace referencia cuando se pregunta por quién debe aportar prueba al procedimiento: 1) que ese «deber» no es una genuina prescripción, sino que depende de la voluntad de la parte de conseguir un resultado ventajoso, i.e., la prueba de sus pretensiones; y 2) que para conseguir ese resultado es necesario realizar una actividad, i.e., aportar prueba suficiente sobre los hechos que se alegan<sup>22</sup>. Así, el legislador establecería incentivos para producir prueba dirigidos a las partes disponiendo las condiciones necesarias para que un hecho pueda ser considerado como probado<sup>23</sup>.

Es interesante observar, por último, que la carga de la prueba en sentido objetivo o directo no se dirige a las partes, sino al juez, imponiéndole la obligación de resolver en un determinado sentido en caso de que no haya prueba suficiente de los hechos alegados por las partes. Las dos dimensiones de la carga de la prueba,

---

18. Basta observar que tanto la facultad como la capacidad o competencia para solicitar la admisión de pruebas al proceso la tienen las dos partes de forma general y no limitada a los hechos sobre cuya ocurrencia recaiga en cada una la carga de la prueba. Si esto es así, no debe buscarse en las normas que atribuyen la carga de la prueba el fundamento de esa capacidad o facultad. En mi opinión, con independencia de que esa facultad esté reiterada en los códigos procesales de cada jurisdicción, el mencionado fundamento se encuentra en el derecho a la prueba que, como elemento integrante del derecho a la defensa y al debido proceso, asiste a todas las partes en el proceso. Esa vinculación con el derecho a la prueba ha sido advertida por Taruffo, M. («Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», en *Jueces para la Democracia*, 52, 2005, p. 70), aunque sin extraer las debidas consecuencias respecto del rechazo de la concepción aquí criticada de la carga de la prueba.

19. Aunque, como se verá más adelante en el epígrafe 4, también resultará una concepción inadecuada.

20. Vid. GOLDSCHMIDT, J.: *Derecho procesal civil*, Labor, Barcelona, 1936, p. 203.

21. Una regla técnica, en los términos planteados por Von Wright, establece que debe hacerse A si se quiere obtener el resultado B. Así, por ejemplo, «debe presionar el botón rojo si quiere encender el televisor». Las reglas técnicas no establecen deberes en sentido estricto, no son prescripciones, puesto que la realización de la acción A depende de la voluntad del sujeto de obtener el resultado B. Por eso, toda regla técnica presupone la verdad de una proposición anankástica, que afirma que la realización de A es condición necesaria para que se produzca B o, en términos del ejemplo anterior, que presionar el botón rojo es condición necesaria para que se encienda el televisor. Esto es muy importante, porque si A no fuera necesario para obtener B, no podría ya decirse que debe hacerse A para que se produzca B. Vid. VON WRIGHT, G.H.: *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 29-30. Para el tema que nos ocupa, Gavazzi adoptó, por su parte, la noción de regla técnica para dar cuenta de las normas que establecen cargas procesales, en lo que es, en mi opinión, el mejor tratamiento teórico de la noción (vid. GAVAZZI, G.: *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Giappichelli, Torino, 1970, p. 85.).

22. Convendrá recordar estos dos elementos, de voluntariedad y necesidad, que serán importantes para repensar la utilidad de la propia noción de carga subjetiva de la prueba en el epígrafe 4 de este trabajo.

23. Cfr. un análisis de estos incentivos, a los que se atribuye un papel central desde el punto de vista del análisis económico del derecho, en GÓMEZ POMAR, F.: «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva», en *Indret*, nº 1, 2001, pp. 6 y 9 ss.; también en LUNA YERGA, A.: «Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria», en *Indret*, nº4, 2003, p. 6.

pues, expresarían tipos de reglas distintas (prescripciones y reglas técnicas), dirigidas a sujetos distintos (el juez y las partes) y aplicables a momentos distintos del procedimiento (la fase de decisión y la de aportación de pruebas)<sup>24</sup>.

Llegados a este punto estamos ya en condiciones de presentar las razones de ser de la doctrina de la carga dinámica de la prueba y sus características principales.

### 3. La doctrina de la carga dinámica de la prueba

La concepción dinámica de la carga de la prueba, como ya he mencionado anteriormente, tiene muchos antecedentes doctrinales y jurisprudenciales en diversos países de nuestro entorno cultural<sup>25</sup>. Sin embargo, ha sido en Argentina, de la mano de Peyrano y sus seguidores, donde ha adquirido *nomen juris* y la categoría de doctrina<sup>26</sup>.

El objetivo central que se declara es el de maximizar la información relevante que las partes aportan al proceso, como una forma de facilitar la búsqueda de la verdad<sup>27</sup> y, con ello, la atribución de una decisión justa al procedimiento<sup>28</sup>. A partir de esa premisa básica, la doctrina pretende determinar cuál es la asignación de la carga de la prueba más eficiente para conseguir ese objetivo. Y aquí se observan algunas consecuencias inapropiadas de la concepción clásica, estática o fija, de la carga de la prueba:

24. Vid., en este sentido, MONTERO AROCA, J.: *La prueba*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 37.

25. Para el caso español, por ejemplo, puede verse la utilización de los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria por parte de la jurisprudencia de forma previa a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil en Pazos Méndez, S.: «Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil», en Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (eds.): *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 79. En el caso italiano el concepto central es el de *vicinanza della prova*, que ha adquirido importancia a partir de la sentencia nº 13533/2001 de las *Sezioni Unite* de la Corte di Cassazione. Al respecto, vid. Besso Marcheis, Ch.: «La vicinanza della prova», en *Revista Elettrónica de Diritto Processual*, vol. 16, 2015.

26. El primer trabajo en el que se atribuye el *nomen juris* es el de PEYRANO, J.W. y CHIAPPINI, J.O.: «Lineamientos de las cargas probatorias «dinámicas»», en *E.D.* 107, 1984, p. 1005 ss.

27. Cfr. PEYRANO, J.W.: «Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo», en J.A. 1993-III, p. 738 y ss. Se asume aquí, muchas veces de forma implícita, el principio de que cuánta mayor es la información relevante disponible sobre un hecho, mayor es la probabilidad de acierto en la decisión.

28. Vid. LÉPORI WHITE, I.: «Cargas probatorias dinámicas», en PEYRANO, J.W. (dir.) y LÉPORI WHITE, I. (coord.): *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 65-6; y BARACAT, E. J.: «Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada», en PEYRANO, J.W. (dir.) y Lépori White, I. (coord.): *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 282-5. Aunque no quiero abundar aquí en ello, no puedo dejar de señalar que, en mi opinión, la verdad no es condición necesaria ni suficiente de la justicia (sea lo que sea lo que esta palabra signifique). Podemos imaginar fácilmente decisiones judiciales que, aún siendo correctas desde el punto de vista de la determinación de la verdad sobre los hechos, nos resulten injustas (porque nos lo parezca la norma sustantiva aplicada) y a la inversa. Otra cosa es decir, que la verdad sobre los hechos es condición necesaria de una correcta aplicación del derecho, cosa menos grandilocuente pero en la que sin duda estaría de acuerdo.



- 1) Hay casos en los que la parte a quien se atribuye la carga de la prueba tiene muchas más dificultades para producirla y aportarla que la parte contraria o, incluso, le resulta imposible, puesto que es esta última quien dispone de ella. En esos casos, sin embargo, la parte que dispone de la prueba o la tiene más accesible no tiene incentivo alguno para aportarla al proceso puesto que la ausencia de prueba suficiente le beneficiará (por efecto de la carga de la prueba como regla de juicio)<sup>29</sup>.
- 2) Cualquier regla general de atribución de la carga de la prueba se enfrentará a casos como los mencionados, en los que la regla general no resulta ser la forma más eficiente de asignar la carga de la prueba para maximizar las pruebas relevantes que se aportan al procedimiento<sup>30</sup>.

Si esto es así, los mismos criterios de facilidad y disponibilidad probatoria que fundan la regla general de atribución de la carga de la prueba deben servir para excepcionar la regla cuando las circunstancias concretas del caso muestren que invertir la carga de la prueba es más eficiente para conseguir la formación de un conjunto de pruebas relevantes más rico<sup>31</sup>. Y esa inversión, siendo dependiente de las circunstancias del caso, no puede atribuirse a otro que al juez<sup>32</sup>.

Dado que, como hemos visto, la carga subjetiva de la prueba se concibe como un derivado de la carga objetiva, la única forma de invertir la carga de la prueba consistiría en alterar la respuesta a la pregunta sobre quién pierde el procedimiento si no hay prueba suficiente sobre el hecho de que se trate. Así, invirtiendo la regla de juicio, que opera de forma directa en el momento de la toma de decisión en ausencia de prueba, se introducirían indirectamente los incentivos adecuados para que la parte que dispone de la prueba (o le es más accesible) la produzca y/o la aporte al proceso<sup>33</sup>.

Como he señalado anteriormente, uno de los fundamentos axiológicos de la doctrina *in comento* es la búsqueda de la justicia del caso concreto y, para ello, de la verdad sobre los hechos. Ahora conviene señalar también que un segun-

29. Vid. PEYRANO, J.W. y CHIAPPINI, J.O.: «Lineamientos de las cargas probatorias «dinámicas»», *op. cit.*, p. 1007.

30. Vid. PEYRANO, J.W.: «Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas», en PEYRANO, J.W. (dir.) y LÉPORI WHITE, I. (coord.): *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 22.

31. Vid. ACCIARRI, H.: «Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales», en *La ley*, 2001-B, 663, p. 4.

32. Vid. CABAÑAS GARCÍA, J.C.: La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial, Trivium, Madrid, 1992, p. 168 ss.

33. Es interesante observar que con ello se adjudica la prioridad a la carga de la prueba subjetiva por sobre de la objetiva, al ser aquella la que, en definitiva, sirve para determinar a esta última. En defensa de esta inversión de prioridades puede verse GÓMEZ POMAR, F.: «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva», *op. cit.*, p. 6; y CARPES, A.: Ónus dinâmico da prova, *op. cit.*, p. 52 ss.

do asidero de gran importancia se encuentra en el deber de colaboración procesal<sup>34</sup>, que buena parte de nuestros ordenamientos imponen a las partes (en algunos casos incluso constitucionalmente<sup>35</sup>). Así, tal como afirma Oteiza:

«Frente a la situación de desventaja de una de las partes con respecto a la capacidad de probar la ocurrencia de una determinada hipótesis sobre los hechos y la reticencia de la parte contraria a acreditar aquello que está en su dominio llevar al convencimiento del órgano jurisdiccional, quebrantando el principio de colaboración, es posible atribuirle a esta última las consecuencias negativas del estado de incertidumbre. El principio al que aquí me refiero impide a una de las partes obtener beneficios producto de la dificultad probatoria de la contraria»<sup>36</sup>.

En definitiva, el deber de colaboración procesal de las partes en el proceso les vedaría la posibilidad de obtener ventaja (por efecto de la carga de la prueba) de su deslealtad probatoria, al no aportar pruebas que tienen disponibles o accesibles. Para evitarlo, el juez podrá invertir la carga de la prueba, estableciendo incentivos para que la parte que dispone de los elementos de juicio relevantes los aporte al proceso.

Esta posibilidad en manos del juez, en ocasiones utilizada en el momento de la sentencia (cuando la parte perjudicada no tiene ya posibilidad de reaccionar aportando pruebas que le permitan satisfacer la carga) ha dado lugar a fuertes y consistentes críticas por su afectación a la seguridad jurídica<sup>37</sup>. El problema, no menor, es que la parte perjudicada por la inversión de la carga de la prueba desconocería esa inversión al momento de la ocurrencia de los hechos (no pudiendo tomar medidas precautorias sobre los hechos mismos y sobre la prueba) y también en ocasiones durante el proceso (no pudiendo adaptar su estra-

34. VID. PEYRANO, J.W.: «Lineamientos de las cargas probatorias «dinámicas»», *op. cit.*, p. 1005.

35. Es el caso de la Constitución española, cuyo artículo 118 establece que «Es obligatorio cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

36. OTEIZA, E.: «La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar», *op. cit.*, p. 204; también Oteiza, E.: «El principio de colaboración y los hechos como objeto de prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?», en Morello, A.M.: *Los hechos en el proceso civil*, La Ley. Buenos Aires, 2003, p. 87.

37. Vid., entre otros, desde distintas concepciones generales del proceso, SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Comentario al art. 1252 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (dirigidos por Albadalejo, M.)*, t. XIV, vol. 2, Madrid, 1991, 66-68, criticando el entonces criterio jurisprudencial español de la facilidad probatoria; Valentín, G.: «Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nº 3-4, 2008, p. 356 y ss.; ALVARADO VELLOSO, A.: *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2009, p. 69; TARUFFO, M.: *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 263 y ss.; CORRAL TALCIANI, H.: «Sobre la carga de la prueba», en Aguirrezabal, M. (coord.): *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión Jurídica 23, Santiago de Chile, 2012, p. 112 y ss. y DE PAULA RAMOS, V.: *Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao deber de probar*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 51. Finalmente, es importante también en este mismo sentido la «Declaración del Instituto Panamericano de Derecho Procesal sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas», en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, nº 9, mayo de 2017.

tegia procesal a esa circunstancia). Siendo, en mi opinión, correctas esas críticas no puedo aquí abundar en ellas por falta de espacio<sup>38</sup>.

#### **4. Algunas confusiones sobre la carga de la prueba y, en especial, sobre la carga dinámica**

Me propongo en este apartado, en primer lugar, mostrar algunos problemas conceptuales de la doctrina clásica o dominante de la carga de la prueba, heredados por la doctrina de la carga dinámica. Posteriormente, señalaré algunas confusiones propias de esta última teoría.

##### **4.1. La necesidad de revisar la doctrina clásica de la carga de la prueba**

En el apartado 2 de este trabajo he presentado los elementos fundamentales de lo que hoy es, sin lugar a dudas, la teoría dominante acerca de la carga de la prueba. Hemos visto que se atribuye a ésta dos dimensiones, objetiva y subjetiva, de las que la primera sería prioritaria y la segunda una consecuencia derivada. La carga de la prueba en su dimensión objetiva es una prescripción dirigida al juez, indicándole el sentido que debe dar a la resolución judicial en caso de ausencia de prueba suficiente sobre los hechos. Se trata, pues de una regla de aplicación subsidiaria en el momento de la toma de decisión. La carga de la prueba en su dimensión subjetiva, en cambio, se dirige a las partes, indicando qué hechos deben probar si quieren obtener un resultado favorable en el proceso. Hemos visto también que la mejor reconstrucción de ese «deber» es en tanto que regla técnica, en la reconstrucción realizada por Gavazzi, fundada en una proposición anankástica que afirma que determinada actividad proce-

---

38. Por parte de los defensores de la doctrina de la carga dinámica de la prueba se han ensayado dos respuestas principales a esta objeción: 1) que se trata de una doctrina recibida, ya incorporada en nuestros sistemas y jurisprudencia, de modo que no puede conllevar consecuencias no previstas para las partes en el procedimiento; y 2) que la inversión de la carga de la prueba no es más que una conclusión probatoria que el juez puede alcanzar en la valoración de la prueba realizando inferencias a partir del comportamiento procesal de las partes (vid. Peyrano, J.W.: «Nuevos lineamientos sobre las cargas probatorias dinámicas, *op. cit.*, pp. 22-3). Creo que las dos respuestas son muy débiles. Por lo que hace a la primera, llevado al extremo puede decirse que el hecho de que sea conocido que un juez puede adoptar medidas arbitrarias o, incluso, que una norma vigente le permitiera tomar las decisiones sobre los hechos lanzando una moneda al aire, no implica que esas medidas dejen de ser arbitrarias y no afecten a la seguridad jurídica. En cuanto a la segunda, no este el lugar para poder afrontar el espinoso tema de las inferencias sobre los hechos a partir del comportamiento procesal de las partes; sin embargo, es claro, en mi opinión, que la inferencia de que los hechos ocurrieron de un determinado modo no se puede fundar únicamente en la circunstancia de que la parte no aportó prueba que lo descartara, máxime si desconocía que su falta de aportación llevaría al juez a esa conclusión. Las razones para no aportar, por ejemplo, un estado contable que pudiera ser relevante en un proceso pueden no tener que ver en absoluto con los hechos del caso, sino, por ejemplo, con el interés de no desvelar otras irregularidades que no son objeto de ese proceso. Así, se puede tratar en muchos casos de inferencias mal fundadas, que esconden, en realidad, la confusión entre la valoración de la prueba y la carga de la prueba (aplicable sólo, precisamente, cuando el resultado de la valoración es que no hay prueba suficiente acerca de todos o alguno de los hechos del caso).

sal de la parte (la aportación de pruebas suficientes) es necesaria para la obtención de una resolución favorable. Pues bien, en mi opinión, nada de esta reconstrucción se sostiene en la actualidad. Vayamos por partes.

En primer lugar, las dos supuestas dimensiones o facetas de la carga de la prueba son, en realidad, reglas totalmente distintas, que se dirigen a sujetos diversos, tienen una fuerza normativa distinta y regulan actividades probatorias diferentes. Siendo así, ¿cómo se puede sostener que una de ellas, la subjetiva, es consecuencia de la otra, la objetiva? No hay ninguna razón que lo justifique<sup>39</sup>. Por supuesto, puede sostenerse muy razonablemente que la regla dirigida al juez produce indirectamente ciertos incentivos en las partes, del mismo modo que sucede con otras muchas normas procesales y sustantivas, pero ello no justifica duplicar el concepto de carga de la prueba. Cabe defender también, sin lugar a dudas, que a partir de una regla (prescriptiva o conceptual) pueden formularse reglas técnicas dirigidas a los mismos u otros sujetos. Así, por ejemplo, a partir de la disposición que establece que para la emisión válida de un testamento hológrafo se requieren dos testigos, puede formularse la regla técnica que dice que «si quieres hacer un testamento hológrafo debes tener dos testigos» y la proposición anankástica de que «son necesarios dos testigos para la emisión válida de un testamento hológrafo». Lo mismo puede hacerse respecto de las normas que requieren el cumplimiento de un determinado procedimiento para emitir otras normas válidas del sistema. Pero no tiene ningún sentido en todos esos casos duplicar el universo normativo, sosteniendo la pertenencia al derecho de dos reglas, una conceptual o prescriptiva (según los casos) y una regla técnica o carga. No diríamos, por ejemplo, que el legislador tiene la carga de seguir el procedimiento legislativo en la emisión de leyes. Los abogados, por su parte, formulan continuamente reglas técnicas dirigidas a sus clientes a partir de las normas jurídicas vigentes, pero esas reglas técnicas no son, ellas mismas, pertenecientes al derecho ni una segunda dimensión de las normas jurídicas a partir de las que se formulan.

En segundo lugar, la idea de dar cuenta del tipo de «deber» implicado en la pregunta sobre quién «debe» aportar prueba al procedimiento a partir de la noción de necesidad y de regla técnica, es hoy un resabio histórico sin fundamento. Si hubo un momento en nuestros procesos en que la continuación del procedimiento exigía la aportación tasada de determinadas pruebas, de modo individualizado para cada una de las partes, hoy ya no es así de forma general. La vigencia del principio de adquisición procesal ha acabado con esa situa-

---

39. Más bien podría decirse que estamos ante dos reglas distintas que la doctrina extrae interpretativamente a partir de las mismas disposiciones. Estas, pues, expresarían dos reglas diversas simultáneamente. No hay nada de extraño en ello, pero es necesaria otra justificación interpretativa que no sea la derivación de una a partir de la otra.

ción<sup>40</sup>. Así, en virtud de este principio, una vez que las pruebas se aportan al procedimiento importa únicamente lo que de ellas se infiera sobre los hechos a probar, con independencia de quién las haya aportado. De este modo, el grado de exigencia probatoria previsto para considerar como probado un hecho se satisface, o no, en función de lo que se infiere del conjunto de las pruebas aportadas al procedimiento (por todas las partes y por el juez, si tiene poderes para allegar pruebas no solicitadas por las partes). Un hecho extintivo, por ejemplo, cuya carga de la prueba subjetiva recaería en el demandado puede resultar probado por efecto de pruebas presentadas por el actor (de hecho, no son infrecuentes los testigos que no declaran lo que la parte que los ha propuesto espera de ellos, ni los peritos que formulan conclusiones distintas de las esperadas o que realizan manifestaciones perjudiciales para la parte que los propuso en el examen oral del peritaje, etc.), por efecto de pruebas ordenadas de oficio por el juez (si tiene poder para ello) o aportadas por un codemandado que actúa con su propia representación procesal. Ahora bien, si esto es así, no puede ya sostenerse que, para la parte en quien se hace recaer la carga subjetiva de la prueba, aportar prueba suficiente sobre la ocurrencia del hecho sea condición necesaria para poder obtener un resultado probatorio favorable. Ese resultado puede obtenerse perfectamente de la actividad de otros agentes en el proceso. Con ello, la noción de carga de la prueba, construida como pudimos ver más arriba, sobre la base de la noción de necesidad para obtener un fin, y de las reglas que atribuirían las cargas probatorias subjetivas como reglas técnicas se derrumban como un castillo de naipes.

No es extraño, en este contexto, que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo español tenga establecido que las normas sobre la carga de la prueba sólo se infringen cuando en caso de incertidumbre probatoria el juez resuelve de modo distinto a lo previsto por la regla de juicio, siendo que sólo la violación de las reglas de la carga de la prueba objetiva puede dar lugar a impugnaciones<sup>41</sup>.

Lo que esta jurisprudencia acredita, finalmente, es la irrelevancia jurídica de la carga de la prueba en su dimensión subjetiva<sup>42</sup>; una noción que no se infiere, como se pretende, de la carga de la prueba objetiva y que en su mejor versión teórica, reconstruida como necesidad de aportación de prueba para la parte a

---

40. Respecto del principio de adquisición procesal en relación con la carga de la prueba, véase Fernández, M.: *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, op. cit., pp. 31-2, así como las bibliografía y jurisprudencias allí citadas.

41. Vid., entre muchas otras, las SSTs 719/1999, de 6 de febrero (F.J. 2º), 2208/2001, de 20 de marzo (F.J. 2º), 544/2005, de 27 de junio (F.J. 1º) y 256/2005, de 15 de abril (F.J. 5º).

42. En la misma línea, Barbosa Moreira concluye que el aspecto subjetivo de la carga de la prueba «tiene una relevancia más psicológica que jurídica». Vid. Barbosa Moreira, J.C.: *Julgamento e ônus da prova*, Saraiva, São Paulo, 1980, p. 75.

la que se atribuye la carga, tampoco es hoy sostenible. Por todo ello, creo que una adecuada depuración conceptual aconseja, sin duda, prescindir de la propia noción de carga de la prueba subjetiva<sup>43</sup>.

El problema es que, como hemos visto, la teoría de la carga dinámica de la prueba sienta sus bases precisamente en la dimensión subjetiva de la carga de la prueba, lo que constituye una de sus claras debilidades.

#### 4.2. Algunas confusiones específicas de la doctrina de la carga dinámica de la prueba

Dos son, en mi opinión, la confusiones conceptuales que están en la base de la doctrina de la carga dinámica de la prueba. Y ambas son de gran impacto para la aceptabilidad de la teoría.

La primera de las confusiones tiene que ver con la relación entre la determinación de la carga de la prueba objetiva, es decir, quién pierde si no hay prueba suficiente, y los incentivos que el derecho puede generar para que las partes aporten al proceso las pruebas relevantes de que dispongan o estén a su alcance. Resulta innegable que al determinar quién pierde un procedimiento si no hay prueba suficiente se generan incentivos diversos para las partes (que podrán variar en función de las estrategias procesales de estas, de las circunstancias concretas del caso y de la evolución del propio procedimiento). Pero también es claro que hay otras reglas (que nada tienen que ver con la carga de la prueba) capaces de generar o de intervenir en esos mismos incentivos. Así, por ejemplo, la permisión o no de que el juzgador funde inferencias probatorias a partir del silencio de alguna de las partes o, más en general, de su comportamiento procesal, la imposición o no de genuinos deberes de producción de pruebas y las consecuencias jurídicas diversas que puede tener su incumplimiento, el establecimiento de sistemas de *discovery* entre las partes, con o sin tutela judicial, etc.<sup>44</sup> Por ello, aun cuando se asuma que el establecimiento de

---

43. A una conclusión similar, basada en la propia evolución histórica de la carga de la prueba y de los sistemas de valoración de la prueba, arriba Nieva Fenoll, J.: «La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida», *op. cit.*, 9 y ss. Nieva lleva más lejos su argumento, proponiendo también la inutilidad de la noción de carga de la prueba en su dimensión objetiva. Así, sostiene el autor, una vez el juez concluye que, por ejemplo, el delito del que se acusaba al imputado o la acción que se le atribuía como base del reclamo de su responsabilidad civil no han quedado suficientemente acreditadas por las pruebas presentadas al proceso, le basta para rechazar la pretensión del actor (sea penal o civil) con la propia norma sustantiva: dado que esta es aplicable sólo si se han probado los hechos que dan lugar a la responsabilidad, la falta de prueba suficiente de los mismos hace inaplicable la norma para resolver el caso, por lo que el juez debe rechazar la pretensión de aplicarla, sin necesidad de acudir a regla de carga de prueba alguna. El argumento de Nieva me resulta convincente, aunque para los objetivos de este trabajo no necesito comprometerme con su conclusión de la inutilidad de toda regla de carga de prueba.

44. Volveré sobre alguno de estos mecanismos en el siguiente epígrafe.

la carga de la prueba en sentido objetivo sobre la parte que tiene disponibilidad y/o facilidad probatoria le genera incentivos para la aportación de pruebas, es un caso claro de falacia de afirmación del consecuente derivar de ello que si queremos incentivar esa aportación debemos asignarle la carga de la prueba. Como he apenas señalado, existen otros mecanismos para generar esos incentivos y deberá estudiarse si ellos son más eficientes para ello y si tienen menos inconvenientes que los que adolece la carga dinámica de la prueba.

Ello es especialmente claro en el supuesto en que la parte, que según las reglas generales de asignación de la carga de la prueba perdería el proceso respecto de algún hecho específico si no hay prueba suficiente del mismo, disponga de pruebas relevantes a favor de la hipótesis sobre los hechos formulada por la parte contraria. Imaginemos, por ejemplo, el médico demandado por responsabilidad civil médica que dispone de pruebas relevantes para probar su negligencia. En esos casos, invertir la carga de la prueba, atribuyéndosela al médico demandado, no sería en absoluto un incentivo para que esas pruebas sean allegadas al procedimiento. Evidentemente, en esa situación, lo que es esperable es que el médico no aporte esas pruebas y, en cambio, allegue al proceso otras que pudieran ser útiles para eximirle de su responsabilidad. La inversión de la carga objetiva de la prueba no funciona en absoluto en esos casos para establecer los incentivos adecuados para maximizar que las pruebas relevantes se aporten al proceso<sup>45</sup>. Habrá que buscar, pues, otros mecanismos más eficientes para ello.

La segunda confusión, quizás la más importante, tiene su origen en la doctrina clásica de la carga de la prueba. Así, se vinculan dos preguntas que son, en realidad, independientes. La primera es quién pierde si no hay prueba suficiente. La segunda es quién debe producir prueba en el procedimiento. Al interpretar la primera pregunta como expresión de la carga de la prueba objetiva y la segunda como expresión de la carga de la prueba subjetiva, y asumir la concepción que hemos llamado clásica (que entiende que la segunda deriva de la primera), se concluye que si se quiere modificar la segunda debe modificarse también la primera. Por ejemplo, dado que es el médico quien, en un caso de responsabilidad médica por mala praxis, dispone del expediente médico del paciente o es el hospital quien dispone de la grabación de la intervención quirúrgica, entonces se asume que la (única) forma de incentivar que el médico o el hospital aporten las pruebas es situando sobre ellos la carga objetiva de la prueba, fundada en el deber de colaboración procesal. Pero sostener que deben aportar las pruebas sobre la base de ese deber de colaboración no justifica imponerles, además, la carga de la prueba. Lo primero sería una obligación de realizar un

---

45. En otros términos, si lo que se busca con la inversión dinámica de la carga de la prueba es equilibrar la debilidad de una parte frente a la fortaleza de la otra, que dispone de las pruebas que la primera necesita, este es un mecanismo totalmente inadecuado para ello, que puede resultar incluso en el efecto contrario al buscado.

acto (aportar el expediente médico, por ejemplo), lo segundo es una obligación de resultado (probar que no hubo negligencia médica, por ejemplo). Que las dos cosas son diferentes y responden a preguntas independientes es fácil de mostrar: basta imaginar una situación en que se imponga al demandado la obligación de aportar una o diversas pruebas de las que disponga, sin alterar (en caso de que cumpla con esa aportación) la determinación de quién pierde si finalmente no hay prueba suficiente. Si esa situación es posible (que lo es), entonces la disponibilidad y la facilidad probatoria pueden ser razones para imponer obligaciones de aportación de pruebas, pero no justifican la inversión de la carga objetiva de la prueba<sup>46</sup>. Por otro lado, es fácil imaginar situaciones en que, respecto de un mismo hecho, esté repartida entre las partes la disponibilidad de las pruebas relevantes. En esa situación, modificar la asignación de la carga de la prueba objetiva tendría un efecto sobre los relativos incentivos para una u otra de las partes, pero en ningún caso permitiría incentivar a ambas partes por igual para que aporten las pruebas de que disponen.

## 5. La carga dinámica de la prueba no es el mecanismo más adecuado para establecer los incentivos que se buscan

En las páginas que anteceden he mostrado que en el fundamento último de la doctrina de la carga dinámica de la prueba es epistemológico: se trata de buscar un mecanismo que maximice la aportación de pruebas relevantes al proceso. Además, los defensores de la doctrina han observado con acierto que los mecanismos tradicionales de asignación de la carga de la prueba no son capaces de generar, por sí solos, los incentivos necesarios para acercarse a ese objetivo epistemológico<sup>47</sup>. El problema, sin embargo, es que la doctrina de la carga dinámica de la prueba tampoco es un buen instrumento para ello.

Por eso, creo fundamental explorar otras vías que, de *lege ferenda*<sup>48</sup>, pudieran servir adecuadamente para generar los incentivos que maximicen la aportación

---

46. Una objeción parecida puede encontrarse en Giannini, L.: «Principio de colaboración y «carga dinámica de la prueba» en el Código Civil y Comercial», en La Ley, 2016-F, pp. 2-3; y en De Paula Ramos, V.: *Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao dever de provar*, op. cit., p. 53 y ss.

47. A lo que se añade que esa incapacidad produce en ocasiones la indefensión de quien, siendo sujeto de la carga de la prueba, no dispone de ella y sufre la falta de colaboración procesal de la parte contraria. Al respecto, vid. Besso Marcheis, Ch.: *La vicinanza della prova*, op. cit., p. 108.

48. Evidentemente, la propuesta es sólo de *lege ferenda* para aquellos sistemas que no la hayan recogido ya. Quiero aquí sólo indicar que mi sugerencia de exploración no es dependiente de que el legislador procesal la haya acogido: allá donde se haya hecho, habrá que desarrollarla e implementarla adecuadamente en la práctica procesal, y donde no se haya incorporado la posibilidad a los códigos procesales, la propuesta es que se haga. Dos ejemplos de previsión legal de este tipo los encontramos en el artículo 400, párrafo único, del nuevo código procesal civil brasileño, y en el artículo 349 del código de procedimiento civil chileno.



de pruebas relevantes al proceso sin los inconvenientes que genera la carga dinámica de la prueba. A modo de ejemplo, mencionaré dos de ellas.

La primera es el establecimiento de genuinos deberes de aportación de pruebas, fundados en el deber de colaboración procesal<sup>49</sup>. Así, sin necesidad de invertir la carga objetiva de la prueba, el juez podría (a petición de parte o de oficio, en función de la regulación) imponer a una de las partes la obligación procesal de aportar determinada prueba que está a su disposición o fácilmente a su acceso. La potestad de asignar esos deberes, y no las cargas de la prueba, sería atribuida al juez, puesto que sólo en función del caso concreto puede observarse cuál de las partes dispone o tiene acceso a las pruebas. Por su lado, la parte a quien se imponga ese deber cumpliría con la aportación de la o las pruebas requeridas, sin que de ello se derive obligación alguna de resultado. Ello, finalmente, permitiría establecer incentivos para la producción de esas pruebas sin los inconvenientes conceptuales y de afectación a la seguridad jurídica que conlleva la doctrina de la carga dinámica de la prueba.

Pero, ¿qué sucedería si la parte a quien se imponga el deber en cuestión<sup>50</sup> lo incumpliera? De nuevo aquí la respuesta no puede ser más que de *lege ferenda*, pero, en todo caso, la consecuencia debería ser aquella que es característica del incumplimiento de las obligaciones: una sanción. La sanción podría ser pecuniaria, civil o penal (por un delito de desacato al tribunal, por ejemplo) o estrictamente procesal. En este último caso, en su grado máximo, podríamos pensar en la sanción de la pérdida del procedimiento, pero no ya como resultado del razonamiento probatorio en sede de valoración de la prueba, sino como sanción procesal por el incumplimiento del deber de colaboración<sup>51</sup>.

---

49. Una propuesta en este sentido puede verse en De Paula Ramos, V.: *Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao deber de probar*, op.cit., 93 ss.

50. Que podrían ser perfectamente las dos partes, respecto de pruebas diversas.

51. Me parece, en este sentido, especialmente significativa por su claridad la sentencia de la Corte Suprema colombiana 9193-2017, de 28 de junio de 2017 (ponente: Ariel Salazar Ramírez), interpretando el artículo 167.2 del Código General del Proceso. También como sanción procesal puede entenderse la atribución de la paternidad o maternidad a quien se niega injustificadamente a ofrecer muestras para realizar una prueba de ADN, como consecuencia de la vulneración de «los deberes elementales de buena fe y lealtad procesal y de prestar la colaboración requerida por los tribunales en el curso del proceso (...)» (STC 7/1994, de 17 de enero, F.J. 4º). Entender en este caso, como se hace en muchas ocasiones, que lo que se realiza es una inferencia a partir del comportamiento procesal del demandado, suponiendo que si se niega a ofrecer la muestra de ADN es porque supone que es el padre, resulta totalmente apresurado, porque esa inferencia no tendría ninguna justificación. Aún admitiendo que el sujeto niegue el acceso a la muestra por temor a que la prueba de ADN pruebe su paternidad (porque tuvo relaciones sexuales con la madre en el tiempo aproximado en que el hijo fue concebido), de ello no se infiere en absoluto que sea el padre (porque la madre pudo haber tenido relaciones sexuales también con otros hombres en el mismo período, aún desconociéndolo el demandado). Por eso, la mejor forma de dar cuenta de la atribución de paternidad en esos casos es como sanción procesal por la falta de colaboración en el procedimiento. Otra cosa es si, en interés del menor, esta es o no la mejor solución, o si en ese interés cabría pensar en medidas compulsivas para la obtención de la muestra.

Finalmente, también podrían desarrollarse mecanismos como el *discovery* o el *disclosure*, típicamente anglosajones<sup>52</sup>, por los que no sólo las partes deben desvelar las pruebas que conforman su estrategia probatoria, sino que, sobre todo, permiten que la parte que no dispone de la prueba pueda requerir toda la información relevante que estime conveniente a la contraria, que tiene la obligación de ponérsela a disposición. La regulación de estos mecanismos procesales debe asegurar que la parte requerida ofrezca toda la información, sancionar las ocultaciones y limitar lo que los anglosajones denominan *fishing expeditions*, en las que la parte requirente solicita una gran cantidad de información a la contraria simplemente a la búsqueda errática de algún dato que pudiera serle de utilidad.

En definitiva, estos y otros mecanismos, poco o nada explorados tanto en nuestras legislaciones procesales como en la propia doctrina, pueden ser de gran utilidad para facilitar que se incorpore a los procesos judiciales la mayor información relevante posible y de la mejor calidad, así como para evitar la ocultación desleal de pruebas en su beneficio por quien dispone de las mismas. Se trata de objetivos epistemológicamente centrales para el proceso judicial, que fueron acertadamente puestos en el punto de mira por la doctrina de la carga dinámica de la prueba, pero para los que la propia doctrina no es un medio adecuado.

## Bibliografía

- ACCIARRI, H.: «Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales», en *La ley*, 2001-B, 663.
- ALVARADO VELLOSO, A.: *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2009.
- BARACAT, E. J.: «Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada», en PEYRANO, J.W. (dir.) y LÉPORI WHITE, I. (coord.): *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, J.C.: *Julgamento e ônus da prova*, Saraiva, São Paulo, 1980.
- BESSO MARCHEIS, Ch.: «La vicinanza della prova», en *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 16, 2015.
- BRAVO-HURTADO, P.: «Derrotabilidad de las normas sobre la carga de la prueba en la responsabilidad extracontractual: hacia la facilidad probatoria en Chile», en *Revista chilena de derecho privado*, n° 21, 2013
- CABAÑAS GARCÍA, J.C.: *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Trivium, Madrid, 1992.

---

52. Agradezco a Carmen Vázquez la indicación sobre la importancia de estos mecanismos que, con pocas excepciones, están ausentes de nuestros sistemas procesales iberoamericanos. La misma sugerencia de desarrollo de mecanismos de *discovery* o *disclosure* para garantizar el acceso a las pruebas relevantes y su aportación al proceso sin alterar la carga de la prueba puede verse en Taruffo, M.: *Simply the truth. El juez y la reconstrucción de los hechos*, op. cit., p. 263.

- CARPES, A.: Ônus dinâmico da prova, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.
- CORRAL TALCIANI, H.: «Sobre la carga de la prueba», en Aguirrezabal, M. (coord.): *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión Jurídica 23, Santiago de Chile, 2012.
- DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M.A.: *Lecciones de derecho procesal*, vol. II, PPU, Barcelona, 1984.
- DE PAULA RAMOS, V.: Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao deber de probar. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, Víctor P. De Zavalía, Buenos Aires, 1981.
- FERNÁNDEZ, M.: *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006.
- FERRER BELTRÁN, J. y Ratti, G.B.: *The Logic of Legal Requirements: Essays on Legal Defeasibility*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- GAVAZZI, G.: *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Giappichelli, Torino, 1970.
- GIANNINI, L.: «Principio de colaboración y «carga dinámica de la prueba» en el Código Civil y Comercial», en *La Ley*, 2016-F, pp. 2-3.
- GOLDSCHMIDT, J.: *Derecho procesal civil*, Labor, Barcelona, 1936.
- GÓMEZ POMAR, F.: «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva», en *InDret*, nº 1, 2001.
- LÉPORI WHITE, I.: «Cargas probatorias dinámicas», en Peyrano, J.W. (dir.) y Lépori White, I. (coord.): *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- MICHELI, G.A.: *La carga de la prueba* (1942), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- MICHELI, G.A.: *Curso de derecho procesal civil*, vol. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970.
- MONTERO AROCA, J.: *Derecho jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- MONTERO AROCA, J.: *La prueba*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- MONTERO AROCA, J.: *La carga de la prueba en el proceso civil*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2002.
- NIEVA FENOLL, J.: «La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida», en *Revista Italoespañola de Derecho Procesal*, nº 0, 2018.
- OTEIZA, E.: «El principio de colaboración y los hechos como objeto de prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?», en Morello, A.M.: *Los hechos en el proceso civil*, La Ley. Buenos Aires, 2003.
- OTEIZA, E.: «La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar», en Oteiza, E. (ed.): *La prueba en el proceso judicial*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2009.
- PAZOS MÉNDEZ, S.: «Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil», en Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (eds.): *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007.
- PEYRANO, J. W. y CHIAPPINI, J. O.: «Lineamientos de las cargas probatorias «dinámicas»», en *E.D.* 107, 1984.
- PEYRANO, J. W.: «Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo», en *J.A.* 1993-III.
- PEYRANO, J.: *Derecho procesal civil*, Ediciones jurídicas, Lima, 1995.
- PEYRANO, J. W.: «Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas», en Peyrano, J.W. (dir.) y Lépori White, I. (coord.): *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- PRIETO CASTRO, L.: *Derecho procesal civil*, vol. 1., Tecnos, Madrid, 1978.

- RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho procesal civil*, 5ª ed., J.M. Bosch, 1992.
- ROSENBERG, L.: *La carga de la prueba* (1956), Olejnik, Lima, 2017, 26 ss.
- SEOANE SPIEGELBERG, J.L.: *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y Presunciones*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Comentario al art. 1252 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (dirigidos por Albadalejo, M.)*, t. XIV, vol. 2, Madrid, 1991.
- TARUFFO, M.: «Onere della prova», en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Vol. XIII, UTET, Torino, 1995.
- TARUFFO, M.: «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», en *Jueces para la Democracia*, 52, 2005.
- TARUFFO, M.: *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- VALENTÍN, G.: «Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas», en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nº 3-4, 2008.
- VON WIRGHT, G.H.: *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970.



PONENCIAS SOBRE  
**PROCESO Y PRUEBA ILÍCITA**



# Reglas de exclusión probatoria y prueba ilícita en Iberoamérica: un reporte desde el derecho fundamental a probar

---

Giovanni F. Priori Posada

*Profesor principal del Departamento Académico de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de la Maestría con mención en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Miranda & Amado – Abogados*

## I. Introducción

Uno de los rasgos característicos del derecho procesal en Iberoamérica es la fuerte incidencia que tienen los derechos fundamentales en la concepción del proceso y, por ende, de todas las instituciones procesales<sup>1</sup>. De la consideración del proceso como una garantía constitucional<sup>2</sup> se deriva la idea de tutela constitucional del proceso<sup>3</sup>, concebido como el medio de control de la constitucionalidad de las reglas procesales y, por lo tanto, de aseguramiento de los derechos fundamentales de las partes al interior del proceso.

Aun cuando soy consciente de la diversidad de perspectivas, así como «de las innegables connotaciones sociopolíticas que han acompañado a sus diferentes

---

1. Este modo de concebir el proceso es el legado de Eduardo Couture al procesalismo iberoamericano, quien parte de la idea de que la protección de los derechos, dado que está ligada a los fines esenciales de una sociedad, no puede sino ser considerada como un derecho fundamental: «Es por esta circunstancia que en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución». COUTURE, Eduardo. Obras. Tomo I. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. La Ley: Buenos Aires, 2010, pp. 50.

2. COUTURE, Eduardo. Obras. Tomo I. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. La Ley: Buenos Aires, 2010, pp. 134.

3. COUTURE, Eduardo. Obras. Tomo I. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. La Ley: Buenos Aires, 2010, pp. 131 y ss.



configuraciones»<sup>4</sup>, creo que el estudio en Iberoamérica sobre las reglas de exclusión probatoria y particularmente sobre la prueba ilícita, no puede prescindir de una aproximación desde los derechos fundamentales involucrados. Esa es la opción que he tomado al hacer este reporte.

En esa línea, la prueba ilícita puede ser planteada, de un lado, como un problema de determinación de límites al ejercicio del derecho fundamental a la prueba, pero por otro lado, como un problema de tutela de los derechos fundamentales vulnerados con la adquisición del medio de prueba en cuestión.

Esta doble aproximación al problema de la prueba ilícita es lo que determina su complejidad. Una mirada solo desde la perspectiva del derecho a la prueba excluye del análisis al derecho fundamental que precisamente habría sido lesionado con la obtención del medio de prueba y que el sistema constitucional debe asegurar. Una mirada solo desde la perspectiva de los derechos lesionados con la obtención del medio de prueba, excluye del análisis no solo al derecho fundamental a la prueba y con él al de la tutela jurisdiccional efectiva, sino también al derecho que en ese específico proceso se quiere proteger (que algunas veces puede ser también un derecho fundamental).

De este modo, desde la perspectiva que propongo en este reporte, el problema de la prueba ilícita se plantea como un problema de afectación plural de derechos fundamentales. La previsión de las reglas de exclusión probatoria o de las reglas para resolver los problemas derivados de la prueba ilícita deben, por tanto, partir de establecer el nivel de protección que el ordenamiento jurídico brinda a cada uno de los derechos fundamentales involucrados, para arribar a una solución que brinde una adecuada protección a todos ellos. Las soluciones absolutas, es decir, del todo o nada, donde una de las dos posiciones en conflicto se sacrifica en aras de dar protección a la otra considero que no son adecuadas para resolver los problemas que implican el conflicto de dos o más derechos fundamentales.

La forma de resolver los conflictos de dos o más derechos fundamentales parte de un dilema difícil de comprender y que Zagrebelsky<sup>5</sup> explica en los siguientes

4. ARMENTA DEU, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Segunda edición. Marcial Pons: Madrid, 2011, pp. 34.

5. «Si cada principio y valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema de conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción —válido para la *scientia iuris*— no debería obstaculizar la labor, propia de la jurisprudencia, de intentar realizar positivamente la ‘concordancia práctica’ de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. ‘Positivamente’: no, por tanto, mediante la simple imputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los

términos: cada uno de los derechos fundamentales individualmente considerado desea alcanzar su máximo grado de protección o satisfacción, sin embargo —y en ello consiste la paradoja— el establecimiento en términos absolutos del mayor grado de satisfacción de **uno** de los valores constitucionales elimina, de inmediato, la posibilidad que los demás derechos constitucionales puedan alcanzar protección. Dicho de otro modo, la mayor satisfacción de un derecho fundamental afecta la posibilidad de satisfacción del otro, por ello, el reto está en hacer que **todos** los valores constitucionales alcancen el máximo grado de satisfacción posible<sup>6</sup>. Es decir, se trata de obtener la maximización de los derechos fundamentales involucrados.

De lo que se trata es que cada uno de los derechos fundamentales obtenga el máximo grado de protección posible, sin que ello suponga la anulación de la protección de otro derecho fundamental. Para ello, será necesario aplicar la técnica de la ponderación o proporcionalidad en la restricción de los derechos fundamentales. Lo que esta técnica evita es que por intentar proteger un derecho fundamental, terminemos restringiendo inconstitucionalmente otro derecho fundamental. El legislador muchas veces regula atendiendo a la protección de un derecho fundamental, sin ser consciente de los efectos que esa regulación pueda tener en otro derecho fundamental. El asunto se vuelve más complejo cuando la regla de solución al conflicto viene impuesta por el propio constituyente como ocurre a menudo con las fórmulas de solución a los problemas derivados de la ilicitud de la prueba.

De esta manera, el proceso, entendido desde la perspectiva del Estado constitucional, exige que la regulación específica tenga en cuenta el conjunto de derechos fundamentales involucrados para que, ponderándolos, no se anule ninguno de ellos. Se parte de la hipótesis de que es perfectamente posible conciliar la mayor protección de varios derechos fundamentales a la vez, proscribiendo cualquier opción conforme a la cual se absolutice la protección de solo un derecho en un caso concreto.

Muchas veces las soluciones legales que se ofrecen para resolver los problemas derivados de la prueba ilícita prescinden del impacto que tiene esta cuestión a nivel de los derechos fundamentales involucrados. De esta forma originan que en su aplicación el Juez se encuentre en la disyuntiva de aplicar una regla sabiendo que al hacerlo está afectando uno o varios derechos fundamentales.

---

principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto». ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Trotta: Madrid, 1995. Pág. 16.

Sobre este punto, a raíz de un comentario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, me he detenido en un análisis en: PRIORI POSADA, Giovanni. En: «Tribunal Constitucional versus Poder Judicial: ¿Desamparando al amparo? Debate sobre la política jurisdiccional del contra amparo». En: Themis – *Revista de Derecho*. No. 55, año 2008.

6. PRIORI POSADA, Giovanni. «La oposición a las medidas cautelares». En: *Advocatus*. No. 24, agosto 2011.

Lo dicho se corrobora con la información obtenida de los reportes nacionales<sup>7</sup> elaborados por excelentes y generosos profesores iberoamericanos que reportan que, si bien la prueba se considera extendidamente como un derecho fundamental, las soluciones a los problemas derivados de la exclusión de la prueba y, especialmente, el de la prueba ilícita son disímiles. Así, a pesar que los códigos iberoamericanos, siguiendo la línea trazada por su tradición jurídica<sup>8</sup> y por el Código modelo de procedimiento civil para Iberoamérica, tienen una etapa de saneamiento probatorio luego de la *litiscontestatio*, en la que el Juez analiza la admisión de los medios de prueba con base a algunas causales que permiten al Juez rechazarlos, el tratamiento de la prueba ilícita es muy disímil aun dentro de los mismos ordenamientos nacionales. Así por ejemplo, en algunos países que tienen reglas que privan de efectos legales a los medios probatorios obtenidos en violación de derechos fundamentales, su jurisprudencia y doctrina son partidarias de ponderar y establecer para el caso concreto, la eficacia probatoria de un medio obtenido ilícitamente<sup>9</sup>. Esta situación demuestra, precisamente, la complejidad del problema.

## II. El derecho fundamental a probar

En Iberoamérica se reconoce a la prueba como un derecho fundamental. Esto se puede apreciar desde los trabajos de Eduardo Couture quien al tiempo de definir al proceso como una garantía constitucional, señala que una de las inconstitucionalidades más representativas de las que hay que cuidar al proceso es la «inconstitucionalidad por privación de prueba»<sup>10</sup>. Por su parte, otro de los autores clásicos iberoamericanos en materia de prueba, Hernando Devis Echandía, sostiene que el derecho a probar es un derecho subjetivo procesal que es indispensable para el derecho de defensa<sup>11</sup>, de modo que su desconocimiento sería inconstitucional<sup>12</sup>.

7. Agradezco a los profesores: José María Salgado (Argentina), Camilo Zufelato (Brasil), Juan Carlos Guayacán (Colombia), Sergio Atavia (Costa Rica), Juan Mendoza Díaz (Cuba), Enrique Letelier (Chile), Santiago Velázquez y Johny de la Pared (Ecuador), Pablo Villalba (Paraguay), Martín Sotero (Perú), Gabriel Valentín (Uruguay).

8. PRIORI POSADA, Giovanni. «La influencia de la *litiscontestatio* en la determinación de la *litis* en el proceso civil latinoamericano». En: AA.VV. Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano (Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

9. En ese mismo sentido: MARINONI, Luiz. La prueba ilícita. [https://www.academia.edu/10610249/La\\_prueba\\_il%C3%ADcita\\_Luiz\\_Guilherme\\_Marinoni\\_](https://www.academia.edu/10610249/La_prueba_il%C3%ADcita_Luiz_Guilherme_Marinoni_)

10. COUTURE, Eduardo. Obras. Tomo I. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. La Ley.: Buenos Aires, 2010, pp. 139.

11. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Temis: Bogotá, 2002. Primer tomo. pp. 26 y ss.

12. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Editorial Universidad: Buenos Aires, 1997, pp. 206.

Autores contemporáneos de distinta procedencia en Iberoamérica reconocen de distinto modo que la prueba es un derecho fundamental<sup>13</sup> sea porque es una expresión del derecho a la defensa<sup>14</sup> o del derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>15</sup>. Respecto a su relación con el derecho de defensa, se establece que el derecho a la prueba tiene una estrecha relación de complementariedad con el derecho a la alegación, puesto que, como bien se ha dicho, la facultad de probar «se justifica en la medida que existan alegaciones de las partes y, a su vez, difícilmente las alegaciones podrán ser admitidas si no son probadas»<sup>16</sup>.

En algunos países de Iberoamérica el derecho a la prueba se encuentra expresamente reconocido en la Constitución (como el caso de Colombia<sup>17</sup> y España<sup>18</sup>) mientras que en otros, al no tener ese expreso reconocimiento, se le considera mas bien como una expresión del derecho al debido proceso (como ocurre en Argentina<sup>19</sup>, Brasil<sup>20</sup>, Chile, Costa Rica<sup>21</sup>, Paraguay<sup>22</sup>, Perú y Uruguay<sup>23</sup>).

La propia Convención Americana de Derechos Humanos cuyo ámbito de aplicación se extiende a un buen número de países iberoamericanos, tiene un recono-

---

13. MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Thomson: Civitas: Pamplona, 2007, pp. 110; GARBERÍ LLOBREGAT, José. Constitución y derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal: Civitas: Pamplona, 2009, pp. 265 y ss; Toscano López, Fredy Hernando. El derecho fundamental a la prueba en Colombia. En: PRIORI POSADA, Giovanni. La prueba en el proceso. Palestra: Lima, 2018, pp. 55 y ss;

14. PICÓ I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Bosch: Barcelona, 1997 (tercera reimpresión, 2002), pp. 143 y ss; CAROCCA PÉREZ, Alex. Garantía constitucional de la defensa procesal. Bosch: Barcelona, 1998, pp. 227 y ss.

15. GONZALEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Civitas: Madrid, 2001, pp. 242 y ss; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El debido proceso. Rubinzal – Culzoni: Santa Fe, 2004 p. 399 y ss; MARTEL, Rolando. La tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a ofrecer medios probatorios. En: PRIORI POSADA, Giovanni. La prueba en el proceso. Palestra: Lima, 2018, pp. 67 y ss; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Ara: Lima, 2001; FERNANDES GOES, Gisele Santos. «Cotejo entre o direito à prova e a proibição das provas obtidas por meios ilícitos». En: FUX, Luiz, NERY, Nelson y ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Revista dos Tribunais: San Pablo, 2006, pp. 953 y ss. Es el caso de Argentina,

16. CAROCCA PÉREZ, Alex. Garantía constitucional de la defensa procesal. Bosch: Barcelona, 1998, pp. 277. En esa misma línea se encuentra: PICÓ I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Bosch: Barcelona, 1997 (tercera reimpresión, 2002), pp. 145.

17. GUAYACÁN, Juan Carlos. Reporte nacional sobre Colombia.

18. «Artículo 24 1 de la Constitución española. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

19. SALGADO, José María. Reporte nacional sobre Argentina.

20. ZUFELATO, Camilo. Reporte nacional sobre Brasil.

21. ATAVIA, Sergio. Reporte nacional sobre Costa Rica.

22. VILLALBA, Pablo. Reporte nacional sobre Paraguay.

23. VALENTIN, Gabriel. Reporte nacional sobre Uruguay.

cimiento general y específico del derecho fundamental a la prueba. El reconocimiento general se encuentra en el artículo 8.2.c) al establecerse el derecho de toda persona a contar con los medios adecuados para preparar su defensa, dentro de los que sin ninguna duda debe considerarse a los medios de prueba; así como el reconocimiento específico en el artículo 8.2.f) cuando declara expresamente, como una de las garantías mínimas del proceso, «el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal, y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos».

Respecto a su contenido se ha dicho que el derecho fundamental a la prueba consiste en que «las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas»<sup>24</sup>. Esta definición del derecho a la prueba incorporando como parte de su contenido las diversas facultades en las que ella consiste se puede consolidar con la siguiente definición: el derecho a la prueba es el derecho que tienen las partes en el proceso a ofrecer, a que se admitan, a que se actúen y valoren los medios de prueba<sup>25</sup>.

El derecho a la prueba es reconocido extendidamente por la jurisprudencia de los países iberoamericanos. En Colombia, por ejemplo, la Corte Suprema ha definido al derecho a la prueba de la siguiente manera: «en primer lugar y de manera plena, hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas; en segundo lugar, admitir aquellos medios probatorios presentados y solicitados, en cuanto resulten pertinentes y útiles para la definición del litigio; en tercer lugar, brindar un escenario y un plazo adecuados para su práctica; en cuarto lugar, promover el recaudo de la prueba, pues el derecho a ella no se concreta simplemente en su ordenamiento, sino que impone un compromiso del Juez y de las partes con su efectiva obtención; y en quinto lugar, disponer y practicar aquellas pruebas que de acuerdo con la ley, u oficiosamente el juez, se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos en torno a los cuales existe controversia»<sup>26</sup>.

El derecho fundamental a la prueba se expresa también con el reconocimiento de la libertad probatoria en los códigos procesales iberoamericanos. Este principio de libertad probatoria se considera como un principio esencial del proceso dentro de la perspectiva del Estado constitucional<sup>27</sup> y, por lo tanto, como bien se ha dicho, «es una exigencia imprescindible a la idea de proceso»<sup>28</sup>.

---

24. PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Bosch: Barcelona, 1997 (tercera reimpresión, 2002), pp. 143.

25. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Ara: Lima, 2001.

26. Sentencia del 28 de junio de 2005, citada por: GUAYACÁN, Juan Carlos. *Reporte nacional de Colombia*.

27. ZUFELATO, Camilo. *Reporte nacional de Brasil*.

28. VALENTIN, Gabriel. *Reporte nacional sobre Uruguay*.

De este principio de libertad de prueba se deriva su consecuencia más importante conforme a la cual existe una amplia posibilidad de las partes de utilizar cualquier tipo de medio probatorio para acreditar sus afirmaciones, más allá de que se encuentren o no previstos en la ley. Esta regla de atipicidad probatoria se encuentra recogida en el Código Procesal Civil Modelo Iberoamérica<sup>29</sup> y también en algunos ordenamientos como el brasileño<sup>30</sup>, colombiano<sup>31</sup>, costarricense<sup>32</sup>, español<sup>33</sup>, paraguayo<sup>34</sup>, peruano<sup>35</sup> y uruguayo<sup>36</sup>.

### III. Las reglas de exclusión

#### III.1. Noción

Como cualquier derecho fundamental, el derecho a la prueba puede tener algunas restricciones que pueden establecerse en aras de proteger otros derechos o principios constitucionales, siempre que se cumpla con realizar el juicio de proporcionalidad de la restricción. Esto es reconocido en Iberoamérica. La doctrina suele decir por ello que el derecho a la prueba es un derecho de con-

---

29. Artículo 136.2. «También podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley»

30. Artículo 369 del Código Procesal Civil brasileño: «As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz».

31. Artículo 165. Medios de prueba: Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.

32. ATAVIA, Sergio. Reporte nacional de Costa Rica.

33. Artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española:

1. (...)

2. «También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias».

34. VILLALBA, Pablo. Reporte nacional sobre Paraguay.

35. Artículo 193 del Código Procesal Civil. Medios probatorios atípicos. Los medios probatorios atípicos son aquellos no previstos en el Artículo 192 y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. Los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el Juez disponga».

36. «146.2 del Código General del Proceso También podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley». VALENTIN, Gabriel. Reporte nacional sobre Uruguay.

figuración legal<sup>37</sup>. Es claro, sin embargo, que el legislador tiene ciertos límites al momento de establecer dicha configuración, pues solo podrán ser impuestos en la medida que con ellos se desee proteger otro derecho fundamental.

Los límites al derecho a la prueba pueden ser establecidos en cualquiera de las manifestaciones que forman parte de su contenido. Un ejemplo de ello es el principio de preclusión, el que se sustenta, de un lado, en el derecho a que el proceso dure un plazo razonable y, de otro, en el derecho de defensa de la contraparte, quien debe tener una adecuada posibilidad de rebatir el medio de prueba ofrecido por su contraparte.

Las reglas de exclusión probatoria nos ponen precisamente delante del problema de las restricciones o límites del derecho a la prueba. En Iberoamérica hay quienes mas bien explican este tema desde el contenido del derecho a la prueba. Así, se sostiene que «Se puede afirmar que el sistema de libertad probatoria y su libre apreciación opera y debe operar sobre pruebas obtenidas y aportadas en forma regular y sin violación de los derechos constitucionales (...)»<sup>38</sup>. Esta aproximación incorpora en la definición del derecho a la prueba un tipo de solución a los problemas derivados de las reglas de exclusión probatoria en general y, de la prueba ilícita en particular, que claramente condicionan las soluciones que se dan frente a ellos. Sin embargo, no dejan de poner en evidencia el problema de determinar si estamos frente a una situación de límites o de contenidos de un derecho fundamental.

En Iberoamérica se reconoce la facultad del Juez de emitir un juicio respecto de los medios de prueba antes de admitirlos. Conviene detenerse un momento en un rasgo característico del procesalismo latinoamericano, que hundiéndose sus raíces en el derecho romano mantiene una fase del proceso en la que se fija la *litis*, como ocurría en la *litiscontestatio* romana<sup>39</sup>.

En efecto, en el Código Tipo de Procedimiento Civil para Latinoamérica se prevé la audiencia preliminar, en la que en presencia del Juez y las partes, se determinará el objeto del proceso<sup>40</sup>, con base a los escritos de demanda y contestación ya presentados. Es en esta audiencia preliminar en la que se fija en

37. PICÓ I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Bosch: Barcelona, 1997 (tercera reimpresión, 2002), pp. 143.

38. ARTAVIA, Sergio. Reporte nacional de Costa Rica.

39. PRIORI POSADA, Giovanni. «La influencia de la *litiscontestatio* en la determinación de la *Litis* en el proceso civil latinoamericano». En: AA.VV. Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano (*Liber discipulorum* para el profesor Sandro Schipani). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

40. GELSI BIDART, Adolfo. «Código tipo y reforma del proceso en América Latina: entre derecho común o uniforme». En: SCHIPANI, Sandro y VACCARELA, Romano. Un código tipo di procedura civile per l'America Latina. CEDAM: Padova, 1990, pp. 17.

modo definitivo, la controversia<sup>41</sup>. Inmediatamente, se realiza un juicio de admisión de los medios de prueba para determinar, según establece el Código Tipo, si son inadmisibles, innecesarios o inconducentes. Este es el modelo que han seguido varios de los países iberoamericanos<sup>42</sup>.

### III.2. Algunas reglas de exclusión

Con la finalidad de establecer las reglas de exclusión probatoria en Iberoamérica, considero necesario repasar la información que nos brindan los reportes nacionales remitidos para este informe general.

En Colombia, el artículo 168 del Código General del Proceso establece que el Juez rechazará «las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles»<sup>43</sup>. En Costa Rica, los medios de prueba que no guarden relación con los hechos discutidos o los que no tengan relación con la controversia o los relativos a hechos notorios, o los que sean ilegales o impertinentes<sup>44</sup>.

En Cuba se exige que los medios probatorios, para ser admitidos, sean pertinentes. De este modo se señala que: «El único elemento a tener en cuenta por el tribunal para admitir o denegar un medio de prueba, según dicho precepto, es la «pertinencia» del medio probatorio propuesto. Este concepto es asimilado por la judicatura cubana en el estrecho marco de la prueba *excesiva, redundante o no vinculada* directamente a la fuente, como es el caso del testimonio de oídas o valorativo (...)»<sup>45</sup>.

En Ecuador, se dispone que el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente; la obtenida con violación de la Constitución o de la ley, así como las obtenidas por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno<sup>46</sup>. En Paraguay se establece que no se admitirán las pruebas prohibidas por la ley, las improcedentes y las superfluas<sup>47</sup>. En Perú, se señala que el Juez no admitirá los medios probatorios que no se refieran a hechos alegados o a hechos controvertidos o de pública evi-

41. VESCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 1999, pp. 72 y ss.

42. Colombia, Costa Rica, Ecuador, Perú y Uruguay, entre otros.

43. GUAYACÁN, Juan Carlos. Reporte nacional de Colombia.

44. ATAVIA, Sergio. Reporte nacional de Costa Rica.

45. MENDOZA DÍAZ, Juan. Reporte nacional de Cuba.

46. VELAZQUEZ, Santiago, Reporte nacional de Ecuador.

47. VILLALBA, Pablo. Reporte nacional sobre Paraguay.



dencia. En Uruguay, se dispone que el juez puede rechazar aquellos medios probatorios que sean inadmisibles, manifiestamente innecesarios, manifiestamente inconducentes o manifiestamente impertinentes<sup>48</sup>.

Particularmente interesante resulta la disposición del Código Procesal Civil de Paraguay y la que existe en Uruguay en materia de proceso contencioso administrativo, en el sentido de excluir aquellos medios probatorios «meramente dilatorios»<sup>49</sup> y los «notoriamente dilatorios o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha regular del juicio»<sup>50</sup>. Esto incluso es considerado por la doctrina uruguaya como ilícito por la finalidad del acto<sup>51</sup>. El Código Procesal Civil paraguayo agrega, además que, en caso se haya admitido un medio de prueba que fue dilatorio, el juez no lo considerará en la sentencia<sup>52</sup>.

De este modo, las reglas para la admisión de medios de prueba existentes en Iberoamérica tienen por finalidad establecer un juicio de relevancia sobre el medio de prueba aportado al proceso, en línea de centrar el debate respecto de información útil al proceso, pero también de modo de asegurar el derecho de defensa e las partes: se puede probar sobre aquello que se ha alegado, pero no es preciso hacerlo sobre todo lo alegado. En algunos casos, además, se quiere establecer una especie de garantía de lealtad del debate probatorio.

Esta que, desde cierto punto de vista, podría ser considerada una violación al derecho fundamental a la prueba, se presenta mas bien como una adecuada restricción en aras de contribuir a la protección de otros derechos fundamentales, como el derecho a que el proceso dure un plazo razonable y el derecho de defensa de la contraparte. De lo que se trata es de evitar que se incorporen al proceso los medios de prueba que no se refieran a hechos alegados o controvertidos, generando una actividad procesal innecesaria que, mas que suponer el legítimo ejercicio de un derecho fundamental, genere mas bien una innecesaria dilación del proceso, muchas veces buscada por una de las partes<sup>53</sup>.

Sin embargo, las reglas de exclusión que se sustenten en razones distintas a la protección de otro derecho fundamental sí podrían constituir vulneración al

---

48. VALENTÍN, Gabriel. Reporte nacional de Uruguay.

49. VILLALBA, Pablo. Reporte nacional sobre Paraguay.

50. El art. 74 del decreto ley 15.524. VALENTÍN, Gabriel. Reporte nacional de Uruguay.

51. VALE Argentina: indistintamente prueba ilícita o ilegal (pp. 1)

NTIN, Gabriel, «El proceso contencioso administrativo de anulación», en obra colectiva sobre procesos constitucionales, en edición. Citado por: VALENTÍN, Gabriel. Reporte nacional del Uruguay.

52. VILLALBA, Pablo. Reporte nacional sobre Paraguay.

53. Es por ello comprensible que algunas legislaciones iberoamericanas fundamenten estas reglas de admisibilidad en los principios de buena fe o lealtad procesal. Véanse los reportes nacional de Argentina, Brasil y Paraguay.

derecho a la prueba. Es por ello que se hace necesario establecer cuál es la razón que justifica la exclusión de un determinado medio de prueba en el proceso. Esa razón es la que determinará la constitucionalidad o no de la regla que excluye un medio de prueba del proceso. De otro lado, es preciso tener en consideración que esas reglas de exclusión deben estar en condiciones de ser establecidas durante el momento del juicio de admisión probatoria, pues no se le puede pedir al Juez una valoración exhaustiva y anticipada de un medio de prueba con la finalidad de determinar su exclusión.

## IV. La prueba ilícita

### IV.1. Denominación

Un problema recurrente cuando se ingresa al estudio de la prueba ilícita es que se usan diversas expresiones para referirse a este fenómeno: prueba ilícita, prohibida, ilegal o irregular son las expresiones más frecuentes.

En Argentina, por ejemplo, se usan indistintamente los términos prueba ilícita o ilegal<sup>54</sup>. En Brasil se distingue la prueba ilícita de la prueba ilegítima, para hacer referencia en este último caso a los medios de prueba que contravienen una regla procesal o procedimental, y también se distingue entre prueba ilícita y prueba falsa para hacer referencia en este último caso a la prueba fabricada para un proceso específico<sup>55</sup>. En Chile se distingue entre prueba ilícita, prueba irregular, prueba ilegal, prueba viciada o prueba clandestina<sup>56</sup>. En Paraguay se usa indistintamente los términos de prueba ilícita, ilegal y prueba irregular<sup>57</sup>. En Perú, se usan como sinónimos los términos prueba prohibida y prueba ilícita, distinguiéndola de prueba ilegal o irregular que sería aquella que infringe normas infraconstitucionales<sup>58</sup>. Esta equivalencia entre prueba ilícita y prueba prohibida también se da en Costa Rica<sup>59</sup>.

En Cuba la institución de la prueba ilícita no tiene una regulación y la doctrina se ha ocupado poco de ella, sin embargo cuando lo ha hecho se ha inclinado por establecer una equiparación entre las nociones de prueba ilícita y prueba

---

54. SALGADO, José María. Reporte nacional de Argentina.

55. ZUFELATO, Camilo. Reporte nacional de Brasil.

56. LETELIER, Enrique. Reporte nacional de Chile.

57. VILLALBA, Pablo. Reporte nacional de Paraguay.

58. SOTERO GARZÓN, Martín. Reporte nacional de Perú.

59. ATAVIA, Sergio. Reporte nacional de Costa Rica.

prohibida concibiéndolas como medios de prueba obtenidos en violación de derechos fundamentales, y se las distingue de la prueba irregular que es aquella obtenida en infracción a la ley<sup>60</sup>.

Para efectos de este reporte, consideramos prueba ilícita a los medios de prueba obtenidos en violación de derechos fundamentales.

## IV.2. Una necesaria delimitación conceptual

Podemos decir que en Iberoamérica, se considera «ilícita la prueba que contradice normas o principios esenciales, ya sea en forma expresa o tácita, y que de este modo se resguardan principios fundamentales como el debido proceso, el respeto por la persona humana y los derechos a ella inherentes, o derivados de la forma republicana de gobierno, etc.»<sup>61</sup>

Además, se hace una distinción entre medio de prueba ilícito en sí mismo y medio de prueba obtenido ilícitamente, para hacer referencia en este último caso a la prueba ilícita por derivación, aun cuando las consecuencias jurídicas en ambos casos sea la misma: su inadmisibilidad en el proceso<sup>62</sup>.

Una cuidadosa revisión de las denominaciones y nociones antes descritas, nos exige distinguir dos situaciones que suelen estudiarse conjuntamente, pero que considero fundamental distinguir:

1. Las situaciones que se puedan reconducir a lo que en Iberoamérica se denomina prueba falsa, prueba viciada o prueba clandestina deben individualizarse en cualquier estudio sobre la prueba ilícita, debido a que en estos casos, además de existir un problema de violación de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, la información que se obtiene del medio de prueba está afectada por la intervención de un agente (que puede, como no, ser una de las partes del proceso). Estos casos merecen un tratamiento distinto y diferenciado dentro del estudio de la prueba ilícita, pues la exclusión de la prueba en estos casos no viene dada solamente por el hecho de la afectación del derecho fundamental, sino por la imposibilidad de confiar en la información que brinda el supuesto medio de prueba por el modo como se ha obtenido. Dicho de otro modo, la afectación del derecho fundamental en la que se ha incurri-

---

60. MENDOZA DÍAZ, Juan. Reporte nacional de Cuba.

61. VALENTÍN, Gabriel. Reporte nacional de Uruguay. En el mismo sentido: ZUFELATO, Camilo. Reporte nacional de Brasil; LETELIER, Enrique. Reporte nacional de Chile; SOTERO, Martín. Reporte nacional de Perú.

62. ZUFELATO, Camilo. Reporte nacional de Brasil.

do para obtener el medio de prueba, afecta en estos casos la información que el medio de prueba daría.

Estas situaciones son específicamente reguladas en Ecuador y Perú, como hipótesis distintas dentro del tratamiento de las reglas de exclusión probatoria, cuando se señala que carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Estas hipótesis son también tratadas como supuestos de inadmisibilidad del medio de prueba.

2. Distinto es el caso en el que el medio probatorio ha sido obtenido violando un derecho fundamental, pero dicha violación no tiene incidencia en la información obtenida de dicho medio probatorio.

### IV.3. Tratamiento convencional y constitucional

El estudio de la prueba ilícita en Iberoamérica debe ser realizado a partir de las normas de reconocimiento de derechos del más alto rango en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos. Ello supone analizar las normas convencionales y las constitucionales.

Existe la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, cuyo artículo 10 señala que «Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por este medio el acusado obtuvo tal declaración»<sup>63</sup>. Esta disposición está dentro de las disposiciones que excluyen un medio de prueba no solo por la gravedad de la afectación del derecho fundamental, sino también por la imposibilidad de confiar en la información que se obtiene por la tortura.

En el ámbito nacional, en algunos países iberoamericanos, la Constitución tiene una norma que se refiere a la prueba ilícita de modo general, en otros, existen diversas normas específicas a partir de las cuales se infiere una regulación.

---

63. ARTAVIA, Sergio. Reporte nacional de Costa Rica.

Respecto a los países que consagran una norma constitucional general, encontramos a Brasil<sup>64</sup>, Ecuador<sup>65</sup> y Paraguay<sup>66</sup>. Es muy interesante destacar que el reconocimiento constitucional que se hace en Brasil de la prueba ilícita se encuentra en la parte relativa a los derechos fundamentales.

Respecto a los países que tienen normas constitucionales a partir de las cuales se infiere un tratamiento sobre la prueba ilícita, tenemos a Bolivia<sup>67</sup>, Colombia<sup>68</sup>, Costa Rica<sup>69</sup>, Perú<sup>70</sup>, Uruguay<sup>71</sup> y Venezuela<sup>72</sup>. En estos países, las disposiciones que establecen la ineficacia de los medios probatorios obtenidos en violación de derechos fundamentales, pueden agruparse de la siguiente manera: (i) las normas que establecen la ineficacia de los medios de prueba como un remedio previsto por la Constitución ante la violación de los derechos fundamentales y (ii) las normas que establecen la ineficacia de los medios de prueba que por el tipo de violación producido al derecho fundamental afectan la información que brinda el medio de prueba.

En el primer grupo encontramos, por ejemplo, la disposición que establece la nulidad de la prueba que contraviene el derecho al debido proceso (Colombia) y la que establece la ineficacia de los documentos obtenidos con violación al derecho al secreto de las comunicaciones (Perú). En el segundo grupo tenemos

---

64. Artículo 5 de la Constitución Federal de Brasil de 1988: «são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos».

65. «Artículo 76 de la Constitución de Ecuador. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria». VELAZQUEZ, Santiago. Reporte nacional de Ecuador.

66. Artículo 17 de la Constitución de Paraguay. «En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: ... g) que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas». VILLALBA, Pablo. Reporte nacional de Paraguay.

67. «Artículo 24.IV de la Constitución de Bolivia: La información y prueba obtenidas con violación de correspondencia y comunicaciones en cualquiera de sus formas no producirán efecto legal».

68. Artículo 29 de la Constitución: «Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso». GUAYACÁN, Juan Carlos. Ponencia nacional de Colombia.

69. Artículo 40 de la Constitución de Costa Rica: «Nadie puede ser sometido a tratamientos crueles y degradantes (...) Toda declaración obtenida por medio de la violencia será nula». ATAVIA, Sergio. Reporte nacional de Costa Rica.

70. Artículo 2 inciso 10 de la Constitución del Perú: «[l]as comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. (...) Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal (...)». Artículo 2 inciso 24 numeral h) de la Constitución del Perú: «[n]adie debe ser víctima de la violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. (...) Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad». SOTERO GARZÓN, Martín. Reporte nacional de Perú.

71. VALENTÍN, Gabriel. Reporte nacional de Uruguay.

72. «Artículo 49.1. de la Constitución de Venezuela: (...) Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso (...)».

las disposiciones que restan eficacia probatoria a las declaraciones obtenidas por violencia moral, psíquica o física (Costa Rica, Perú).

Una mención especial merece el hecho que el Tribunal Constitucional peruano haya establecido que la exclusión de un medio probatorio que vulnera derechos fundamentales es, a su vez, un derecho fundamental<sup>73</sup>: «la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración a un derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona»<sup>74</sup>.

Otra mención especial la merece Cuba<sup>75</sup> donde su Constitución Socialista de 1976, en el segmento dedicado a los Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales, dispone que «No se ejercerá violencia ni coacción de clase alguna sobre las personas para forzarlas a declarar. Es nula toda declaración obtenida con infracción de este precepto y los responsables incurrirán en las sanciones que fija la ley.» Sin embargo, se señala que esta es una mera declaración que, aunque se repite en la Ley de Procedimiento Penal, no tiene consecuencia jurídica alguna<sup>76</sup>.

#### IV.4. Un problema de colisión de principios

La consideración de la prueba como un derecho fundamental plantea que cualquier regla que pretenda restarle eficacia probatoria a un medio de prueba solo puede estar justificada en la protección de otro derecho fundamental, en caso contrario, la restricción que pudiera querer ser impuesta por una regla podría devenir en inconstitucional.

Aun considerando a la prueba como un derecho fundamental de configuración legal, el ámbito de regulación del legislador se restringe pues no solo no puede derogar el derecho, sino tampoco establecer en su regulación restricciones que afecten en lo sustancial o más allá de lo razonable al derecho fundamental a la prueba.

---

73. SOTERO GARZÓN, Martín. Reporte nacional de Perú.

74. STC No. 00655-2010-HC/TC. Disponible en: «<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html>»

75. MENDOZA DÍAZ, Juan. Reporte nacional de Cuba.

76. MENDOZA DÍAZ, Juan. Reporte nacional de Cuba.

Establecer el problema de la prueba ilícita como un problema desde los principios constitucionales, antes que un mero problema de meras reglas de exclusión, permite no solo ubicar el problema en su verdadera esfera, sino resolver los problemas concretos que se presenten, a pesar de la inexistencia de las reglas específicas. Eso es lo que se anuncia que ocurre, por ejemplo, en Chile en los ámbitos en los que no existe una regulación específica de las consecuencias de un medio probatorio obtenido en contravención a derechos fundamentales, en el que el problema se coloca como uno de infracción al derecho al debido proceso y los demás derechos fundamentales<sup>77</sup>.

De otra parte, si definimos a la prueba ilícita como aquella obtenida en violación de derechos fundamentales y la posibilidad de que ésta, a pesar de haber sido ofrecida por una de las partes en ejercicio de su derecho a la prueba, pueda no tener eficacia, es claro que dicha solución nos enfrenta a una situación de colisión entre el derecho fundamental que fue vulnerado para obtener el medio de prueba y el derecho a la prueba en ejercicio del cual se ofreció y en virtud del cual se tendría derecho a que se admita, actúe y valore dicho medio de prueba.

Esta es la manera como ha sido planteado precisamente el problema en algunos países de Iberoamérica<sup>78</sup>. La situación a determinar es qué valores son los que entran en colisión y, sobre esto hay varios planteamientos. Uno de ellos, es el que pone en frente al derecho a la verdad y a los otros derechos fundamentales<sup>79</sup>. De otro lado, está la confrontación entre el derecho a la prueba y los otros derechos fundamentales<sup>80</sup>.

Una situación particular se encuentra en Brasil, donde la inadmisibilidad de los medios de prueba obtenidos ilícitamente se encuentra en la Constitución, en la parte relativa a los derechos fundamentales, razón por la cual la jurisprudencia y la doctrina trata el problema sin mayores obstáculos, a partir de la colisión de valores o principios fundamentales del sistema jurídico<sup>81</sup>.

---

77. LETELIER, Enrique. Reporte nacional de Chile.

78. Es el caso de Perú: SOTERO, Martín. Reporte nacional de Perú.

79. SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, Lima, Grijley, 2014, p. 769, citado por: SOTERO, Martín. Reporte nacional de Perú.

80. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El problema de la prueba ilícita. En: Proceso y Constitución, Actas del II Seminario Internacional de Derecho Procesal Proceso y Constitución entre el 10 y 13 de mayo 2011, Lima, Ara, 2011, p. 402; VILLA GARCÍA, Javier. La prueba prohibida en el proceso civil. En: PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador). Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. Lima, Palestra, p. 390-391; citados ambos por: SOTERO GARZÓN, Martín. Reporte nacional de Perú.

81. ZUFELATO, Camilo. Reporte nacional de Brasil.

Si el problema es uno de colisión de derechos fundamentales, debería resolverse aplicando el test de ponderación, analizando en el caso concreto qué derecho es el que se sacrifica y en qué medida. Incluso admitiendo la posibilidad de aplicar el test de ponderación para resolver los problemas de admisión de los medios de prueba ilícitos, para algunos, se hace preciso distinguir si el derecho fundamental sacrificado es uno sustancial o procesal, pues en caso el sacrificio sea a un derecho sustancial, la admisión del medio de prueba obtenido violándolo sería menos pacífico, que el caso de admitir un medio de prueba que haya lesionado un derecho procesal<sup>82</sup>. Una solución que implique que en el test de ponderación haya que distinguir entre si el derecho afectado es sustancial o procesal no me parece la más adecuada, puesto que un derecho fundamental o lo es o no lo es, sin importar en nada si es procesal o sustancial. En todo caso los contenidos y alcances del derecho fundamental serán que ser tenidos en cuenta al momento de aplicar el test de ponderación.

Sin embargo, hay quienes sostienen que la solución no viene dada por la aplicación del test de ponderación, sino mas bien por el establecimiento de ciertos remedios para la protección de los otros derechos fundamentales que pudieran ser afectados con la finalidad de conseguir un medio de prueba. Estos remedios se expresarían precisamente a través de reglas de exclusión probatorias contenidas, como he indicado precedentemente, muchas veces en los textos constitucionales iberoamericanos<sup>83</sup>. No me parece que estas dos visiones sean contradictorias entre sí, si consideramos que el establecimiento de remedios para la protección de los derechos fundamentales lesionados no es contradictorio con la consideración de la prueba ilícita como un problema de colisión de derechos fundamentales. El verdadero problema está en que esas reglas se apliquen sin tener en consideración todos los derechos fundamentales implicados en el conflicto.

La determinación del método para resolver los problemas de la prueba ilícita se presenta como una expresión para resolver los problemas de colisión entre derechos fundamentales en general<sup>84</sup>.

La jurisprudencia ha actuado conforme a las situaciones específicas que ha tenido que resolver. De este modo, cuando ha tenido ante sí la regla de exclu-

---

82. SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, Lima, Grijley, 2014, p. 770, citado por: SOTERO, Martín. Reporte nacional de Perú.

83. CASTILLO ALVA, Luis. José Luis. Breves apuntes sobre la prueba ilícita. En: Diálogo con la Jurisprudencia No. 83, agosto 2005, p. 19-29. Citado por: CASTILLO ALVA, Luis. Jose Luis. Breves apuntes sobre la prueba ilícita. En: Diálogo con la Jurisprudencia No. 83, agosto 2005, p. 19-29.

84. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El problema de la prueba ilícita. En: Proceso y Constitución, Actas del II Seminario Internacional de Derecho Procesal Proceso y Constitución entre el 10 y 13 de mayo 2011, Lima, Ara, 2011, p. 402. Citado por: SOTERO, Martín. Reporte nacional de Perú.



sión probatoria, la ha aplicado; y en aquellos casos en los que no la ha tenido ha, mas bien, ponderado<sup>85</sup>. Es interesante señalar, sin embargo, que cuando se ha dado el caso, la jurisprudencia ha reclamado para sí la competencia para determinar los efectos que pudiera tener un medio probatorio obtenido ilícitamente en el proceso<sup>86</sup>.

Afrontar el problema como uno de colisión de principios o valores fundamentales del sistema jurídico nos coloca el reto de identificar adecuadamente cuáles son esos valores o principios en conflicto. De esta manera, es imperativo no caer en la tentación de plantear falsos dilemas constitucionales cuando se plantea el problema de la prueba ilícita. Uno de esos falsos dilemas es el de la confrontación de los valores garantía versus eficacia<sup>87</sup>, con el que un sector de la doctrina iberoamericana pretende plantear el problema. Es un falso dilema puesto que la eficacia es una de las garantías del proceso, por lo tanto dicho planteamiento parte del error de excluir a la eficacia de las garantías, y por lo tanto, se incurre en el mismo error en el que incurría de plantear el problema como uno de conflicto entre pruebas y garantías. En general, pretender explicar el problema como uno de enfrentar «garantías» respecto de los demás derechos procesales incurre en el problema de excluir de las «garantías» a alguna de ellas, por lo que en verdad se trata de enfrentar el problema como uno de infracción de garantía procesal (sea prueba, debido proceso, etc) con los derechos fundamentales que pudieran haber sido lesionados con la ilicitud de la que adolece el medio probatorio.

Otras formas como se ha enfrentado el problema de la prueba ilícita en Iberoamérica es como uno de infracción a los principios de buena fe o lealtad procesales<sup>88</sup>. No creo que el estudio de la prueba ilícita considerada desde la perspectiva de los derechos fundamentales excluya una visión desde la buena fe procesal. Sin embargo, creo que es preciso distinguir los dos análisis en aras de determinar las diversas consecuencias que se pudiera generar, solo respecto de la eficacia de la prueba, sino respecto a la sanción de las partes y sus abogados al interior del proceso.

---

85. «El Tribunal Constitucional considera necesario señalar, en los casos que corresponda, que las pruebas actuadas en los procesos ante la jurisdicción militar no resultan viciadas o inutilizables por el hecho de que se haya violado el derecho al juez competente. En efecto, la eventual lesión de tal derecho constitucional no afecta de manera automática la validez de los medios de prueba que hubiesen sido recopilados o actuados antes de que se declare la existencia de ese vicio». STC del Tribunal Constitucional peruano No. 1126-2004-HC/TC. SOTERO, Martín. Reporte nacional de Perú.

86. «las excepciones a la regla de prohibición de valorar las pruebas con violación de la Constitución —sean estas directas o indirectas—, no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ello garantiza mejor el debido proceso y analiza el caso por caso». Acuerdo Plenario de los Vocales Superiores del 10 y 11 de diciembre de 2004. SOTERO, Martín. Reporte nacional de Perú.

87. LETELIER, Enrique. Reporte nacional de Chile.

88. Esto es lo que se reporta de Brasil y Chile. LETELIER, Enrique. Reporte nacional de Chile y ZUFELATO, Camilo. Reporte nacional de Brasil.

## IV.5. Consecuencias de la ilicitud de la prueba

La legislación iberoamericana que ha regulado la prueba ilícita establece la exclusión de los medios de prueba que han sido obtenidos con violación de derechos fundamentales. Es el caso de Argentina<sup>89</sup>, Colombia<sup>90</sup>, Brasil<sup>91</sup>, Chile<sup>92</sup>, Ecuador<sup>93</sup>. Este es el mismo sendero por el que ha optado la jurisprudencia argentina<sup>94</sup>.

En el caso chileno hay una previsión especial en el caso del proceso laboral, en el que no se establece una regla inadmisibilidad de la prueba ilícita, sino mas bien se establece una regla que se dirige a establecer su no valoración; «lo que en opinión de este informante, aun cuando podría criticarse la técnica legislativa, refuerza la idea que, aun cuando la ilicitud de la prueba aparezca en la fase de su producción en juicio, el tribunal de adjudicación no puede valorarla (prueba *inutilizable*)»<sup>95</sup>.

En el caso peruano existe un tratamiento diferenciado en la regulación que existe entre el proceso civil en el que los medios de prueba no se admitirían y el proceso penal en el que los medios de prueba no se valorarán<sup>96</sup>.

A partir de todas esas regulaciones, como bien se ha explicado, «podríamos afirmar que en estos ámbitos la consecuencia que se atribuye a la hipótesis de prueba ilícita es su exclusión *prima facie*, sujetándose a dos excepciones: (i) que su utilización pueda ser justificada a partir de los métodos de solución de conflictos entre principios o derechos fundamentales o (ii) que su utilización pueda ser justificada a partir de las excepciones de (a) obtención de buena fe,

---

89. SALGADO, José María. Reporte nacional de Argentina. Se menciona en este reporte que una posición minoritaria considera que se trataría mas bien de un problema de valoración.

90. Artículo 23 del Código Penal. «Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia».

«Artículo 214 de la ley 1437 del 2011. Exclusión de la prueba por la violación al debido proceso. Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas».

91. ZUFELATO, Camilo. Reporte nacional de Brasil.

92. LETELIER, Enrique. Reporte nacional de Chile.

93. VELAZQUEZ, Santiago. Reporte nacional de Ecuador.

94. SALGADO, José María. Reporte nacional de Argentina.

95. LETELIER, Enrique. Reporte nacional de Chile.

96. SOTERO GARZÓN, Martín. Reporte nacional de Perú.

(b) la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, (c) la fuente independiente, (d) hallazgo inevitable y (e) nexos causales atenuados»<sup>97</sup>.

De este modo, entonces, en los casos en que se ha dado una solución de exclusión del medio de prueba obtenido ilícitamente se han establecido criterios para no excluir información más allá de la necesaria atendiendo a la violación del derecho fundamental.

#### IV.6. Alcances de la exclusión probatoria

¿Hasta dónde alcanza la exclusión probatoria? Algunos países tienen una respuesta clara a esta pregunta, otros más bien no.

Colombia es uno de los países que tiene una regla que establece cuál es el alcance de la exclusión probatoria, a consecuencia de la ilicitud, con una disposición que establece que: «Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia»<sup>98</sup>. Precisamente para poder establecer esos alcances, otra norma establece como criterios que se deben considerar para determinar cuándo un medio de prueba debe considerarse como dependientes de las obtenidas ilícitamente<sup>99</sup>, el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable.

Una regulación similar se encuentra en Brasil, en el que el artículo 157 del Código Procesal Penal señala que: «São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais». E inmediatamente se agrega en su § 1º que «São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras». Incluso su § 2º. aclara que «Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova».

97. SOTERO GARZÓN, Martín. Reporte nacional de Perú

98. Esta norma existe para el proceso penal y contencioso administrativo. GUAYACÁN, Juan Carlos. Ponencia nacional de Colombia.

99. Artículo 455 del Código Penal de Colombia. «Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley». GUAYACÁN, Juan Carlos. Ponencia nacional de Colombia.

En Argentina se sostiene que «La teoría de los frutos del árbol venenoso no alcanza a aquellas pruebas o constancias del proceso que son independientes de los mecanismos irregulares, que encuentran sustento en la actividad válida, o provienen de una investigación con otro cauce. Para concluir que existe un curso de prueba independiente, no es suficiente que a través de un juicio hipotético o meramente conjetural se llegue a esa conclusión, o que se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio, es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente»<sup>100</sup>.

Los criterios antes mencionados han sido definidos por la jurisprudencia. Así, la Corte Constitucional colombiana, señalando «en el sentido de que por **vínculo atenuado** se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible (...) atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; ( iv ) la **fuerza independiente**, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso (...); y ( v ) el **descubrimiento inevitable**, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito (...)»<sup>101</sup>.

En esa línea la Corte Constitucional colombiana ha señalado que: «La Corte también rechaza la insinuación de que una prueba ilícita contamina ipso facto todo el acervo probatorio. La Constitución garantiza que la prueba obtenida con violación del debido proceso sea excluida del acervo. Pero no se puede confundir la doctrina de los frutos del árbol envenenado con la teoría de la manzana contaminada en el cesto de frutas. La primera exige excluir las pruebas derivadas de la prueba viciada, lo cual se deduce de la Constitución. La segunda llegaría hasta exigir que además de excluir las pruebas viciadas, se anulen las providencias que se fundaron en un acervo probatorio construido a partir de fuentes lícitas independientes de las pruebas ilícitas, el cual, en sí mismo, carece de vicios y es suficiente para sustentar las conclusiones de las autoridades judiciales, sin admitir ni valorar las manzanas contaminadas dentro de una canasta que contiene una cantidad suficiente de pruebas sanas.»<sup>102</sup>

---

100. SALGADO, José María. Reporte nacional de Argentina.

101. Corte Constitucional Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005. GUAYACÁN, Juan Carlos. Ponencia nacional de Colombia.

102. Corte Constitucional, Sentencia SU 159 del 6 de marzo de 2002. GUAYACÁN, Juan Carlos. Ponencia nacional de Colombia.

Estas restricciones a los efectos de exclusión de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales tienen que ver con la determinación del alcance de la ilicitud. Sin embargo, una vez identificado qué medio de prueba es aquel que ha sido obtenido con la violación de los derechos fundamentales se hace preciso aplicar solo respecto de estos el juicio de ponderación.

De este modo entonces, dentro del método que el Juez debe emplear para resolver los problemas derivados de la prueba ilícita, se hace preciso, en primer término, establecer los alcances de la ilicitud y, en segundo término, aplicar el test de ponderación, respecto de aquellos medios probatorios afectados con la ilicitud.

## **V. A modo de conclusión**

A partir de lo analizado en este reporte, respecto a las reglas de exclusión probatoria desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales, queda claro que en Iberoamérica la prueba es considerada como un derecho fundamental y que las reglas de exclusión probatoria son restricciones a dicho derecho fundamental. De este modo, sólo serán constitucionalmente válidas, aquellas que resistan el juicio de ponderación.

En la medida que la prueba ilícita es aquella obtenida con violación de derechos fundamentales, el problema de si se debe admitir o no una prueba ilícita en un proceso debe resolverse acudiendo al test de ponderación. En este juicio se deben excluir aquellos medios probatorios en cuya obtención se han empleado medios que no permitan confiar de la información que brinda dicho medio de prueba.

El juicio de ponderación debe tener en cuenta no solo el derecho fundamental a la prueba, sino también al derecho fundamental que en proceso específico se quiere proteger y, de otro lado, al derecho fundamental que está siendo vulnerado con la actividad ilícita. Las reglas que brindan una solución absoluta, esto es, la de excluir el medio de prueba obtenido ilícitamente, de anulan la vigencia del derecho a la prueba en el caso concreto. En ese sentido, no aportan una solución que tenga en cuenta que estamos frente a una colisión de derechos fundamentales, problema frente al cual, hay que tratar de dar una solución que restrinja lo menos posible a los derechos fundamentales involucrados.

# Illegally obtained evidence in civil litigation: a comparative perspective<sup>1</sup>

---

Luca Passanante<sup>2</sup>

**Summary:** 1. Introduction. – 2. Can be considered «illegal» the evidence obtained with infringement of procedural rules? – 3. The silence of statute law in civil litigation. – 4. Some Court reactions to statute law silence. – 4.1. France. – 4.2. Germany. – 4.3. England. – 4.4. Netherlands. – 4.5. Poland. – 4.6. Russia. – 4.7. Japan. – 4.8. Italy. – 5. Lack of regulation as an axiological gap. – 6. Deducing from principles the exclusionary rule against illegally obtained evidence. – 7. Conclusion.

**Abstract.** This article is aimed at providing a comparative analysis of the «dilemma» of illegally obtained evidence in civil procedure and tries to give an answer to the fundamental question of its admissibility, taking into consideration some of the main problems and aspects connected with it. The first problem that will be discussed deals with the concept of illegally obtained evidence: there is, in legal literature, some confusion about what «illegally obtained evidence» really is, a confusion that sometimes prevents a clear analysis of the subject, and the search for useful solutions. A second problem connected with illegally obtained evidence is a general lack of regulation in statute law: the majority of legal systems—contrary to what generally happens in criminal procedure— do not provide any specific rule and, in particular, any rule of exclusion for illegal evidence in civil actions. This lack of statutory regulation leaves enough space to case law, that will be examined in the fourth paragraph of this article. The analysis of case law reveals a somehow common attitude of civil and common law Courts to follow a case-by-case approach, that sometimes can hide

---

1. The author would like to thank the following Colleagues, for providing accurate and useful national reports: Soraya Amrani-Mekki (France); Kinga Flaga-Gieruszyńska and Aleksandra Klich (Poland); Christoph A. Kern and Dominik Mohr (Germany); Minoru Yoshigaki (Japan); Maria Filatova (Russia); C.H. van Rhee (Remco) and F. Fernhout (Netherlands). Some of the national reports—from which are drawn most of the information, displayed in this paper, concerning the different national legal systems— will be published in a separate volume. The entire responsibility of this work, including possible mistakes, is, of course, of its author.

2. Tenure researcher in Civil Procedure and adjunct professor of Institutions of Civil Procedure and Comparative Civil Procedure, University of Brescia, Italy.

—in reality— the preponderance of moral arguments on legal ones, in order to decide whether to admit or to exclude illegally obtained evidence in civil procedure. This attitude, in our view, is not desirable and makes it clear the need for technical and more strictly legal reasons in order to decide whether illegally obtained evidence should be admitted or not. To this end, will be discussed the possibility of deducing an exclusionary rule against illegal evidence from constitutional principles. The conclusion will be that this is not possible and that when there is a lack of regulation, the courts should not exclude illegally obtained evidence deducing an exclusionary rule from constitutional principles that have no relation with the judicial protection of rights.

## 1. Introduction

A jealous husband records the phone conversations of his wife; a man spies with a drone the neighbor behavior to prove a violation of property rules; an employee steals documents from his employer to obtain the evidence of due salaries or of violations of employees' rights; a company hires a private detective to discover by any means potential unfair competition.

All these behaviors can be against the substantive law and can result in what we call «illegally obtained evidence». The main issue raised by illegally obtained evidence in civil litigation is, in a word, admissibility: since many judicial systems do not provide any specific rule in respect to this phenomenon, the fundamental question is whether or not such evidence —maybe perfectly genuine in itself— should be admitted or not in a civil process.

This article is aimed at providing a first analysis of the «dilemma» of illegally obtained evidence in comparative perspective and tries to give an answer to the fundamental question of its admissibility, taking into consideration some of the main problems and aspects connected with it.

## 2. Can be considered «illegal» the evidence obtained with infringement of procedural rules?

Before discussing the subject on the merits, it is necessary to deal with a crucial methodologic problem, that is to say the problem of defining its concept, trying to distinguish what properly an «illegally obtained evidence» is, from what it's not.

First of all, we should make it clear that there is in legal literature some confusion on the concept of illegally obtained evidence: the main issue, then, is

distinguishing what we properly call «illegally obtained evidence» from the evidence presented in civil proceeding with breach of procedural rules. Some authors, in reality, treat —in my view wrongly— these two problems together<sup>3</sup>. This distinction might seem to be clear to understand, and easy to explain, but legal scholars sometimes show how, on the contrary, it is often unclear and confused. Moreover, this distinction is very important in order to identify precisely the boundary of the phenomenon, the problems raised by it and the possible solutions.

Sometimes, legal literature indifferently deals with the problem of illegal evidence and the problem of inadmissible evidence, as they were the same thing. Beyond the definition problems —that sometimes can be fruitless to be discussed— the substance of this issue has a crucial relevance: I mean that we may conventionally decide to name one or another phenomenon as we like, but if we deal with evidence, which is forbidden by procedural law (by virtue of an exclusionary rule), we already know that it won't be admitted in the process, and that it cannot be used by the judge in deciding the case. In these cases, in fact, the problem of admissibility is not even a problem, because the procedural rule itself prevents the judge from using that kind of evidence. On the contrary, if we deal with evidence that has been collected by means of behaviors against substantive law, we might not know whether it is admissible or not. This happens because in most of modern Countries, with some limited exceptions — Spain<sup>4</sup>, Brazil<sup>5</sup> or Australia<sup>6</sup>, for example— the so called «statute law» or «written law» doesn't provide specific procedural rules in order to determine in advance the admissibility or inadmissibility of illegally obtained evidence. Of course, the problem is particularly relevant when this evidence is perfectly genuine and the question might be why to exclude it. On the contrary, when the illegal behavior affects the genuineness of the evidence (for example a false document or an adulterated tape) this will make it unreliable, and

---

3. For an example in the Italian legal literature see: G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, pp. 34-87 and F. ANGELONI, *Le prove illecite*, Padua, 1992, p. 7-9. To some extent this misunderstanding can be also seen in the interesting article V. BREDÀ – M. VRICELLA, *English Pragmatism and Italian Virtue: A Comparative Analysis of the Regime of Illegally Obtained Evidence in Civil Proceedings between Italy and England*, in *Maast. Jour. of Comp. Law* 21, 2014, 3. I have pointed out this confusion and tried to overcome it, clarifying different concepts in my recent work L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Turin, 2017, *passim*.

4. On Spain, see J. PICÓ I JUNOY, *La Prueba Ilícita en el Proceso Civil Español* in *Temas Atuais de Processo Civil*, Vol. 1, n. 5, Nov. 2011; *Id.*, *La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil*, en *Revista de derecho procesal*, 2005, pp. 59-100; R. Bellido Penadés, *La prueba ilícita y su control en el proceso civil*, en *Revista española de derecho constitucional*, 2010, pp. 77-114.

5. On Brazil, see MARINONI – MITIDIERO, *Código de processo civil comentado*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008 (although referring to former code of civil procedure). For the new code see *Novo código de processo civil anotado*, Porto Alegre, 2015, p. 306-307.

6. On Australia see the document published by the *Australian Law Reform Commission*, available on the following website: <http://www.alrc.gov.au/publications/16.%20Discretionary%20and%20Mandatory%20Exclusions/exclusion-improperly-or-illegally-obtained-e>



the evidence will be admitted, but evaluated as deceptive and misleading, that is to say lacking an epistemic capability.

The purpose of this paragraph is to demonstrate that, also on a theoretical basis, it would be inappropriate to consider «illegal» the evidence obtained with infringement of procedural norms.

Given this thesis, we have unfortunately to deal with the problem of the nature of norms, so what we should determine, first of all, is whether a norm can be considered procedural or substantial, and how we can distinguish one from another. This is an old problem, subject to a vivid debate in many Countries. As an example, we can mention the American discussion over the application by the federal Courts of the federal or state rules of evidence in the so called «diversity cases»<sup>7</sup>. It is well-known that the distinction between procedure and substance to this end has been inspired by the so called «outcome determinative test», since the *Erie* case. The so called «*Erie* doctrine», in summary, states that a norm should be regarded as «substantial» any time it is capable to determine a different outcome of the merit of the dispute. During the last decades, this test has been, in some respects, rewritten by the courts and the distinction between substance and procedure has become even more uncertain, because it has been more and more inspired by judicial policy reasons<sup>8</sup>. Eventually, the criteria used by American Federal Courts are very flexible and look like inspired by a great deal of relativity<sup>9</sup>: they are, at the end, very confusing, and I assume it would be very dangerous to rely upon them to distinguish the substantive and procedural norms, in order to define the concept of «illegally obtained evidence».

Furthermore, we can mention the likewise debate between the legal scholars and the Courts in Italy: while according to some authors the norms about the burden of proof and about the admissibility of proof should be regarded as

7. About this problem, see *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938) overruling *Swift v. Tyson*, 41 U.S. 1 (1842), in the so called cases brought under diversity jurisdiction (that is to say cases in which the claimant and the defendant come from different States, falling, for this reason, under the federal jurisdiction according to the *Judiciary Act 1789*, Ch. 20, p. 78, Sec. 11). In the American legal literature see: L. K. TUNKS, *Categorization and Federalism: «Substance» and «Procedure» after Erie Railroad Co. v. Tompkins*, in 3 *Ill. L. Rev.*, 1939, p. 271; A.J.S., *Federal Courts: Application of Erie Railroad Co. v. Tompkins to Burden of Proving Contributory Negligence*, in 29 *California L. Rev.*, 2, 1941 pp. 228-229.

8. See, in the American legal literature: J. HART ELY, *The Irrepressible Myth of Erie*, in 87 *Harv. L. Rev.*, 1974, p. 693; C. GREEN, *Repressing Erie's Myth*, in 96 *Cal. L. Rev.*, 2008, pp. 595-660; J. TIDMARSH, *Procedure, Substance, and Erie*, in 64 *Vand. L. Rev.*, 2011, p. 877. For some relevant case law, see: *Gasperini v. Ctr. for Humanities, Inc.*, 518 U.S. 415 (1996); *Semtek Int'l Inc. v. Lockheed Martin Corp.*, 531 U.S. 497 (2001) e *Shady Grove Orthopedic Assocs. v. Allstate Insur. Co.*, 130 S. Ct., 1431, (2010). On these decisions, see J. B. KING, *Clarification and Disruption: The Effect of Gasperini v. Center for Humanities, Inc. on the Erie Doctrine*, in 83 *Cornell L. Rev.*, 1997, p. 161 and 164.

9. On this issue, see J.S. HENDRIKS, *In Defence of the Substance-Procedure Dichotomy*, in 89 *Wash. U. L. Rev.*, 2011, pp. 103-154.

«procedural»<sup>10</sup>, the Supreme Court of Italy (Corte di Cassazione) has a completely different opinion. In its view, the norms that rules the burden and admissibility of proof should be considered «substantial», also on the argument that they are usually located in the civil code and not in the code of civil procedure<sup>11</sup>. The criterion used by the Supreme Court of Italy seems to be very superficial, but, on the other side, it seems very difficult to rely on the opinions of the doctrine. In the literature, beyond the contrast between authors who consider substantial or procedural the norms that deals with the admissibility of proof, we must acknowledge that there is a cross-attitude underlying all the different opinions, which appear all inspired by a general relativism<sup>12</sup>.

It's not worthy here to go into a deeper analysis of this debate, but what really matters in our perspective is to be aware of the fact that either in Italy, or in the U.S. —as examples— the relativistic approach is not helpful in providing a secure and clear criterion to distinguish substance from procedure. This is why we need to follow a different path in order to draw a clear concept of illegally obtained evidence.

The fundamental reason why, in my opinion, we shouldn't consider «illegal» the evidence obtained with infringement of procedural norms belongs to general legal theory and relies on the distinction between imperative and technical norms. This distinction is well-known, especially in the civil law systems<sup>13</sup>, and can be summarized as such: imperative norms produce obligations for the subject who are addressed to. On the contrary, technical norms do not produce proper obligations: they rather give birth to onuses<sup>14</sup>. To make it clear we may think about the rules of a recipe: beyond the fact that they are not legal norms, they have to be obeyed *if* what we want is to gain the result of a good dish. Beyond metaphor, we can find this kind of norms also in the legal system and the codes of civil procedure are ones of the best places where to find

10. See, for a classic opinion, E.T. LIEBMAN, *Norme processuali nel codice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, p. 154; *Id.*, *Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prove*, *ivi*, 1969, p. 353.

11. See Cass., 19.3.2014, n. 6332, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass., 4.2.2000, n. 1247, *ivi*, 2000). On the substantive nature of the norms on the burden of proof, see Cass. 18.3.2004 n. 5484, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 3; Cass. 28.3.2007, n. 7581, *ivi.*, 2007, 3; Cass. s.u., 14.1.2009, n. 564 in *Giust. civ. mass.*, 2009, 1, 51 and in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2009, 6, p. 530. See also Cass. 22.2.2007, n. 4196, in *Guida dir.*, 2007, 14, p. 55.

12. In this perspective see V. DENTI, *La relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 16 ss. e in *Id.*, *Dall'azione al giudicato*, Padua, 1983, p. 3 ss. and, beforehand, G. CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Rome, 1930, p. 241 ss. Nowadays the legal literature still considers this problem unsolved: see F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. II. Il processo di cognizione*, Milan, 2015 VII ed., p. 4

13. Nevertheless, see H.J. PATON, *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*, Philadelphia, 1947, *passim*. In the Italian literature, among many others, see G. GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Turin, 1970.

14. See, again, G. GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Turin, 1970.

them<sup>15</sup>. The first and most obvious example of such a technical norm is the rule of burden of proof: *if* the claimant wants to win, he *has to* fulfil the *onus probandi* in relation to the facts on which his claim is based on. On the other side, *if* the defendant wants his defense to be accepted and the claim raised by the claimant to be rejected, likewise he *has to* fulfil the burden of proof in relation to the facts on which his defense is based on. The claimant and the defendant are not subject to a legal obligation to prove the facts in their favor, but they are subject to a mere onus<sup>16</sup>: this means that if they are not capable to fulfil their burden of proof, they will lose the case, but they won't properly suffer a sanction for that. Similarly many other rules of procedure creates onuses<sup>17</sup>, rather than obligations, because the consequence of their break does not imply a sanction (such as a fine, or another kind of punishment), but simply prevents the party to gain the hoped result.

In this perspective all the exclusionary rules of evidence in civil procedure should be regarded as technical rules; rules that, as such, do not produce any proper legal obligation on the parties, but rather impose on them an onus. In such a case, this onus consists in presenting to the court admissible evidence, in default of which it won't be taken into account by the judge when deciding the case. Accordingly, in my view, inadmissible evidence is just inadmissible, and it can never be regarded as «illegal». A behavior that does not comply with technical norms can't be regarded as illegal. Illegal can be only the evidence obtained in violation of a rule that impose a proper sanction.

In conclusion, when we talk about «illegally obtained evidence» we should refer to all the evidence that—whether admissible or not, according to the rules of civil procedure— has been collected by the private parties with violation of substantive norms, imposing proper sanctions on the transgressor. In reality this happens, for example, when the party violates criminal law rules, privacy law rules, and, according to some opinions, constitutional rules and principles, and so on.

---

15. For an interesting analysis of the concept of «onus» in civil procedure see M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in T. MAZZARESE (ed.), *Teoria del diritto e filosofia analitica. Studi in ricordo di Giacomo Gavazzi*, Turin, 2012, p. 61.

16. For a partially different opinion in Brazilian literature, see V. DE PAULA RAMOS, *Onus da prova no processo civil. Da onus ao dever de provar*, São Paulo, 2015.

17. See, again, see M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in T. MAZZARESE (ed.), *Teoria del diritto e filosofia analitica. Studi in ricordo di Giacomo Gavazzi*, Turin, 2012, p. 61. On the concept of onus in the general legal theory, see in the Italian literature, O.T. SCOZZAFAVA, voce *Onere (nozione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milan, 1980, p.99; P. GELATO, voce *Onere*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. XIII, Turin, 1995, p. 59.

### 3. The silence of statute law in civil litigation

Now it should be clear what we mean by «illegally obtained evidence» and, in this perspective, the first question to be answered is whether there is a statute law rule that allows or forbid the illegally obtained evidence.

In most of European and western legal systems, including the U.S.<sup>18</sup>, there is—in respect of civil proceedings—a lack of such a regulation, with only few exceptions. Among these we can mention the Spanish legal system, where there are two different rules that generally prevent the judge from relying on illegally obtained evidence. One of them is included in the *Ley Organica del Poder Judicial* (the Judiciary Act) and provides that «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales» (art. 11.1), that is to say that evidence collected with violation of fundamental freedoms or rights won't have effect. Another one can be found in the code of civil procedure (*Ley de Enjuiciamiento Civil*), and forbids the use in civil proceedings of evidence obtained with violation of human rights<sup>19</sup>.

Another similar provision can be met in the new code of civil procedure of Brazil, where the article 369 states that the evidence must be «legal and morally legitimate»<sup>20</sup>. The wording of this provision is quite confusing, but it is probably intended to prevent the parties from relying on illegally obtained evidence, even though this exclusion appears to be left to judicial discretion rather than to be automatic<sup>21</sup>.

18. Neither the *Federal Rules of Civil Procedure* nor the *Federal Rules of Evidence* do specifically deal with the problem of illegally obtained evidence. It is possible to find rules concerning this phenomenon in some statute state law.

19. Article 287 of the *Ley de Enjuiciamiento Civil* states as follows: «Ilicitud de la prueba. 1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oír a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud. 2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se intente, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva».

20. Literally article 369 of the *Novo Código do Processo Civil* provides as follows: «As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz». A similar provision can be met in the Brazilian Federal Constitution, which at art. 5, LVI, provides: «são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos», but it looks to apply in criminal rather than civil proceedings.

21. This is, at least, the opinion of some distinguished Brazilian scholars: MARINONI-MITIDIERO, *Código de processo civil comentado*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008 (although referring to former code of civil procedure). For the new code see *Novo código de processo civil anotado*, Porto Alegre, 2015, p. 306-307.

In the common law world, Sec. 138 of the Australian *Evidence Act 1995* states the exclusion of improperly or illegally obtained evidence, providing that «evidence that was obtained improperly or in contravention of an Australian law, or in consequence of an impropriety or of a contravention of an Australian law, is not to be admitted unless the desirability of admitting the evidence outweighs the undesirability of admitting evidence that has been obtained in the way in which the evidence was obtained»<sup>22</sup>. In this case, it is clear that the law leaves the «last word» on admissibility of illegally obtained evidence to the Court, expecting the judge to balance the weight of the procedural right to produce evidence with the substantive rights violated by the evidence illegally collected.

If we exclude the abovementioned exceptions and a few others, we have to acknowledge that there is a common tendency in modern legal systems to avoid statute general prohibition of illegally obtained evidence in civil cases.

So, if we can't rely on a clear rule that bans illegal evidence limiting the right of presenting evidence to the Court, the general rule should be that all the relevant and admissible evidence according to the rules of civil procedure has to be admitted in civil cases<sup>23</sup>.

#### 4. Some Court reactions to statute law silence

In the silence of statute law, in some Countries the courts seem to have developed a more or less sophisticated theory on the admissibility of illegally obtained evidence. Going deeper, what can be easily argued is that, in reality, courts tend not to elaborate a general theory of illegally obtained evidence, but, rather, to decide on a case by case basis.

---

22. See the document published by the *Australian Law Reform Commission*, available on the following website: <http://www.alrc.gov.au/publications/>

23. This is the well known opinion, held in England by Lord Chief Justice, Lord Goddard in the case *Kuruma v. R* [1955] 1 All ER 236. This is also the conclusion to which we all should come reading the art. 402 of the *Federal Rules of Evidence* in the U.S., that provides — under the title «*General Admissibility of Relevant Evidence*» that: «Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: the United States Constitution; a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible», considering that in civil litigation there is no rule of exclusion for illegally obtained evidence. In the U.S., the *Supreme Court* has never applied in civil cases the rule of exclusion and the doctrine of fruits the poisonous tree— based on the Fourth Amendment of the Federal Constitution, and relevant in criminal trials (see *Ali v. Gonzales*, 440 F.3d 678, 681 and D.W. LEE, *Handbook of Section 1983 Litigation 2014*, New York, 2014, § 2.06 [B]). In civil law systems the same conclusion should be drawn, considering that the right to present evidence is fully and unquestionably covered by the constitutional right to a fair trial (about this aspect, see *futher*, par. 6).

Some examples can be helpful: several legal systems, in which there is a lack of regulation upon illegally obtained evidence, will be shortly examined hereinafter.

#### 4.1. France

In the French code of civil procedure there is not an express rule of exclusion for illegally obtained evidence, but such a rule has been created and developed by Courts.

In France it is usually made a distinction between **illegal evidence** and **unfair evidence**. The illegal evidence works like a limit to the search for truth and arises in some cases, such as:

- a) genetic experts *post-mortem*<sup>24</sup>;
- b) hypnosis or truth serum<sup>25</sup>;
- c) some kind of witnesses<sup>26</sup>.

The rules of exclusion in respect of illegal evidence are based either on the concept of *motif légitime* provided for by art. 10 of *Code civil*<sup>27</sup> or on the concept of *empêchements légitimes* provided for by art. 11 of *Code de procédure civile*<sup>28</sup>.

The concept of unfair evidence is more difficult to be defined: it has been created for the first time in a case of illegal recording of a phone conversation<sup>29</sup> and the rules of exclusion in respect of it are usually applied with different

24. Cons. const., déc. 30 septembre 2011, n° 2011-173, QPC ; *Droit de la famille*, n° 11, novembre 2011, alerte 89, Focus par M. Lamarche.

25. C. Puigelier et C. Tijus, L'hypnose en tant que moyen de preuve, *R.G.Dr. médical* 2002, pp. 137 sq; Cass. crim. 12 déc. 2000, *Bull. crim.* n° 369.

26. Art. 205 C. civ.

27. Art. 10 C. civ. provides that «Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.

*Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts».*

28. Art. 11 C. proc. civ. provides that «Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

*Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime».*

29. Soc. 23 mai 2007, n° 06-43.209, D. 2007. 1598, obs. A. Fabre, 2284, note C. CASTETS-RNAR, et 2008. 2820, obs. T. VASSEUR; RDT 2007. 530, obs. R. DE QUENAUDON; Procédures 2007. Comm. 182, obs. R. PERROT; JCP 2007. II. 10140, note L. WEILLER; JCP S 2007. 1639, obs. S. BÉAL ET A. FERREIRA; JCP E 2007. 2072, note C. GOLHEN; RD banc. fin. 2007. Comm. 196, obs. E. A. CAPRIOLI. The appeal, based on the alleged violation of art. 9 c. pr. civ. and of art. 6, § 1, ECHR, has been rejected with the following reasons: «*si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est*

degrees according to the subject matter involved. For example in the fields of commercial law<sup>30</sup> and of labour law<sup>31</sup> the rule is applied more strictly than in the field of divorce, in which the *Cour de cassation* sometimes allows the presentation of evidence even though it might be qualified as unfair<sup>32</sup>.

The analysis of Courts' decisions confirms that in France, in the light of a growing moralization of evidence, it is quite common a case by case approach<sup>33</sup>.

In this perspective, as a matter of fact, the Court can consider admissible and valid an illegally obtained evidence on the basis of the:

- *droits de la défense*<sup>34</sup>
- *principe de l'égalité des armes*<sup>35</sup>
- *principe du contradictoire*<sup>36</sup>.

---

*pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur».*

30. Com. 3 juin 2008, n° 07-17.147, Bull. civ. IV, n° 112; D. 2008. 1687, obs. E. CHEVRIER, 2476, note M. E. BOURSIER-MAUDERLY, 2749, chron. R. Salomon, 2820, et 2009. 2714, obs. P. DELEBECQUE; RTD com. 2009. 431, obs. B. BOULOC.

31. Soc. 16 janv. 1991, n° 89-41.052. See also: 18 mars 2008, n° 06-45.093, D. 2008. 992, obs. B. INES; Dr. soc. 2008. 608, obs. C. RADÉ; Soc. 4 juill. 2012, n° 11-30.266, D. 2012. 1894, et 2826, obs. J. D. BRETZNER; Civ. 2°, 26 sept. 2013, n° 12-23.387, D. 2014. 2478, obs. I. DARRET-COURGEON; Just. & cass. 2014. 121, rapp. E. Alt.

32. See. Civ. 2°, 3 oct. 1973, n° 72-13.920 and, for a less severe approach, Civ. 2°, 29 janv. 1997, n° 95-15.255, D. 1997. 296, note A. BÉNABENT; RTD civ. 1997. 640, obs. J. HAUSER.

33. For example, even though in a case of adultery has been excluded as evidence some SMS illegally intercepted (see Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 juin 2009, n° 07-21.796, FS-P+B+R+I : JurisData n° 2009-048627), in a labour case has been admitted SMS exchanged with a telephone provided to the employee by the employer (see: Cass. com. 10 févr. 2015, n° 13-14.779, D. 2015. 428 ; Revue de droit du travail, 2015, p. 191, note P. ADAM). Again, the rule of exclusion has been strictly applied in revenue cases: see Cass. ass. plén., 7 janvier 2011, pourvois n° 09-14.316 et 09-14.667; Cass. com., 24 mai 2011, F+B+P+I, n° 10-18.267.

34. In *matière sociale*, see: Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258 : JurisData n° 1998-004637 ; Bull. civ. 1998, V, n° 535 ; JCP G 1999, II, 10166, note S. Bouretz. En *matière fiscale*, Com. 16 juin 1998, Bull. civ. IV, n° 202. See also, CHR. DE LA MARDIÈRE, *La preuve en droit fiscal*, LexisNexis Litec, 2009, n° 18 et s., p. 11 et s.

35. Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-10.606 : Juris-Data n° 2007-038955 ; JCP G 2007, IV, 2253.

36. See: Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381 et n° 11-18.710, J.C.P. (G), n° 46, 12 novembre 2012, 1200, note S. AMRANI-MEKKI; Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381 et n° 11-18.710, J.C.P. (G), n° 46, 12 Novembre 2012, 1200, note S. Amrani-Mekki : « *Mais attendu, d'une part, que les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise, lesquelles sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile qui renvoient aux règles régissant les nullités des actes de procédure; Qu'ayant constaté que la société ne réclamait pas l'annulation du rapport d'expertise dont le contenu clair et précis avait été débattu contradictoirement devant elle, la cour d'appel, appréciant souverainement la valeur et la portée des éléments de preuve soumis à son examen, a pu tenir compte des appréciations de l'expert pour fixer l'indemnisation de M. X... » (n° 11-11.381) ». See also Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18.710. In legal literature, on criminal procedure, see PH. CONTE, *La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ?*, Dr. pén. 2009, étude 8, spéc. n° 5 : « *avant d'envisager les vertus de la contradiction, encore faut-il commencer à s'interroger sur la recevabilité : la première présuppose la seconde, elle ne saurait y suppléer. Or l'unique problème de la preuve illicite ou déloyale est bien celui de sa recevabilité* ».*

## 4.2. Germany

In Germany the Code of civil procedure (ZPO) doesn't contain any specific rule or principle concerning illegally obtained evidence.

To the silence of statute law, the civil Courts since the Seventies have reacted, being in favor of excluding evidence that has been obtained with violation of constitutional rights. This doctrine has been set forth in 1970 by a decision of the *Bundesgerichtshof* (Supreme Court)<sup>37</sup> and confirmed in 1973 by a famous decision of the *Bundesverfassungsgericht* (Constitutional Court), in which has been excluded the admissibility in a civil case of an abusive tape recording of a conversation made by a private party<sup>38</sup>. These decisions were based on the same reasoning adopted by the criminal courts in excluding evidence gathered in violation of constitutional rights<sup>39</sup> and it still seduces the modern German doctrine, which considers possible and appropriate, to some extent, to treat the subject of illegally obtained evidence in the same way both in civil and criminal procedure<sup>40</sup>. In the following decades this doctrine has been confirmed by the *Bundesgerichtshof* and by other civil courts<sup>41</sup>.

Nowadays it is generally accepted that fundamental rights must be considered in the matter of civil procedure and evidence<sup>42</sup>. Therefore, it is the prevalent opinion among Courts and legal scholars that different positions of the respective parties have to be taken into careful consideration when deciding about the use of evidence in the individual case. In particular, the use of evidence is prohibited if it was obtained violating fundamental rights or if the use in the legal proceeding would violate fundamental rights of one party, especially Art. 2(1) GG in combination with Art. 1(1) GG (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*)<sup>43</sup>.

37. BGH, 19.6.1970, in *Juristzeitung*, 1971, p. 387.

38. See BVerfG, 31.1.1973, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, p. 891. Before the decision of the *Bundesverfassungsgerichts*.

39. See BGH, 21.2.1964, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, p. 1139, which refused to admit as evidence in a criminal trial a private diary that the Public Prosecutor claimed to use against the accused.

40. J. WEICHBRODT, *Der verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess*, Tübingen, 2012, *passim*. In a different perspective, based on private law approach, see S.B. REICHENBACH, § 1004 BGB als *Grundlage von Beweisverboten*, Tübingen, 2004, *passim*.

41. See also: BGH, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, p. 1397; BGH, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, p. 1016; BGH, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, p. 277. In the inferior courts see: OLG Düsseldorf, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 1578 (concerning an abusive eavesdrop of a telephone conversation); OLG Karlsruhe, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 2799 (concerning a case of abusive video recording).

42. AHRENS, *Der Beweis im Zivilprozess*, Köln 2015, Kapitel 6 mn. 9.

43. BAG NJW 2003, 1206,1206; BVerfG NJW 1992, 815, 816; NJW 2002, 3619, 3624; NJW 2007, 753, 758 mn. 94; BGH NJW 2005, 497, 498 f.; NJW 1958, 1344, 1345; ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17th ed., München 2010, § 110 mn. 24 f.; FOERSTE, in MUSIELAK-VOIT, ZPO, 15th ed., München 2018, § 286 mn. 7 f.; BALTHASAR, JuS 2008, 35 with further references.



In several cases, the Federal Supreme Court and the Federal Constitutional Court dealt with illegally obtained evidence. The decisions in these cases generally refuse a «black or white approach» in the matter of illegally obtained evidence. Rather, these decisions states that the judge in any single case should carefully evaluate the opposing interests of the parties. On the one hand, the Court has to take evidence into account regarding its duty of administration of justice, free evaluation of the evidence (§ 286 ZPO) and the procedural principles, most importantly the right to be heard (*Anspruch auf rechtliches Gehör* – Art. 103(1) GG). On the other hand, it has to evaluate the position of the affected person having regard to its fundamental rights, especially Art. 2(1) GG i.V.m. Art. 1(1) GG (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*).<sup>44</sup> This approach, however, is settled case law in Germany. No leading case stands out.

Eventually it is worthy to note that Courts and scholars, dealing with illegally obtained evidence, often distinguish between two situations: *a)* the situation in which the use of the evidence is as such illegal and *b)* the situation in which the reasons for the illegality relate exclusively to facts or a situation prior to the proceedings.

The use of evidence is illegal as such if it would itself violate fundamental rights of a party for the first time or of an earlier illegal infringement would be repeated or deepened when using it as evidence in the proceedings.<sup>45</sup>

When illegality exclusively relates to facts or a situation prior to the proceedings, courts and scholars do not agree about the consequences in civil proceedings.<sup>46</sup> According to some authors, evidence should only be excluded when the use in the legal proceedings itself would harm fundamental rights of one party<sup>47</sup>. In cases as such, whether the evidence was obtained illegally by one of the parties or a third person should be irrelevant. According to other scholars, illegally obtained evidence should generally<sup>48</sup> be excluded from judicial proceedings or, at least it should be excluded in cases in which there was a violation of fundamental rights while obtaining the evidence.<sup>49</sup>

44. BAG NJW 2003, 3436, 3437; BVerfG NJW 2002, 3619, 3624; NJW 2007, 753, 758 mn. 94; BGH NJW 2003, 1123, 1124 f.; NJW 2003, 1727, 1728; NJW 1958, 1344, 1345.

45. BGH NJW 1988, 1016, 1017; BAG NJW 2008, 2732, 2734 mn. 30; AHRENS, *Der Beweis im Zivilprozess*, Kapitel 6 mn. 19.

46. See AHRENS, *Der Beweis im Zivilprozess*, Kapitel 6 mn. 21 ff.; ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 110 mn. 23 ff. for further references.

47. DAUSTER-BRAUN, NJW 2000, 313, 318; Werner NJW 1988, 993, 1000.

48. See AHRENS, *Der Beweis im Zivilprozess*, Kapitel 6 mn. 21 Fn. 6 for further references.

49. ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 110 mn. 24; see also Werner, NJW 1988, 993, 1000, AHRENS, *Der Beweis im Zivilprozess*, Kapitel 6 mn. 21 Fn. 7 for further references.

Different approaches also appear on the following issue: while some see in illegally obtained evidence enough ground to ban it from the proceedings, others mean that this does not directly lead to a ban of evidence unless the law infringement is repeated or deepened by the legal proceedings.<sup>50</sup>

### 4.3. England

In the English legal system, it is well-known the classic opinion of Lord Chief Justice, Lord Goddard, who, in 1955, dealing with a case of illegally obtained evidence, stated that «*The test to be implied in considering whether evidence is admissible is whether it is relevant to the matters in issue. If it is, it is admissible and the Court is not concerned with how evidence was obtained*»<sup>51</sup>. However, this granitic statement has been changed in relatively recent times, and even English Courts, that has traditionally shown a very liberal attitude towards the admissibility of illegally obtained evidence, consider unsatisfactory the general admission in civil cases of such an evidence, because of the lack of a specific rule of exclusion. Notwithstanding, it has to be acknowledged that English Courts adopt a still very liberal approach, but nowadays they state the admissibility of illegal evidence following a different path. For example, in 2003 Lord Woolf has held that, when the Court exercises its discretion in accordance with the overriding objective (of the *Civil Procedure Rules*), it must consider the effect of a decision upon litigation and the law generally<sup>52</sup>.

In a specific case<sup>53</sup> the investigator, acting for the defendant, was responsible for the commission of trespass by his agent entering the Claimant's house and for infringing her privacy contrary to Article 8 (1) ECHR. Lord Woolf, considering this behavior, has said that such an action must be considered by the Court in exercising its discretion in making orders as to the management of proceedings, because of its wider potential impact upon other cases and the conduct of disputes generally. In this case, at the end, the Court admitted the evidence, but charged all the costs of the hearings dedicated to discuss the issue of the admissibility of illegal evidence to the party that was responsible for it.

50. For the first: see AHRENS, *Der Beweis im Zivilprozess*, Kapitel 6 mn. 22; for the latter: BAG NJW 2008, 2732, 2734 mn. 30; overview in AHRENS, *Der Beweis im Zivilprozess*, Kapitel 6, mn. 22, Fn. 1; ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 110 mn. 24.

51. *Kuruma v. R* [1955] 1 All ER 236.

52. See CPR, r. 32.1 (2) according to which «The court may use its power under this rule to exclude evidence that would otherwise be admissible».

53. See *Jones v University of Warwick* [2003] EWCA Civ 151. On this case and for an interesting comparison between the Italian and English attitude in respect to illegally obtained evidence, see V. BREDA-M. VRICELLA, *English Pragmatism and Italian Virtue: A Comparative Analysis of the Regime of Illegally Obtained Evidence in Civil Proceedings between Italy and England*, in *Maast. Jour. of Comp. Law* 21, 2014, 3.

#### 4.4. Netherlands

In the Netherlands, the Parliament, in 1988, while reforming civil procedure, decided not to regulate by statute law the issue of illegally obtained evidence and preferred to leave its solution to the case law<sup>54</sup>. As a general rule, the Dutch courts may use any kind of evidence in civil litigation, so the relevant case law usually discusses the question whether or not evidence has been obtained illegally, but much more rarely deals with the question whether it may be excluded. In a recent decision, though, the Court of Appeal<sup>55</sup> excluded in a civil case the use of illegally obtained evidence and the Dutch Supreme Court confirmed this decision.

In the Dutch experience—where judges are very liberal in admitting illegally obtained evidence—the crucial test to decide on the admissibility of illegal obtained evidence seems to be the comparison between the violated norm when obtaining the evidence, on one side, and the duty of truth of the parties, the interest of establishing the truth in civil cases and the interest of the parties to prove their case, on the other side<sup>56</sup>. In general the latter prevails on the former.

In this matter, the Supreme Court in the Netherlands has stated that illegally obtained evidence may not be used only when a) the party that wants to use the evidence was also the person who obtained the evidence and b) additional circumstances call for the exclusion (cumulative requirements). Apparently, these additional circumstances are related to the legal relationship between the parties and their behavior that led to obtaining the disputed evidence<sup>57</sup>. For example, the Supreme Court has stated that the use in civil judicial proceeding of a conversation recorded without the approval of the other party is not in itself inadmissible<sup>58</sup>. The same happens when the conversation is not about private life, but it concerns business matters.

---

54. C.H. VAN RHEE, *Evidence in civil procedure in the Netherlands: Tradition and modernity*, in C.H. VAN RHEE & A. UZELAC (EDS.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental issues in a Comparative Perspective*, Cambridge etc., Intersentia, 2015, p. 257. About this, see also, in Dutch, G.R. RUTGERS, R.J.C. FLACH & G.J. BOON (eds.), *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken: Parlementaire stukken systematisch gerangschikt*, Deventer, 1988.

55. ECLI:NL:HR:2014:942. In this case, an insurer had obtained evidence with infringement of the right to privacy of the insured. «The insurer submitted this illegally obtained evidence in a civil lawsuit. Due to the fact that alternatives were available to obtain the necessary information for the insurer, and due to the fact that there was no reason to assume fraud on the side of the insured person, and since the insured person had not refused to cooperate with the insurer, the court of appeal refused to take into consideration the illegally obtained evidence contravening the right to privacy» (C.H. VAN RHEE, *Evidence in civil procedure in the Netherlands: Tradition and modernity*, in C.H. VAN RHEE & A. UZELAC (EDS.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental issues in a Comparative Perspective*, Cambridge etc., Intersentia, 2015, p. 257).

56. See again C.H. VAN RHEE, *Evidence in civil procedure in the Netherlands: Tradition and modernity*, cit.

57. Supreme Court (HR) 18 April 2014, ECLI:NL:HR:2014:942.

58. Supreme Court (HR) 16 oktober 1987, NJ 1988/850 (*Driessen/Van Gelder*)

The fact that proof has been obtained illegally by a third person and is then used by a party to a lawsuit does not mean that the proof is illegally obtained by that party to the lawsuit. What matters is if the party in the lawsuit has itself obtained the proof in an illegal manner. Whether this is the case has to be determined based on the circumstances of the case<sup>59</sup>.

#### 4.5. Poland

In Poland the Code of civil procedure doesn't expressly regulate the phenomenon of illegally obtained evidence.

Such a lack of regulation results in an unclear position of legal scholars and Courts: to summarize we might say in a few words that if, on one hand, it is difficult to find total freedom in the admissibility of illegally obtained evidence in civil procedure, on the other hand, there is no absolute prohibition on using it.

Despite the absence of a specific prohibition to use illegally obtained evidence in civil litigation, some scholars think that in the evidentiary proceeding should be applied a basic prohibition to use means collected by the parties illegally<sup>60</sup>. Other scholars, on the contrary, claims for full admissibility of illegally obtained evidence<sup>61</sup>. They probably represent a minority, though.

The approach of Courts is much more flexible and —one more time— tailored on a «case by case» basis: for example, judges tend to admit illegally obtained evidence when the acquisition of direct, «legal» evidence would be difficult or even impossible<sup>62</sup>.

Anyway when the evidence is obtained with violation of fundamental rights (such as right to freedom of thought, expression, intimacy and personal freedom), the attitude of Courts shows a higher degree of severity<sup>63</sup>.

---

59. Supreme Court (HR) 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632.

60. Cf. M. KRAKOWIAK, *Potajemne nagranie na taśmę jako dowód w postępowaniu cywilnym*, «MoP» 2005, No. 24, p. 1251; F. ZEDLER, *Dopuszczalność dowodu z taśmy magnetofonowej w postępowaniu cywilnym*, in *Proces i prawo. Księga pamiątkowa ku czci J. Jodłowskiego*, ed. E. Łętowska, Ossolineum 1989, p. 533; D. KORSZEŃ, *Zakres zakazu przeprowadzania w postępowaniu cywilnym dowodów nielegalnych (bezprawnych)*, «MoP» 2013, No. 1, p. 18.

61. D. JUCHNOWICZ-BIERBASZ, *Czy strona może wykorzystać dowody uzyskane sprzecznie z prawem*, «GP» 23.02.2010. See also: J. OKOLSKI, P. JACZEWSKI, *Rola źródeł dowodowych uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem*, in *Arbitraż i mediacja. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi*, ed. M. ŁASZCZUK, Warsaw 2012, p. 362 ff.

62. Judgment of the Court of Appeal in Szczecin of 30 December 2013, III APA 9/13, LEX No. 1458977.

63. Judgment of the Court of Appeal in Białystok of 31 December 2012, I ACa 504/11, Legalis No. 665846; Judgment of the Court of Appeal in Poznań of 10 January 2008, I ACa 1057/07, publ. [www.orzeczenia.ms.gov.pl](http://www.orzeczenia.ms.gov.pl).

#### 4.6. Russia

The Code of civil procedure of Russian Federation has a provision that can be interpreted as concerning the phenomenon of illegally obtained evidence. According to Art. 55 of CPC, evidence obtained with *violations of law* do not have legal force and the court can not rely on them in its judgment. Normally it means that evidence obtained in violation of human rights, law, public order etc. should not be admitted by court.

In the Russian Federation the problem of illegally obtained evidence is considered of high relevance and importance especially in the field of criminal procedure. In civil procedure it is underestimated.

#### 4.7. Japan

In Japan, the expression «illegally obtained evidence» in the field of civil procedure means, in general, an evidence that is collected by means that violates substantive law (for example, civil law, commercial law, criminal law). Scholar, nevertheless, includes in this concept also evidence collected with violation of procedural law. This kind of «illegality» can be overcome by failure to make an objection without delay (Code of Civil Procedure §90), an option which is not available when evidence is collected violating substantive law.

In the Japanese Code of civil procedure there is no regulation for illegally obtained evidence, even though a prohibition is provided for by the Code of criminal procedure<sup>64</sup>.

Some Courts, in the silence of statute law, applying the principle of good faith (Code of civil procedure provides §2), held that the evidence can be excluded only when it is collected by significant antisocial method or method entailing infringement of rights of personality, such as the restraint of personal freedom (involving both mind or body). Some scholars suggest that if there is violation of human rights, such an evidence should be regarded as inadmissible. But this theory has some problems: 'what action is evaluated as violation of human rights?', or 'why only violation of human rights leads to exclusion of evidences?'

---

64. In the field of criminal procedure law, The Constitution of Japan provides that «Confession made under compulsion, torture or threat, or after prolonged arrest or detention shall not be admitted in evidence.» (§38(2)), and Code of Criminal Procedure provides that «Confession under compulsion, torture, threat, after unduly prolonged detention or when there is doubt about it being voluntary may not be admitted as evidence» (§319(1)). Furthermore, courts and scholars accordantly deny capacity as an evidence of an evidence that is collected by means that violates criminal procedure law because of protection of due process of law (Supreme Court of Japan, Sep. 7, 1978, 32(6) Criminal Law Reports of the Supreme Court («Saikousaibansyo-Keiji-Hanreisyuu») 1672).

Apparently, the majority of legal scholars suggest that it should be decided by balancing:

- the degree of illegality of methods used in collecting the evidence;
- the existence of lawful and effective evidence-collecting methods;
- the importance of illegally obtained evidence as the means of proof;
- the adverse effects on other parties when the illegally obtained evidence is admitted.

In general, Japanese Courts are in favor of admitting illegally obtained evidence: in the only one case decided by the Supreme Court, concerning a divorce suit, a husband submitted to the Court his wife's secret diary without her consent. The Supreme Court admitted it as evidence because there is no provision in the Code of civil procedure that prevents Courts from admitting such an evidence<sup>65</sup>. Also the decisions of inferior Courts show the attitude of Japanese Judges to admit, rather than to exclude, illegally obtained evidence<sup>66</sup>.

#### 4.8. Italy

Also in the Italian legal system illegally obtained evidence is not regulated and the Code of civil procedure doesn't provide for any specific rule of exclusion. The Courts in the past used to consider it non-admissible, on the basis of a generic assumed conflict of illegal evidence with the general principles of the legal system<sup>67</sup>. In more recent times, though, the civil courts has begun to ad-

65. Supreme Court of Japan, Jul. 2, 1943, 22(7) Civil Law Reports of the Supreme Court («Saikousaibansyo-Minji-Hanreisyuu») 2.

66. In one case, plaintiff insisted existence of contract, to prove it, the representative of plaintiff invited the contact personnel of defendant, gave him liquor, had a talk including leading questions and secretly recorded a conversation. Then plaintiff submitted the transcript of the recording. The Tokyo High Court admitted its capacity as an evidence, but held that as a general rule, «If a party get the evidence by significant antisocial method or method accompanying infringement of rights of personality, such as restraining person's freedom of mind or body, the evidence will be considered itself invalid and its capacity as an evidence will be denied» (Tokyo High Court, Jul. 15, 1977, 867 HANREI-JI-HOU 60). After this case, some court adopt this theory to evaluate the capacity as an evidence. On the other hand, in the case that an employee brought an action for damages against an employer arguing that defendant regarded him a communist, monitored him and isolated him from other employees, plaintiff submitted the memorandum as an evidence, but defendant argued that someone stole it from defendant's office. The Kobe District Court admitted its capacity as an evidence, holding that «as a general rule, in civil procedure, it is proper that in light of an ideal of discovery of the truth or some other principles document evidence will be admitted capacity as an evidence, unless there are special circumstances that such an evidence can't be admitted under the principle of good faith.». In this case, the court thought that the fact that someone might stole the memorandum is not enough to deny capacity as an evidence (Kobe District Court, Mar. 5, 1984, 1135 HANREI-JIHOU 140). The Code of Civil Procedure provides that «...the parties shall conduct that litigation in good faith.» (§2). The Kobe District Court established standard that excludes illegally obtained evidence through interpretation of CCP §2.

67. The first decisions were based on ancient doctrines stated in the Digest, such as the *exceptio doli*. See, in this perspective, Cass. Torino, 8.5.1884, in *Foro it.*, 1884, I, c. 1072; App. Milano, 5.4.1934, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, p.

mit illegally obtained evidence, considering that the way in which evidence has been gathered by a party (for example a stolen document) doesn't affect in any way neither its genuineness, nor its epistemic capability to prove the truth<sup>68</sup>. At the moment, we can say that —despite the purpose of the Supreme Court to show sensitivity on illegally obtained evidence— such an evidence is often allowed in civil litigation<sup>69</sup>.

## 5. Lack of regulation as a an axiological gap

After this review of the problem of illegally obtained evidence in different Countries, it can be useful to place this subject in a general theoretical dimension.

In order to do this, we have to start from a general consideration: in most of the Countries where the problem of illegally obtained evidence is due to a lack of regulation, Courts applies the general principle of «right to evidence».

Although the «right to evidence» —with few exceptions— is not usually expressly provided by statutes or Constitutions, it is quite common that Courts and scholars consider it a general principle in civil litigation. In most Countries it is derived from the right to present a case in front of a Court, which is recognized directly or indirectly by the internal legislation (art. 45, par. 1 of the Constitution in Poland<sup>70</sup>; *Justizgewährungsanspruch* in Germany, derived from the *Rechtsstaatsprinzip*<sup>71</sup> – Art. 28(1) GG) or by supra-national

63, with a comment by F. CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, *ibidem*. See also: Cass. Regno, 8.2.1935, in *Foro it.*, 1935, I, c. 1083; App. Milano, 9.7.1971, in *Foro pad.*, 1972, I, c. 193.

68. Among the decisions of the inferior Courts, see Trib. Bari, 16.2.2007, in *Il Merito*, 2007, 4, p. 22. See also Trib. Torino, 18.9.2007, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). More recently see Trib. Torino, 17.11.2011, and Trib. Torino, 8.3.2013, both in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

69. See Trib. Bari, 16.2.2007, cit.; Cass., 11.2.2009, n. 3358, in *Giust. civ.*, 2009, 6, I, p. 1287 and in *Foro it.*, 2010, I, c. 209; Cass., 8.2.2011, n. 3034, in *Dir. inf.*, 2011, p. 525 ss.; Trib. Torino, ord. 17.11.2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) e Trib. Santa Maria Capua Vetere, 13.6.2013, *ivi.*; Cass., 16.6.2006, n. 14058; Cass., 13.4.2007, n. 8940; Cass., 27.2.2015, n. 4066; Cass., 28.4.2015, n. 8605; Cass., 28.4.2015, n. 8606; Cass., 19.8.2015, n. 16950; Cass., 23.12.2015, n. 25951; Cass., 1.9.2016, n. 17503; Cass., 8.11.2016, n. 22677.

70. As noted by Kinga Flaga-Gieruszyńska and by Aleksandra Klich in their national Report «in the Polish Constitution and in the Code of Civil Procedure, there is no clearly indicated right to evidence, because it is derived from the general principle of the right to court. According to Art. 45 par. 1 of the Constitution, everyone has the right to a fair and public hearing of the case without undue delay, before a competent, impartial and independent court. According to Art. 227 of the Code of Civil Procedure (hereinafter referred to as CCP), the object of evidence are facts that are important to the resolution of the case. However, pursuant to Art. 217 § 1 of CCP the party may, up to the end of the hearing, cite facts and evidence to justify their requests or to refute the requests and claims of the opposing party».

71. As Christoph A. Kern and Dominik Mohr has noted in their national Report, although in Germany the «right to evidence» «is neither stated in the code of civil procedure nor expressly prescribed by other legislation, it is generally accepted. For the sake of illustration, the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) has mentioned this principle in its jurisprudence more than 300 times (BVerfGE 54, 277, 291 f); the Federal Supreme Court

legislation (such as art. 6 of the ECHR, in France<sup>72</sup>), or both (such as in the Netherlands<sup>73</sup>).

The existence of a generally recognized right to evidence, intimately connected with the right to access to justice, combined with the fact that in most Countries legislation provides specific rules of exclusion, as limitations to the right to evidence, leads in my opinion to a clear conclusion. That is to say that, as far as illegally obtained evidence is not expressly regulated, we do not face a real normative gap, as it can be thought. On the contrary, since the rules of exclusion clearly work as exceptions to the general principle of the «right to evidence», which in many cases has a constitutional ground, we can conclude that, as far as illegally obtained evidence is not expressly regulated, it should be admitted. This view is not shared by scholars and Courts, because it is a common place that admitting illegally obtained evidence might be, in some cases, against fundamental rights: the exclusion of illegally obtained evidence in these cases should be made by the Court even if the rule of exclusion is not provided by statute law. All this means that, according to general theory, the lack of regulation for illegally obtained evidence, (as absence of a specific rule of exclusion) results in an axiological (not normative) gap. That is to say that we are not actually facing a real lack of regulation, but that we have the availability of a rule—the rule of admissibility—that we do not like, that we don't estimate correct, fair, appropriate.

---

(Bundesgerichtshof, BGH)—the highest court in civil and criminal matters— more than 120 times (BGHZ 210, 292 mn. 52 ff. [“Pechstein”]). This principle can be derived from the principle of the rule of law (Rechtsstaatsprinzip – Art. 28(1) GG) and grants every citizen the right of a court ruling within a reasonable time (effektiver Rechtsschutz – Art. 2(1) GG in combination with the rule of law [Rechtsstaatsprinzip], Art. 28(1) GG). It was first and foremost Gerhard Walter in his habilitation thesis of 1978/1979 who derived a «right to evidence» from the right to bring a case in front of a court. Walther Habscheid joined Gerhard Walter a few years later. In the following years, the «right to evidence» attracted quite some scholarly attention». See, on this subject, BVerfGE 55, 349, 369; BVerfG NJW 2008, 503; BVerfG NJW-RR 2010, 207, 208; AHRENS, *Der Beweis im Zivilprozess*, Kapitel 1 mn. 35; BRAUN, *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts*, Tübingen 2014, p. 21; MURRAY/STÜRNER, *German Civil Justice*, Durham NC 2004, p. 153. WALTER, *Freie Beweiswürdigung. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung*, Tübingen 1979, p. 295 ff. HABSCHIED, ZP 96 (1983), 306 ff. = Id., in *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung*, Köln et al. 1983, p. 25 ff.; KLAMARIS, in *FS für Karl Heinz Schwab*, München 1990, p. 269, 274; HERTEL, *Der Urkundenprozeß*, Berlin 1992, p. 35 f.; DAUSTER/BRAUN, NJW 2000, 313, 317 f.

72. The first time a French Court has formally recognized the «right to evidence» —as noted by Soraya Amrani-Mekki in her valuable national report—has derived it from art. 6 and 8 of the ECHR (Cass. 1re civ., 5 avril 2012, n° 11-14177, Bull. civ. I, n° 85; D., 2012, p. 1596, note G. Lardeux; R.T.D. civ., 2012, p. 506, obs. J. Hauser; D. 2012, p. 2826, obs. J.D. Bretzner). The French case is interesting because the *Cour de cassation* has from the beginning underlined the relative (not absolute) nature of the right to evidence, which has to be balanced by the Court with other *intérêts antinomiques*.

73. C.H. Van Rhee and F. Fernhout have pointed out in their national Report that in the Netherlands explain that » In Dutch civil procedure, submitting evidence in written form (documents, reports) or in the form of depositing objects at the registry is not subject to restrictions, provided that the party concerned is entitled to file a statement of case. This can be derived from Article 85(1) of the Code of Civil Procedure (CCP), which obliges the parties to join a copy of relevant documents to their statements of case in case these statements refer to these documents. Thus, parties have a right to documentary evidence when submitting their statements of case». And they add » Obviously Article 6 ECHR may also be relevant here. However, the rules explained above came into force long before Article 6 ECHR was enacted».



The question now is to try to answer the fundamental question whether a rule of exclusion concerning illegal evidence can be or not derived from other constitutional principles, in the light of the aforesaid theoretical reconsideration of the problem.

## 6. Deducing from principles the exclusionary rule against illegally obtained evidence

In legal systems where there is a lack of a statute law exclusionary rule in respect to illegally obtained evidence, the relevant case law deduces this exclusionary rule from the Constitution. A good example of this way of treating the problem is Germany, but also England, since the English Courts in the last decisions expressly mention the need to take into account the violation of rights protected by the *Human Rights Act 1998*<sup>74</sup>. Also in France Courts consider sometimes, on a case by case approach, not admissible illegally obtained evidence on the basis of constitutional arguments. Moreover, this perspective is also shared by some distinguished Italian legal scholars, who rely on constitutional principles, to argue for the existence in the legal system of an exclusionary rule, aimed at banning illegally obtained evidence from civil litigation<sup>75</sup>.

In the general theory of law, the possibility to derive rules from principles is very well-known and commonly accepted<sup>76</sup>: according to the renowned thesis of Ronald Dworkin, when the courts face the so-called *hard cases*—the decision of which with the plain application of the existing rules, could lead to an unfair outcome—sometimes need to apply principles, instead of rules<sup>77</sup>. In a similar perspective, has been argued that—overturning the classic view of Hans Kelsen<sup>78</sup>—, since rules are generalizations, some of them can be over-in-

74. See V. BREDA-M. VRICELLA, *English Pragmatism and Italian Virtue: A Comparative Analysis of the Regime of Illegally Obtained Evidence in Civil Proceedings between Italy and England*, in *Maastr. Jour. of Comp. Law* 21, 2014, 3.

75. In this perspective, see L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Turin, 2010 p. 64.

76. For the distinction between rules and principles see R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, 1977, *passim* e spec. pp. 22-31

77. This is what happened in the famous case *Riggs v. Palmer*, 115, N.Y. 506, 22 M. E. 188 (1889), in which a New York State Court, in deciding about the property of a specific good, left by a dead person by means of a perfectly valid will, had to solve the problem whether to acknowledge or not the validity of the will in respect of the person who had murdered the person who had made the will itself. The Court at that time couldn't rely on any specific rule to declare the will ineffective with respect to the murderer. So, the New York Court decided to consider prevailing the general principle according to which none can take advantage from an illegal behaviour, and—applying the principles instead of the rules—stated that the murderer was not entitled to inherit the good.

78. In the general theory of Kelsen (H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard, 1945, *passim*) justice means «according to law» and a behaviour can be considered forbidden or allowed *only* on the basis of a specific norm included in a positive legal system.

clusive, and some others can be under-inclusive<sup>79</sup>. A rule is over-inclusive when it covers behaviours in relation to which there is a lack of connection between the justification of the rule that prohibits that behaviour and the consequences of it. On the contrary, a rule is under-inclusive when it does not cover cases which, according to the principles that justify such a rule, should, instead, be covered by it. Talking about under-inclusive rules, it becomes relevant the suitability of principles in order to modify the «deontic status» of a behaviour that according to rules appears perfectly lawful, but in reality it's not, according to principles. This is the case of the so called *Ilícitos atípicos*<sup>80</sup>. We can suppose that the problem of illegally obtained evidence can be included in what Dworkin used to call hard cases: in many legal systems it should be admitted, according to rules of procedure (lack of prohibition), but this option seems to be unfair, unjust and against constitutional principles.

Stated the uncontroverted possibility of deducing rules from principles, the next question is: what rule can be deduced by what principle? The case law and the legal literature that argue for the existence in the legal system of a rule of exclusion of illegally obtained evidence usually rely on constitutional principles, such as the right to privacy, the right to a private domicile, the right to the confidentiality of correspondence and so on.

In my view an exclusionary rule can't be legitimately deduced from this principles in order to limit or ban the admissibility of illegally obtained evidence in civil litigation, for at least two reasons.

The first reason is that these constitutional principles invoked to this purpose are usually aimed at protecting private citizens from the intervention of the State power, and, because of this, they do not necessarily apply in the relations between private citizens. This is indeed the classical reasoning adopted by the U.S. *Supreme Court* in order to prevent the application of the Fourth Amendment of the Federal Constitution to exclude illegally obtained evidence in civil disputes<sup>81</sup>. If the constitutional principle is focused on the protection of the citizen from the State power, it cannot be directly applied to the wrongful behaviour of a private citizen. We shouldn't forget that illegally obtained evidence derives its illegal nature from the way a private party behaved outside civil proceeding.

---

79. This is the well-known theory of F. SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Ruled-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, 1991.

80. M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, 2000, *passim*.

81. See *Ali v. Gonzales*, 440 F.3d 678, 681 and D.W. LEE, *Handbook of Section 1983 Litigation 2014*, New York, 2014, § 2.06 [B]. For a recent critical approach, see J. NIEVA FENOLL, *La regola di esclusione delle prove illecite e l'effetto deterrente: un errore di fondo nella giurisprudenza statunitense*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1794 ff.

The second reason is that rules of exclusion as such are non-epistemic: they are not aimed at excluding misleading or potentially false evidence (as it happens for the *common law* hearsay rule). On the contrary the rule of exclusion of illegal (but perfectly genuine) evidence aims at protecting *different rights*, which can be indirectly in conflict with the *right to evidence*. These *different rights* (such as the right to privacy, the right to a private domicile, the right to the confidentiality of correspondence and so on) already receive protection by substantive norms: the behaviour of the party who steals a document or leaks an email is already punished by substantive law. Why should the procedural interpreter overprotect these rights limiting —after the tort has been committed— the constitutional right to evidence in civil process? The right to evidence is, as seen, of great importance in achieving the fundamental function of civil process, that is to say the protection of rights. It also has, in many Countries a constitutional ground. Now the question is: is it correct for a Court limiting the right to evidence and interpreting the rules of evidence provided by the codes of civil procedure, in the light of principles which have no relation with access to justice and effective protection of rights? I think that the answer to this question should be negative<sup>82</sup>: this task, in the systems in which there is a lack of regulation of illegally obtained evidence, should belong to the legislator. In a few words: when in a legal system is recognized —either by rules or by principles— the right to evidence, in the lack of a specific regulation, illegally obtained evidence should be admitted.

## 7. Conclusion

The comparative analysis shows that a chronicle lack of regulation in many legal systems leaves to Courts a great deal of discretion in order to decide whether or not to admit illegally obtained evidence in civil disputes.

The analysis of case law shows also that sometimes the Courts has made a good use of this discretion and have developed more or less sophisticated theory in order to decide whether and when admitting or excluding illegal evidence. For instance, the German Courts are clearly in favor of an exclusion and motivate this option on the basis of constitutional principles. Other Courts have behaved in a less systematic way: in French, for example, it's hard to iden-

---

82. For this opinion in the Italian literature, see R. CAPONI, «Ciò che non fa la legge lo fa il giudice, se capace»: l'impatto costituzionale della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2011, p. 223 ss.; ID., *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 380 ss. See also, in general, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, II Auflage, Frankfurt, 1994 (I ed. 1985), in trad. it. di L. Di Carlo (a cura di), *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, p. 101 ss.

tify a uniform, or even a prevailing orientation of judicial decisions, being based the Courts' policy on a case by case approach.

But the analysis of case law decisions shows also a somehow common attitude of civil and common law Courts to rely—in reality—on moral, rather than legal, arguments in order to decide whether to admit or to exclude illegally obtained evidence. This attitude, in my view, cannot be approved, and, by contrast, strong legal and technical arguments should support decisions that, in absence of a clear rule of exclusion, forbid and ban genuine and useful evidence from civil proceedings.

Following some suggestions coming from case law, in this article it was discussed the possibility to deduce such a rule of exclusion from constitutional principles. While in theory this possibility has been widely recognized, in our view—for some reasons examined in detail above—this is neither possible, nor desirable. In order to exclude illegally obtained evidence from civil proceedings it's necessary, in our view, a clear rule of exclusion, such as, for instance, the one provided by the Spanish Code of Civil Procedure or by the Australian Evidence Act. If a similar provision is missing, the Courts should be very careful in limiting a right to present evidence in Court, a right that benefits from constitutional protection and that is crucial for the effective protection of rights.



PONENCIAS SOBRE  
**ESTÁNDARES PROBATORIOS Y  
VALORACIÓN DE LA PRUEBA**



# Estándares de prueba y valoración probatoria

---

Xavier Abel Lluch  
Magistrado-Juez. Doctor en Derecho.  
Vice-Presidente de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio.

**Sumario.** 1. Introducción. 2. Un punto de partida: la concepción racional de la decisión judicial. 3. La dosis de prueba. 3.1. Los estándares de prueba en el common law. 3.2. Los equivalentes en el civil law. 4. La valoración probatoria. 4.1. Presupuestos de la decisión judicial. 4.1.1. Fijación de los hechos controvertidos. 4.1.2. Selección o admisión de pruebas. 4.1.3 Práctica de pruebas. 4.1.4 Exclusión de pruebas ilícitas. 4.2. Las fases de la decisión judicial. 4.2.1. La interpretación de los resultados probatorios. 4.2.2. La valoración de los medios de prueba. 4.2.3. La motivación del juicio de hecho. 4.2.4. El alcance de las «reglas de la sana crítica». Bibliografía.

## 1. Introducción

Partimos de una concepción racional de la prueba, basada en la motivación, frente a los sistemas de la íntima convicción, y articulamos la dosis de prueba, como regla mínima de suficiencia probatoria, bajo la figura del *standard of evidence* en los sistemas anglosajones y las reglas de la sana crítica como equivalente más cercano en los sistemas continentales.

A continuación se sientan las premisas de la decisión judicial, pues en todo proceso judicial existe una fase preliminar de depuración del alegato fáctico, con fijación de la controversia fáctica, que va a condicionar la selección y práctica de las pruebas, siendo igualmente necesario excluir de la decisión judicial aquellas pruebas en que cuya obtención o práctica se han vulnerado derechos fundamentales, y que pueden reputarse de ilícitas.

Esta decisión judicial comprende, cuando menos idealmente, tres fases: 1ª) la interpretación de los resultados probatorios, en la que el juez entra en contacto



con los medios de prueba para oír y comprender qué dicen las partes o testigos, leer los documentos, extraer las máximas de experiencia técnica aportadas por el perito o percibir un lugar, objeto o persona; 2ª) la valoración de los medios de prueba, en la que el juez aplicará unas reglas, tasadas o libres; y 3ª) la motivación del juicio de hecho, en la que el juez plasmará en la resolución las «buenas» razones que ha tenido en cuenta para estimar probados unos hechos y desestimar como no probados otros tantos e imputar, en su caso, la deficiencia probatoria

## 2. Un punto de partida: la concepción racional de la decisión judicial

En el ámbito de la concepción probatoria se ha distinguido entre un sistema irracional de valoración probatoria y un sistema racional de valoración probatoria que, siguiendo a Taruffo, se configura sobre los siguientes elementos: a) la prueba se concibe como un elemento epistémico, esto es, como herramienta de conocimiento y el instrumento que sirve para conocer la verdad de los hechos en el proceso; b) la decisión judicial como fruto de inferencias lógicas, basadas en teorías cuantitativas o lógicas de la probabilidad, y alejadas del acto de intuición subjetiva judicial; c) se orienta hacia la verdad/falsedad de los enunciados de los hechos; d) precisa de una motivación como justificación de la decisión judicial; e) posibilita el control de la decisión judicial, no solo en la vertiente de impugnación por la parte perjudicada (función endoprocesal), sino también como control de la sociedad del ejercicio del poder jurisdiccional por parte de jueces y tribunal (función extraprocesal); f) responde a una concepción democrática del poder, pues el ejercicio de la potestad jurisdiccional debe ser controlado por la sociedad<sup>1</sup>.

## 3. La dosis de prueba

La dosis de prueba constituye la regla mínima de suficiencia probatoria y se identifica con la noción anglosajona del *standard of proof*.

### 3.1. Los estándares de prueba en el common law

En palabras del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *In re wip*, el *standard of proof* tiene por finalidad «instruir al jurado sobre el grado de confianza que debería tener en la certeza de las conclusiones sobre los hechos

---

1. TARUFFO, M., «Consideraciones sobre prueba y motivación», en *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, 2009, p.538.

en una particular declaración»<sup>2</sup>. Se vincula, por ende, que las instrucciones que el juez imparte a un jurado que emite un veredicto no motivado y al umbral de certeza probatoria suficiente para que el jurado forme su convicción.

En el ámbito penal se reconoce el estándar del *beyond any reasonable doubt*, cuyos orígenes se ha vinculado con la teología cristiana medieval y el consejo evangélico del «no juzguéis y no seréis juzgados», y que ha traspasado las fronteras del common law. Uno de los intentos más logrados de precisar su alcance se debe Laudan, quien ha propuesto hasta cinco interpretaciones distintas del estándar: 1<sup>a</sup>. Certeza apropiada a las decisiones más importantes de la vida (*BARD as That security of belief Appropriate to Important Decisions in One's Life*); 2<sup>o</sup>. Tipo de duda que haría vacilar a una persona prudente respecto de actuar o no (*BARD as the Sort of Doubt That Would Make a Prudent Person Hesitate to Act*); 3<sup>o</sup>) Perdurable convicción de culpabilidad (*BARD as an Abiding Conviction of Guilt*); 4<sup>o</sup>) Una duda razonable es una duda por la cual se puede dar una razón (*Reasonable doubt as a Doubt for which a Reason Could be given*); 5<sup>o</sup>) Duda razonable como probabilidad alta (*BARD as High Probability*)<sup>3</sup>.

Esta última —la probabilidad alta de culpabilidad— es la más sugestiva, en tanto que evita el término certeza, siempre de difícil delimitación conceptual, y sitúa el estándar en el terreno de la probabilidad, de conformidad con el razonamiento que es muy difícil alcanzar una verdad en el proceso y que siempre nos movemos en el terreno de los grados de probabilidad<sup>4</sup>. Además, al referirse al término «alta» o «muy alta» no hace sino trasladar al ámbito penal el funcionamiento de la regla «más probable que no» propia del estándar civil. Y aun de modo intuitivo y dirigido a un jurado la expresión probabilidad alta de culpabilidad, cercana a la expresión sentirse seguro de culpabilidad, resulta más comprensible que la expresión *beyond any reasonable doubt* y aparece como una explicitación lógica de la misma.

En el ámbito civil se reconoce el standard *preponderance of evidence*, cuya formulación original se debe al juez Denning en el caso en el caso *Miller vs. Minister of Pensions*, en los términos siguientes:

«La prueba más allá de toda duda razonable no significa la prueba más allá de la sombra de la duda. La ley no protegería a la comunidad si admitiera posibilidades caprichosas de desviar el curso de la justicia. Si existe una prueba tan concluyente contra una persona para dejarle solo una remota posibilidad en su favor, y dicha posibilidad podría ser descartada con la frase <por supuesto que es posible pero

2. *In re wjp*, 397 US 358, 370 (1970).

3. LAUDAN, L., *Truth, error and criminal law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, 2008, pp.36-47.

4. REDMANYNE, M., *Standards of Proof in Civil Litigation*, *Modern Law Review*, vol.62 # 2, March, 1999, p.168.

no es probable» el caso ha sido probado más allá de una duda razonable, pero nada menos que esto no sería bastante».

Y con respecto al proceso civil, la misma sentencia afirma:

«La dosis está bien establecida. Es necesario una dosis razonable de probabilidad, aun cuando no tan elevada como la requerida en el proceso penal. Si la prueba es de tal entidad que el tribunal puede decir: <es más probable que no>, la dosis de prueba se ha satisfecho, pero cuando las probabilidades son iguales, la dosis de prueba no se ha satisfecho»<sup>5</sup>.

También se conoce con el nombre de *preponderance of probability*, o *balance of probabilities* o *greater weight of evidence* y su alcance gravita sobre las premisas de la regla del *más probable que no* y de la *prevalencia de la probabilidad*.

La regla más probable que no parte del presupuesto de la existencia de una única hipótesis sobre un mismo hecho. Se afirma que cada enunciado fáctico solo puede considerarse verdadero o falso y corresponde al juez escoger la hipótesis que tenga un grado de confirmación lógica superior a la otra. Por ejemplo, si sobre un hecho existe un grado de confirmación probatoria del 75 por 100 eso significa que hipótesis negativa sólo tiene un grado de confirmación del 25 por 100 y, por ende, la hipótesis positiva del hecho es *más probable que no* y debe tenerse por acreditada.

La regla de la *prevalencia relativa a la probabilidad* parte, por el contrario, de la existencia de varias hipótesis sobre un mismo hecho. Se afirma que debe partirse de la regla *más probable que no*, y el juez debe tomar en consideración aquellas hipótesis que tengan un grado de confirmación positiva y, entre ellas, aquella que tenga un grado de confirmación relativamente mayor. Por ejemplo, si sobre un mismo hecho existen tres hipótesis (a, b, c) y cuyos grados de confirmación son del 40 por 100, del 55 por 100 y del 75 por 100, tendremos que escoger la hipótesis c con un grado de confirmación del 75 por 100 puesto que es la que ha recibido un grado de confirmación mayor<sup>6</sup>.

A diferencia del Reino Unido, en el que solo se reconocen los dos estándares ya enunciados —*beyond any reasonable doubt* y *preponderance of evidence*— en Estados Unidos se admite una tercera vía intermedia, condensada en la ex-

5. [1947] 2 All ER 372, 373-374.

6. BASSAT TORRES, N., *La duda razonable en el proceso penal: con especial referencia a Puerto Rico*. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007, p.82.

presión *clear and convincing proof* —y otras similares<sup>7</sup>—, que exige un grado de suficiencia probatoria inferior al estándar penal y superior al civil, reservándose para supuestos especialmente delicados, tales como los procedimientos de deportación o privación de nacionalidad, o de fraude o internamientos indefinidos contra la voluntad del enfermo mental.

En una visión conjunta puede convenirse, con Haack, una gradación de los estándares de prueba desde el más exigente al más débil: «más allá de toda duda razonable», «preponderancia de la prueba», «prueba clara y convincente»; y «sospecha razonable»<sup>8</sup>.

### 3.2. Los equivalentes en el civil law

Se discute si la noción del estándar de prueba, propia de los sistemas del *common law*, tiene un equivalente o paralelo en los sistemas del *civil law*. Me parece aventurada respuesta positiva, en atención varias razones.

En primer lugar, y no obstante se aluda a una convergencia entre los sistemas del *common law* y del *civil law*, resulta muy difícil una transposición automática de instituciones de uno a otro sistema, que tienen orígenes y principios distintos. Por citar alguno de ellos, en el sistema del *common law*, y como regla general, el juez se ocupa de las cuestiones de derecho y el jurado de las cuestiones de hecho (*ad quaestionem facti no respondet iudicis, ad quaestionem legis no responden juratores*), citándose entre las cuestiones de hecho las relativas a la credibilidad de los testigos que declaran, la eficacia de los medios de prueba y la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos<sup>9</sup>. Por el contrario, en los sistemas del *civil law* la opción preferente es por un juez o tribunal profesional que resuelve la controversia jurídica con una resolución motivada en derecho, que comprende el juicio fáctico y el jurídico, con reducido margen para la decisión por jurados que emiten veredictos inmotivados.

Otra diferencia es la complejidad de la regulación de la prueba en los sistemas del *common law*, derivada de la obligatoriedad del precedente, la ausencia de unos principios generales y la sobreabundancia de un sistema de excepciones y contraexcepciones, así como la preocupación por filtrar el material que acce-

7. Tales como *by clear and convincing evidence; clear, convincing and satisfactory; clear, cogent, and convincing; y clear, unequivocal, satisfactory and convincing*.

8. HAACK, S., «El probabilismo: una dimensión epistemológica», en *Estándares de prueba y prueba científica*, VÁZQUEZ, C. (ed.), Marcial Pons, 2013, p.70.

9. KEANE, A., *The modern law of Evidence*, 7th edition, Oxford University Press, 2008, p.30.

de al jurado<sup>10</sup>. Frente a ellos, los sistemas del *civil law* se caracterizan por la recopilación de las normas probatorias en leyes o códigos procesales civiles, con regulación separada de la cuestiones de procedimiento probatorio —objeto, iniciativa, carga de la prueba, anticipación y aseguramiento, proposición, práctica y valoración, fundamentalmente— y de los medios probatorios —declaraciones de partes y testigos, documentos, testimonio de expertos e inspección judicial directa—, así como la existencia de normas específicas de valoración probatoria, con un ensanchamiento de las normas de valoración conforme a las reglas de la en detrimento de las pruebas tasadas, a menudo circunscritas a la prueba documental.

En segundo lugar, porque en los sistemas del *common law* no existen, en puridad, reglas de valoración probatoria, sino instrucciones al jurado (juez de los hechos) para la formación del juicio fáctico condensados en forma de estándares, que son conocidos de antemano por los jurados. Por el contrario, en los sistemas del *civil law* el juez o tribunal no dispone de un estándar de prueba cognoscible *a priori* sobre el nivel de suficiencia probatoria o dosis de prueba.

En tercer lugar, y no en menor importancia, porque existen diferencias ontológicas (de sustantividad) y temporales entre los estándares de prueba del *common law* y las reglas de valoración de la prueba del *civil law*. En efecto, en el plano sustantivo, y a diferencia de las reglas de valoración de la prueba, que se limitan a atribuir eficacia tasada o libre a un determinado medio de prueba, los estándares de prueba marcan el umbral de suficiencia probatoria para lograr la convicción del juez de los hechos. Y en el plano temporal, los que hemos llamado «equivalentes del *civil law*» operan en el momento de valoración de las pruebas, mientras los estándares de prueba se aplican en un momento posterior, una vez ya valoradas la prueba.

Sin negar, por ende, las diferencias entre los estándares de prueba del *common law* y sus «equivalentes» en el *civil law* podemos dibujar los perfiles de algunas instituciones cercanas, como son «la mínima actividad probatoria de cargo», propia del proceso penal, y la «sana crítica» y la «carga de la prueba» del proceso civil.

En el proceso penal, se alude a la mínima actividad probatoria de cargo. Sirva como punto de partida su configuración jurisprudencial, en STC español de 28 de julio de 1981, en los términos siguientes:

---

10. DAMASKA, M., *Evidence law adrift*, Yale University Press, 1977, p.8.

«el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 de la Lecrm., supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia es preciso la concurrencia de una mínima actividad producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la concurrencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte, las pruebas a las que se refiere el art. 741 LECr., son las pruebas practicadas en el juicio, luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él»<sup>11</sup>.

Se ha afirmado acertadamente, que la expresión de la «mínima actividad probatoria de cargo» se conecta con la destrucción de la presunción de inocencia en los términos siguientes: 1º) que la valoración de la prueba corresponde al Tribunal de instancia y que la sentencia condenatoria en el proceso penal debe ir precedida de una *mínima actividad probatoria*, cuya ausencia vulnera la presunción de inocencia; 2º) que la *mínima actividad probatoria* debe practicarse con todas las garantías previstas en el art. 24.2 CE: contradicción, publicidad, oralidad e inmediación; 3º) que esta *mínima actividad probatoria* debe ser una prueba de cargo, esto es, debe permitir fijar la culpabilidad del acusado; y 4º) que la *mínima actividad probatoria* debe practicarse en el acto del juicio oral<sup>12</sup>.

Se puede afirmar que más que un estándar de prueba, la expresión «la mínima actividad probatoria de cargo» constituye una regla de juicio dirigida a las partes en un proceso penal inspirado en el proceso acusatorio y que enuncia la actividad probatoria de cargo que debe desplegarse para obtener una sentencia condenatoria, así como las garantías con que debe practicarse tal actividad probatoria.

En el proceso civil, se recoge la expresión las reglas de la sana crítica, que ha sido calificada por Serra Domínguez como «estándar jurídico»<sup>13</sup>. En otro estudio las hemos conceptualizado como «las reglas no jurídicas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundar una valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano de enjuiciamiento superior»<sup>14</sup>.

11. STC, Sala 1ª, de 28 de julio de 1981, fto. jco.3º (RTC 1981/31) (la cursiva es mía).

12. MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J.M.Bosch, Barcelona, 1977, p.124.

13. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Probatorio*, ed. Communitas, Lima, 2009, p.77.

14. ABEL LLUCH, X., «Configuración de las reglas de la sana crítica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, tomo XXV, 2013-2, pp.139-140; y *Las reglas de la sana crítica*, ed. La Ley, Madrid, 2015, pp.48.

De esta definición destacamos tres elementos. En primer lugar, un elemento sustantivo, como reglas o principios no jurídicos, dado que no están codificadas ni predeterminadas legalmente. En segundo lugar, un elemento constitutivo, como la mención explícita de los tres parámetros —lógica, experiencia y ciencia— de enjuiciamiento que constituyen el núcleo esencia del concepto, con pacífico consenso doctrinal y jurisprudencial, destacándose, cada vez más, la importancia de las ciencias —duras y blandas— ante el auge de las llamadas pruebas científicas. Y en tercer lugar, un elemento funcional, como es la adscripción de las reglas de la sana crítica a los sistemas basados en la concepción racional de la prueba y que concibe la decisión judicial como fruto de inferencias lógicas y la motivación como una justificación basada en la razón.

Con la lógica se persigue evitar interpretaciones irracionales y absurdas y se aporta coherencia a la valoración judicial. Con las máximas de experiencia se persigue que la valoración probatoria se ajuste al sentir común de la gentes en un tiempo y lugar determinado y se favorece el consenso. Con la ciencia se busca que la valoración probatoria se asiente en conocimientos empíricos de alcance universal y se proporciona seguridad y aceptación general de la decisión judicial.

Las reglas de la sana crítica, más que un estándar probatoria dirigido a fijar el umbral de certeza probatoria, se erige como un sistema de valoración de los medios de prueba que aporta coherencia, consenso y aceptación general y aspira a conferir racionalidad a la valoración del medio de prueba. La sana crítica, por ende, centra el enfoque de la valoración probatoria en los medios y no en fin, pues como se ha afirmado acertadamente «la sana crítica es un *medio*, y la libre convicción es un *fin o resultado*»<sup>15</sup>. O en otras palabras, constituye un sistema de valoración de «libertad razonada», acentuando más la racionalidad que la libertad del juzgador.

En el proceso civil también se alude a la institución de la carga de la prueba. Puede configurarse como una institución procesal que contiene una regla de juicio para el juez y una norma de conducta para la parte, como apunta Devis Echandi al afirmar que la carga de la prueba es «una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte»<sup>16</sup>.

---

15. SENTIS MELENDO, S., *La prueba*, ed. Ejea, Buenos Aires, 1947, p.431.

16. DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*, t.II, 9ª ed., Bogotá, 1988, p.149.

La carga de la prueba como norma de juicio presenta los caracteres siguientes. En primer lugar, es una norma de *ius cogens*, de naturaleza procesal, y de obligada observancia por el juez. En segundo lugar, es una norma dirigida al juez y orientada a dictar una resolución ajustada a derecho<sup>17</sup>. En tercer lugar, es una norma subsidiaria de valoración probatoria, pues la regla de juicio parte de los hechos controvertidos y no acreditados y sólo entrará en juego en supuestos de incerteza probatoria<sup>18</sup>. En cuarto lugar, es una norma que se refiere a la prueba como resultado, pues opera en la fase decisoria del proceso y una vez las partes han desplegado su actividad probatoria y contamos con los «resultados» de la actividad probatoria. Y, por último, es una norma independiente de la naturaleza dispositiva o inquisitiva del proceso<sup>19</sup>, pues incluso en los procesos no dispositivos se aplicará la regla de juicio. La existencia de una mayor o menor iniciativa de probatoria tampoco impide la aplicación judicial de las reglas de la carga de la prueba, pudiéndose afirmar que la iniciativa probatoria de oficio no destruye la carga de la prueba.

Y como norma de conducta dirigida a las partes puede configurarse del modo siguiente.

En primer lugar, es una norma dirigida a las partes, pues la normativa sobre la carga de la prueba tiene un destinatario directo y final (el juez en el momento de dictar sentencia) y un destinatario indirecto e inicial (las partes en el momento de preparar su estrategia probatoria). En segundo lugar, es una norma que constituye un imperativo del propio interés. Las partes no tienen el «deber u obligación» de convencer al juez de las afirmaciones de hecho introducidas en sus escritos de alegaciones, pero, de no levantar la «carga» de la prueba, obtendrán una sentencia contraria a sus pretensiones. En tercer lugar, es una norma orientadora de la estrategia procesal de las partes, pues si para el tribunal sirve para estimar o desestimar las respectivas pretensiones de las partes, para las partes debe servir para preparar su estrategia probatoria en orden a lograr la convicción judicial. Y en cuarto lugar, norma que se refiere a la prueba como actividad. A diferencia de la regla de juicio, que atiende a la prueba como resultado, la regla de distribución de la carga de la prueba atiende a la prueba como actividad, en la medida que indica a las partes la actividad pro-

---

17. En la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento civil española de 7 de enero de 2000 se puede leer que son «reglas que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico» (Epígrafe IX, párrafo 28).

18. ASENCIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>, «Comentario al art. 217 LEC», en *El proceso civil práctico*, t.III, 4<sup>a</sup> ed., ed. La Ley, Madrid, 2010, p.186.

19. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t.XVI, vol.2<sup>o</sup>, ed. Edersa, Madrid, 1991, p.54.



batoria que deben desarrollar para que la expectativa de una sentencia favorable a sus pretensiones se haga efectiva.

En definitiva, y sea como norma de resultado (para el juez) o como norma de actividad (para la parte), no se refiere a la regla mínima o al umbral de certeza probatoria, y su fundamento radica bien en el deber judicial de dictar una sentencia en todo caso, aun en aquellos que subsisten hechos inciertos, bien en el principio de aportación de parte, entendido como facultad y carga que tienen las partes de introducir los hechos y las pruebas en el proceso.

## 4. La valoración probatoria

### 4.1. Presupuestos de la decisión judicial

Constituyen presupuestos sobre los que opera la decisión judicial una serie de fases o actos procesales que permiten el acceso del material probatorio a las actuaciones, y que se sitúan bien en la fase intermedia del juicio —como son la fijación de los hechos controvertidos y la selección o admisión de las pruebas— y en la fase de práctica —consistente en el propio acceso al proceso del material probatoria a través de la práctica de los distintos medios de prueba— y todo ello completado con la necesidad de excluir del proceso las pruebas ilícitas, sobre las que no puede operar la decisión judicial.

#### 4.1.1. Fijación de los hechos controvertidos

En la mayoría de los ordenamientos del *civil law* y en los juicios declarativos, y tras la fase inicial de alegaciones (demanda y contestación a la demanda) existe una audiencia preliminar, de carácter oral y concentrado, con distintas funciones —normalmente de conciliación, saneamiento de defectos procesales, delimitación de los términos del debate, y proposición y admisión de las pruebas—, entre las que se halla la de fijar los hechos controvertidos.

Esta fase presenta notables dificultades, que nos limitamos a apuntar. Así, por citar algunas, la propia definición de «hecho como objeto de prueba» y su relación con el derecho; la constatación que no son objeto de prueba los «hechos» como tales sino los que introducen las partes en sus escritos de alegaciones o, con mejor precisión técnica, «las afirmaciones sobre los hechos»<sup>20</sup> o los

---

20. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Contribución al estudio de la prueba», en *Estudios de Derecho Procesal*, ed. Ariel, Barcelona, 1969, pp.355-366.

«enunciados sobre los hechos»<sup>21</sup>; la frecuencia que con los hechos se presentan no con un enunciado descriptivo, sino valorativo, aportando mayor complejidad al objeto de la prueba; la relación de asimetría existente entre el letrado y el juez con respecto a los hechos<sup>22</sup>, pues el letrado conoce la versión de los hechos que le traslada la parte, y el juez la que le traslada el letrado; la frecuencia con que los hechos no se presentan de manera clara y ordenada para facilitar su admisión o negación por la contraparte o con que, a veces, se introducen «hechos basura», que lejos de integrar la pretensión de la parte desdibujan la controversia fáctica y dificultan la fijación de los hechos controvertidos y el juicio de admisión de las pruebas.

Otras dificultades arrancan que la fijación de los hechos tiene lugar, por lo general, en un trámite esencialmente oral, como es la audiencia preliminar. Así se ha afirmado la carencia de una cultura de oralidad en aquellos ordenamientos que provienen de un procedimiento esencialmente escrito y disperso; la instantaneidad derivada de la oralidad y la necesidad que tales hechos suelen recoger en la resolución oral que adopta el juez en la audiencia preliminar; y aun la práctica forense nos muestra actitudes renuentes o fáciles de letrados que se limitan a tener por controvertidos todos los hechos, negándose a identificar aquellos sobre los que versa la discrepancia fáctica.

Sin ignorar tales dificultades, el punto de partida es que el juicio de admisión de los medios de prueba versa sobre los hechos controvertidos, pues los hechos admitidos por las partes en sus respectivos escritos de alegaciones están exentos de prueba. Por hecho controvertido, siguiendo a Carnelutti, entendemos los «hechos afirmados pero no admitidos», comprendiendo en esta categoría también el silencio y la declaración de no saber<sup>23</sup>. Se trata de una labor, a menudo de «bisturí», encomendada al juez y los letrados, siquiera ello no excluye que, en alguna ocasión, se pueda interpelar directamente a las partes, caso de encontrarse presentes.

Si el juez omite fijar los hechos controvertidos o éstos se fijan erróneamente —sea por prescindir de hechos controvertidos, sea por incluir entre los controvertidos hechos no alegados o hechos sobre los que existe conformidad—, el juicio sobre la admisión de los medios de prueba se torna más complejo.

Desde una visión de Derecho comparado se ha afirmado la importancia de la audiencia previa, como fase preliminar, destinada a una mejor preparación de la

21. TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, 4ª ed., ed. Trotta, Madrid, 2011, p.114, para quien «...en el proceso <el hecho> es en realidad lo que se dice acerca de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado».

22. MUÑOZ SABATE, LL., *Fundamentos de prueba judicial LEC 1/2000*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001, p.329.

23. CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, 2ª ed., Ejea, ed. Desalma, Buenos Aires, 2000, p.15.

causa tras la demanda y su respuesta, en su doble función de contribuir a evitar el proceso y de «aclarar, simplificar y determinar el objeto del proceso y los hechos discutidos», destacándose la experiencia de la audiencia previa española, con una pluralidad concentrada de trámites orales —y entre ellos la fijación de los hechos—, que ha comportado una reducción de la duración del proceso civil<sup>24</sup>.

#### 4.1.2. Selección o admisión de pruebas

La selección o admisión de las pruebas descansa en un criterio lógico, como es la relevancia de la prueba, y en un criterio jurídico, como el de la admisibilidad. Entre ambos criterios existe una relación de jerarquía en el sentido que si una prueba no es relevante no debería admitirse<sup>25</sup>.

La relevancia hace referencia a la incidencia o necesidad de las pruebas en los términos de la decisión judicial. El juicio sobre la relevancia de las pruebas es un juicio *ex ante*, en el sentido que se verifica con anterioridad a su práctica, y es un juicio hipotético, pues anticipa la trascendencia del medio de prueba propuesto con los hechos objeto de prueba. Tiene una función excluyente, de apartar las pruebas que no aportarán elementos de conocimiento sobre los hechos controvertidos, y una función inclusiva, de integrar las pruebas con trascendencia para la determinación, positiva o negativa, de un hecho controvertido.

La función inclusiva del criterio de la relevancia es muy importante en los sistemas del *common law* hasta el punto que las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas (regla 402) prescriben que «toda la prueba relevante es admisible»<sup>26</sup>. Como afirma acertadamente Thayer la previsión que toda prueba relevante es admisible, con ciertas excepciones, y que la prueba irrelevante no es admisible, constituye un «presupuesto contenido en la misma concepción del sistema racional de la prueba»<sup>27</sup>. En los sistemas del *common law* se confunde el criterio lógico de relevancia con el criterio general de admisibilidad, mientras que en los sistemas del *civil law* el criterio de la relevancia se traduce en unos criterios más específicos de admisibilidad y distintos de la simple relevancia.

24. TARUFFO, M., «Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil», en *Páginas sobre justicia civil*, ed. Marcial Pons, 2009, ob. cit., pp. 250 y 252.

25. TARUFFO, M., La prueba de los hechos, ob. cit., p.364.

26. Federal Rule of Evidence. Rule 402. General admissibility of relevant evidence. Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise:

- the United States Constitution;
  - a federal statute;
  - these rules; or
  - other rules prescribe by the Supreme Court.
- Irrelevant evidence is no admissible.

27. THAYER, *Preliminary Treatise on Evidence*, 1898, p. 264.

La admisibilidad hace referencia a los criterios jurídicos que permiten la incorporación de las pruebas al proceso. Más allá de los requisitos específicos de cada medio de prueba, los ordenamientos jurídicos contemplan unos requisitos generales de admisión que, con variantes terminológicas, aluden a la pertinencia, la utilidad y la legalidad. Por pertinencia debe entenderse la relación entre el medio de prueba y el hecho a probar (ej. es impertinente una prueba que versa sobre un hecho exento de prueba o sobre un hecho no alegado). Por utilidad debe entenderse la idoneidad del medio de prueba para acreditar el hecho controvertido (ej. es inútil la prueba de reconocimiento judicial para acreditar los kilogramos de peso que soporta una pared). Y por legalidad debe entenderse la observancia de los requisitos de forma y tiempo en la proposición de los medios de prueba (ej. es ilegal un interrogatorio oral con un listado de preguntas o la incorporación de un documento fundamental cuando el acto del juicio ha concluido).

Desde un punto de vista dogmático, el juicio sobre la admisión de los medios de prueba consiste en un deber judicial, pues el juez no puede dejar de pronunciarse sobre los medios de prueba propuestos por las partes. Presupone la previa proposición de los medios de prueba y la existencia —y, por ende, la fijación— de los hechos controvertidos. Los criterios de admisión, con matices terminológicos, son los ya apuntados de pertinencia, utilidad y legalidad. La resolución judicial de admisión (o, en su caso, de inadmisión) suele ser una resolución oral —se adopta en una audiencia preliminar con fase de proposición y admisión de pruebas e incluso a veces en una vista concentrada de admisión y práctica de prueba—; individualizada —debe recaer sobre cada uno de los medios de prueba propuestos por las partes—; motivada —con expresión de las razones para su incorporación o exclusión que permitan su impugnación por la parte perjudicada; expresa —pues no se puede diferir en el tiempo—; y recurrible —susceptible de revisión (normalmente oral) ante el mismo juez o tribunal decisor—.

Desde un punto de vista de práctica forense he formulado un decálogo sobre el juicio de admisión que, en versión abreviada, se puede enunciar del modo siguiente: 1º) La prueba propuesta es admisible si se cohonesta con la pretensión de la parte que la propone, sin prejuzgar su valor para sentencia; 2º) La prueba propuesta ha de referirse al *thema probandi* y, en concreto, a los hechos fijados en la audiencia preliminar (o, en su caso, en el acto de la vista) como «controvertidos», pues la conformidad excluye de prueba. 3º) El juicio sobre la inadmisión de los medios de prueba debe desvincularse de los criterios de distribución de la carga de la prueba. 4º) La razón última de la inadmisión de un medio de prueba nunca debe ser la comodidad del juez, sino la aplicación de los criterios legales (pertinencia, utilidad y legalidad) o la indefensión de contrario (preclusión). 5º) Conviene aclarar, en su caso, con la parte propo-

nente la finalidad del medio probatorio propuesto y su relación con los hechos controvertidos; 6º) La calificación que la parte otorga al medio de prueba no vincula al juez, que admitirá y practicará los medios de prueba según las reglas que correspondan; 7º) Debe reputarse errónea la práctica de desestimar los medios probatorios con la escueta mención de «impertinencia» o «inutilidad», sin explicitar los concretos motivos de la inadmisión. 8º) No debe confundirse el juicio de legalidad, como parámetro de admisión de la prueba, con la ilicitud, como mecanismo para expulsar pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales; 9º) Debe proveerse siempre a la práctica de medios de prueba, una vez admitidos, a través de la Oficina Judicial (citaciones, requerimientos, oficios, despachos) a la mayor brevedad posible. 10º) La máxima *pro probatione* supone que es preferible incurrir en exceso en la admisión de las pruebas que en su denegación<sup>28</sup>.

#### **4.1.3. Práctica de pruebas**

Constituye una obviedad afirmar que sin práctica de pruebas no existe valoración, pero quiero referirme a la opción por la oralidad en la práctica de las pruebas. La práctica oral de las pruebas es una de las consecuencias del debate entre el modelo oral o escrito del proceso civil. Simplificadamente, puede afirmarse que la opción por la oralidad comporta la inmediación en el doble sentido —amplio— que las pruebas deben practicarse a presencia judicial y —estricto— que el juez que ha practicado la prueba debe dictar la sentencia; la concentración, en el sentido que la práctica de las pruebas se realizará en un acto único y en la sede y local del juzgado; y la publicidad, también en la doble dimensión —interna— que las actuaciones de prueba deben tener lugar con presencia e intervención de las partes y —externa—, que terceras personas pueden acceder al proceso incluyéndose el público en general y los medios de comunicación en particular. Mientras que la opción por la escritura supone la mediación, en el sentido que entre el juez y las personas que intervienen en el procedimiento no existe relación directa; preclusión y eventualidad, en el sentido que el proceso se divide en lapsos de tiempo que se desarrollarán ordenadamente mediante el criterio de la preclusión; y el secreto<sup>29</sup>.

La oralidad en la práctica de las pruebas tiene particular incidencia en las declaraciones de las partes y de los testigos. El contacto directo entre el juez y las fuentes de prueba —partes y testigos— permite, en el plano procedimental, agilizar y flexibilizar los interrogatorios y liberarlos de la rigidez del interrogatorio escrito con un listado cerrado de preguntas y repreguntas, y en el plano

---

28. ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, J.M.Bosch, Barcelona, 2012, pp. 306-307.

29. BERZOSA FRANCOS, V., «Principios del proceso», *Revista Justicia*, pp.612-620.

valorativo, que el juez pueda apreciar *in personam* la credibilidad de las declaraciones. En sentido contrario, la oralidad suscita dudas, tales como la creencia de que el juez dispone de unos conocimientos psicológicos particulares que le permitirán intuir si el testigo o la parte dijo o no la verdad, y sobre la exhaustividad de la información que pueden proporcionar las partes o los testigos, particularmente en aquellos supuestos en que las facultades de oficio del juez son más restringidas y el juez no tenga interés por efectuar un examen autónomo y detallado. También en aquellos supuestos de interrogatorio contradictorio en que los letrados de las partes no tienen interés en obtener una regulación completa y objetiva de los hechos, sino que tienen más interés en obtener la información que sólo beneficie a su cliente<sup>30/31</sup>. Algo similar ocurre cuando alguna de las partes o el propio juez solicitan la intervención del perito en el acto del juicio para someter a contradicción el dictamen pericial.

En el plano valorativo conviene tener presente el llamado «mito de la inmediatez», entendido como ese contacto —especialmente visual— entre la fuente de prueba (especialmente el testigo y la parte) y el juez del que se desprenden indicios de prueba. Es la trascendencia de los lenguajes «paraverbal» y «no verbal» del deponente. Varios son los argumentos que se han esgrimido, y entre otros, que la correcta interpretación del lenguaje paraverbal y verbal requiere de conocimientos al alcance de unos pocos expertos en Psicología del Testimonio, que la evaluación de la fiabilidad del deponente requiere más de un encuentro o declaración, que puede generar indefensión en la parte dado que no deja rastro objetivo sobre el modo en que el juez percibió el signo concreto, que es un error centrar toda la atención en la mentira (entendida como desviación consciente en la declaración) cuando la mayor debilidad del testimonio radica en las fases de percepción y conservación de lo percibido (memoria)<sup>32</sup>.

Me parece más acertado centrar la valoración no tanto en la persona —sus tiqueos, sonrojos, nerviosismo— cuanto en el objeto —la declaración— y atender a diversos criterios. Siguiendo a Contreras Rojas, distinguimos criterios de veracidad y de precisión. Entre los primeros (veracidad) situamos la capacidad de contextualizar el relato, el nivel de consistencia o de armonía de la declaración entre sus distintas partes, corroboración por las declaraciones de otras personas u otros medios de prueba, o el reconocimiento de fallos de memoria o de error en la respuesta. Entre los segundos (precisión) atender a las etapas

30. TARUFFO, M., *Oralidad y escritura como factores de eficiencia*, en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», Carpi, F. y Ortells, M. (eds.), Universitat de València, 2008, pp.213-214.

31. Sobre ventajas y desventajas de la oralidad en la práctica de prueba puede verse PEYRANO, J., *La prueba entre la oralidad y la escritura*, en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», ob. cit., pp.155-160.

32. DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La relevancia de los indicios en la valoración de la prueba testifical» en *La prueba civil. Aspectos problemáticos*, Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona, 2017, p.76.

en la formación del testimonio (percepción, conservación y deposición); analizar las condiciones subjetivas de observación y recuerdo por el deponente; atender a las condiciones subjetivas en la percepción de los hechos, tales como nivel educacional, profesión, situación familiar, social y/o cultural; vinculación de los declarantes con los hechos litigiosos; la existencia de factores que han afectado al recuerdo; la generación de falsos recuerdos por el número de veces que el deponente lo haya revivido mentalmente o mediante la interacción con terceras personas; la capacidad de exponer detalles del contexto en que se produjeron los hechos; y el modo en que se formulan las preguntas, pues las de tipo sugestivo o inductivo, pueden alterar la calidad del recuerdo<sup>33</sup>.

La oralidad en la práctica de las pruebas debe situarse en sus justos términos. Es un principio del procedimiento que dinamiza y facilita la práctica de las pruebas, particularmente las declaraciones personales (de las partes, los testigos y los peritos), pero no constituye un sistema que garantice el convencimiento racional del juez. Como se ha escrito acertadamente «la oralidad/inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez»<sup>34</sup>. Ni la oralidad ni la intermediación eximen al juez de una valoración razonada de las declaraciones de las partes, de los testigos y de los peritos, ni de expresar los motivos por los cuales les otorga (o se les niega) credibilidad.

#### **4.1.4. Exclusión de pruebas ilícitas**

Una decisión judicial correcta no puede fundarse en pruebas reputadas ilícitas, que no pueden ser valoradas por el juzgador. Es ilícita aquella prueba en cuya obtención o práctica se han violado derechos fundamentales, debiéndose distinguir este concepto de otros similares, y entre ellos el de prueba ilegal, que es aquella que se practica sin observancia de las formalidades legales de tiempo y forma. Tampoco cabe confundir la prueba ilícita con la prueba irregular y con la prueba viciada.

Ahora bien una cuestión es sancionar legalmente la ineficacia de la prueba ilícita, y otra bien distinta es decidir qué destino se confiere a la prueba ilícita que ya se ha introducido en el proceso, y aún más difícil resulta eliminar la eventual incidencia que el elemento probatorio ilícitamente obtenido haya producido en la mente del juzgador.

---

33. CONTRERAS ROJAS, C., *La valoración de la prueba del interrogatorio*, ed. Marcial Pons, 2015, pp.278-285.

34. La cita es LACOVIELLO, F. M., *La motivazione della sentenza e il suo controllo in cassazioni*, Guiré, Milano, 1997, p.151, reproducida por PARRA QUIJANO, J., *La prueba entre la oralidad y la escritura*, en «Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», ob. cit., p.344.

Con respecto al destino de la prueba ilícitamente introducida en el proceso caben tres posturas. Una primera posición, y sobre la base que una prueba ilícita no puede producir ningún efecto, consistiría en que el juez ordenase la destrucción de la prueba ilícita. Una segunda posición, no tan extrema, consistiría en que el juez ordenase la devolución de la prueba a la parte aportante, previa constancia en las actuaciones a través de un testimonio del Secretario Judicial. Y una tercera posición, aparentemente más suave, pero más efectiva, consistiría en que el juez ordenase la custodia de la prueba ilícita por parte del Secretario Judicial. Nos inclinamos por esta última solución pues ofrece la doble ventaja de que, caso de impugnación de la declaración de ilicitud, el tribunal superior puede tener acceso al material sobre el que se ha efectuado esa declaración judicial y será más fácil enjuiciar una eventual responsabilidad por infracción de un derecho fundamental y conjurar el riesgo que la prueba ilícita pueda desaparecer<sup>35</sup>.

Mayor complejidad suscita la cuestión del efecto psicológico de la prueba ilícita, habiéndose formulado también varias alternativas. La primera solución es que la prueba ilícita sea valorada conjuntamente con las demás pruebas, pues se afirma que un juez puede difícilmente sustraerse de la realidad fáctica introducida por la prueba ilícita<sup>36</sup>, posición que no podemos compartir porque supone reconocer eficacia a una prueba ilícita, y porque la valoración libre de la prueba puede operar con respecto los medios de prueba lícitos, pero no con respecto a los medios de prueba ilícitos. La segunda solución consistiría en la recusación del juez que ha tenido contacto con la prueba para evitar que no tenga efecto alguno en la resolución del pleito, que aun cuando idealmente puede parecer correcta, en la práctica puede favorecer un uso torticero del incidente de recusación con la única finalidad de dilatar el proceso. La tercera solución consiste en negar toda eficacia a las pruebas ilícitas sin necesidad de recusar al juzgador y controlar la influencia de la prueba ilícita a través de la necesidad de que el juez motive sus decisiones<sup>37</sup>. Coincidimos con Picó i Junoy en que esta última puede ser la solución más acorde con una concepción racional de la prueba, pero no ignoramos su dificultad, pues el juez puede fácilmente «camuflar» el efecto psicológico de la prueba ilícita fundado su motivación en otra prueba lícita, aun cuando el convencimiento se ha obtenido a partir de la que se ha sido declarada ilícita.

Desde el punto de vista estrictamente procedimental y para la expulsión de la prueba ilícitamente obtenida puede arbitrarse un incidente contradictorio en

---

35. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba ilícita y su control en el proceso civil*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», J.M. BOSCH, 2006, p.33.

36. MUÑOZ SABATÉ, LL., *Técnica probatoria*, 3ª ed., ed. Temis, Bogotá, 1997, p.62.

37. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba ilícita y su control en el proceso civil*, ob. cit., pp.37-38.



el que las partes puedan alegar y proponer prueba sobre la licitud o ilicitud de la prueba obtenida.

## 4.2. Las fases de la decisión judicial

Idealmente en la toma de la decisión judicial sobre los hechos controvertidos debemos distinguir tres fases o momentos, a saber, la interpretación (de los resultados probatorios), la valoración (de los medios de prueba) y la motivación (del juicio de hecho)<sup>38</sup>.

### 4.2.1. La interpretación de los resultados probatorios

Interpretar según RAE significa «explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente un texto»<sup>39</sup>. En Derecho Probatorio la interpretación significa que el juez entra en contacto directo con el resultado de los medios de prueba para saber qué declaran las partes o los testigos, qué información aporta el documento, qué máximas de experiencia técnicas aporta el perito, qué percepciones se extraen del lugar, objeto o persona reconocida

La distinción entre la interpretación y la valoración de la prueba fue formulada por vez primera por Calamadrei, y resulta evidente con el ejemplo de la declaración del testigo. Así cuando un testigo declara a presencia judicial el juez puede dudar bien de las expresiones empleadas por el testigo, bien de si lo expresado por el testigo coincide o no con la realidad. La duda sobre las expresiones del testigo se refiere a la interpretación o apreciación de sus palabras y su significado. La duda sobre su correspondencia con la realidad de los hechos se refiere a su valoración y a la credibilidad de su declaración.

En la fase de interpretación se requieren del juez las actitudes de retención, selección e identificación. De retención de la declaración de las partes o del testigo, de la máxima aportada por el perito, del fragmento o parte del documento, del detalle percibido en el lugar, objeto o persona examinados en reconocimiento judicial. De selección de la información decisiva aportada por las partes, testigos o peritos o de los datos extraídos de los documentos y las percepciones judiciales. Y de identificación de informaciones y datos relevantes con los hechos controvertidos. Mediante la interpretación de los resultados

---

38. En sentido distinto NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, ed. Marcial Pons, 2010, p.30, para quien se trata de una distinción solo ideal, pues en la realidad de la mente del juez no existe tal distinción y desde que el juez entra en contacto con la prueba (ej. presencia la declaración de un testigo) ya efectúa una valoración.

39. *Diccionario de la Lengua Española*, t.II, 22ª ed., ed. Espasa Calpe, Madrid, 2001, p.1293.

probatorios el juez va «filtrando» el material del acervo probatorio para adecuarlo a los hechos controvertidos.

El *desideratum* de esta fase de interpretación es que el juez haya extraído ya una «información» probatoria relevante para fundar la decisión judicial y pueda ponerla en relación con los hechos controvertidos. Pero no siempre ocurrirá de este modo, pues sea por la escasez de las pruebas propuestas o por la deficiente práctica de las mismas, también puede suceder que el juez solo cuente con unos datos probatorios incompletos o parciales, que deberá ir depurando en las sucesivas fases de valoración y motivación

#### **4.2.2. La valoración de los medios de prueba**

Una segunda fase es la valoración de los medios de prueba que, a su vez, podemos dividir en las tres operaciones siguientes.

La primera operación consistirá en identificar el la eficacia, tasada o libre, del medio de prueba. Simplificadamente, puede afirmarse que aun se conserva prueba tasada —y sobre ciertos extremos— en la prueba documental, siendo las restantes prueba —declaraciones de partes y testigos y prueba pericial- de libre valoración.

La segunda operación consistirá la libre valoración de la prueba o conforme a las reglas de la sana crítica. A diferencia del medio de prueba tasado —cuyo alcance probatorio viene predeterminado— en los medios de libre valoración o conforme a las reglas de la sana crítica —cuyo alcance probatorio no viene predeterminado— se exige un mayor esfuerzo de persuasión interna (a nivel de convencimiento del juez) y de motivación (a nivel de justificación de la decisión tomada). Se puede aludir a una «libertad razonada»<sup>40</sup>, de manera que siendo libre la valoración —en el sentido de no predeterminada de antemano por el legislador—, debe ser, por eso mismo, razonada —en el sentido que el proceso mental del juzgador resulte convincente—.

Y una tercera operación mental consistirá en apreciar conjuntamente los distintos medios de prueba, de suerte que un medio de prueba puede aparecer corroborado por otros (conurrencia de medios de prueba) o contradicho o matizado por otros (colisión de medios de prueba), debiendo el juez aplicar los criterios de preferencia entre pruebas tasadas y pruebas libres.

40. La feliz expresión es de PICÓ I JUNOY, J, *La prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001, p.161.

*De lege ferenda*, sería deseable atribuir reglas de valoración libre (o conforme a las reglas de la sana crítica) de las declaraciones personales (partes y testigos) y a la prueba pericial, mantener la prueba tasada sobre determinados ámbitos de la prueba documental (tanto la pública como la privada no impugnada), y regular el mérito probatorio de las pruebas electrónicas conforme a las reglas de la sana crítica y atendiendo al régimen de su impugnabilidad.

#### **4.2.3. La motivación del juicio de hecho**

Una vez interpretadas y valoradas las pruebas, el juez debe motivar el juicio fáctico que se plasmará en la resolución judicial. A diferencia de las fases de interpretación y valoración que permanecen en el arcano del juez, con la motivación del juicio fáctico se exterioriza el razonamiento judicial sobre la prueba, permitiendo su control en instancias superiores por la parte perjudicada por la decisión (función endoprocesal) y por la sociedad del ejercicio del poder jurisdiccional por parte de jueces y tribunales (función extraprocesal).

La interpretación permite al juez identificar y seleccionar el material probatorio relevante para la decisión judicial; la valoración le permite atribuirle eficacia tasada o libre, según corresponda a cada medio de prueba; y la motivación del juicio fáctico permite exteriorizar el iter del proceso de persuasión judicial. De modo distinto, puede afirmarse que la interpretación aporta los presupuestos de la toma de decisión, la valoración encierra el acto de la toma de decisión judicial y la motivación fáctica las buenas razones (justificación) de la decisión judicial.

Ni todos los jueces toman las decisiones del mismo modo, ni siquiera un mismo juez sigue un idéntico y uniforme camino en la toma de la decisión. Unas veces el juez logra una convicción inmediata («contexto del descubrimiento») y busca a posteriori la motivación de la decisión («contexto de la justificación») <sup>41</sup>. Otras veces, las más frecuentes, la decisión es un lento resultado de decantación que se inicia con la depuración del alegato fáctico, la fijación de los hechos controvertidos, la determinación de los hechos probados y, en los tribunales colegiados, mediante la deliberación del ponente con los restantes miembros del tribunal.

En todo caso, la sentencia, como respuesta a un conflicto particular, debe procurar un equilibrio entre la motivación del juicio fáctico (sobre las pruebas) y el juicio jurídico (sobre las normas y su interpretación), pero con primacía del juicio fáctico, pues un sobreabundancia de motivación jurídica, con invocación de reiterada y conocida jurisprudencia, puede esconder un déficit de motiva-

---

41. A menudo se produce la confusión entre decisión y su justificación, como apunta IGUARTÚA SALAVERRÍA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, 1995, pp.144 y ss.

ción fáctica y una incorrecta o inexacta determinación de los hechos. En todo caso, debe ser una motivación «suficiente», cuyo alcance puede variar según la naturaleza de la decisión y las circunstancias del caso<sup>42</sup>.

#### 4.2.4. *El alcance de las reglas de la sana crítica*

La expresión «reglas de la sana crítica», con antecedentes remotos en el artículo 148 del Reglamento de los negocios contenciosos de la Administración de 30 de diciembre de 1846, recogida por vez primera en un texto procesal civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, e incorporada a partir del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988 a los ordenamientos iberoamericanos, constituye en palabras de Gorphe «la expresión más feliz del derecho comparado»<sup>43</sup>, que la jurisprudencia suele identificar con las reglas derivadas de la lógica, de la máxima de experiencia y de la ciencia.

Ahora bien conviene dar un paso más y superar la autosatisfacción de la doctrina procesalista explicando qué principios de la lógica debe manejar el juez, cómo operan las máximas de experiencia o qué criterios orientan la validación del conocimiento científico<sup>44</sup>.

La lógica interviene en la valoración probatoria desde una función negativa, como barrera que permite excepcionalmente el acceso a la casación de la valoración probatoria, cuando la interpretación del resultado probatorio resulta absurdo o irracional, y desde una función positiva, pues partiendo de los principios de la lógica clásica de identidad, no contradicción, de razón suficiente y de tercero excluido se pueden extraer consecuencias probatorias. Así, por ejemplo, del principio de no contradicción deriva la imposibilidad de otorgar credibilidad a las declaraciones —de las partes, testigos o peritos— que refieren versiones antagónicas de los hechos. No puede otorgarse idéntica credibilidad al testigo que depone que el conductor se saltó el semáforo en rojo y al que declara que el semáforo permanecía en fase verde.

Las máximas de experiencia son reglas no jurídicas, extraídas de la experiencia a partir de la observación de numerosos y similares casos reales, pero independientes de los casos particulares, que permiten fundar la valoración probatoria del juez, y cuya eficacia probatoria dependerá de la solidez de la ley en que se

42. BUJOSA VADELL, L.M., *La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Peritaje y prueba pericial, Picó i Junoy, J. (dir), J.M.Bosch, 2017, pp.66.

43. GORPHE, *Le critique du témoignage*, 2ª ed., Paris, 1927, p.34.

44. Puede verse ampliamente mi estudio *Las reglas de la sana crítica*, ed. La Ley, Madrid, 2015

ampare. Corresponde a Taruffo el mérito de haber establecido unas reglas de uso de las máximas de experiencia, del modo siguiente:

Primera regla de uso: no atribuir a la máxima de experiencia un valor cognoscitivo superior al fundamento que tiene la máxima. Por ejemplo, si la máxima tiene un fundamento que dice «usualmente» o «a veces» sucede X, no equivale a decir «siempre» sucede X.

Segunda regla de uso: si una máxima se enuncia en términos generales, un solo contraejemplo sirve para contradecirla. Por ejemplo, un solo cisne negro es suficiente para controvertir la afirmación según la cual todos los cisnes son blancos.

Tercera regla de uso: la máxima de experiencia no puede entrar en contradicción con conocimientos científicos contrastados. Por ejemplo, no puede admitirse la afirmación que el sol gira alrededor de la tierra, cuando la ciencia ha demostrado justo lo contrario.

Cuarta regla de uso: no puede emplearse una máxima de experiencia si está contradicha por otra máxima de experiencia. Por ejemplo, no puede emplearse una máxima de experiencia basada en una generalización espuria, como la que afirma perjuicios negativos contra las mujeres<sup>45</sup>.

Junto a estas reglas negativas, el mismo Taruffo formula algunas reglas positivas, referidas al empleo de máximas de experiencia que resulten contrastadas por conocimientos científicos o que se basen en frecuencias estadísticas verificadas; o que se basen en generalizaciones válidas; o cuya generalización pre-existe al caso específico al que se aplica; o que resulten compartidas en el tiempo y lugar que se toma la decisión<sup>46</sup>.

Ciencia y proceso se mueven en planos distintos, pero una vez la ciencia entra en el proceso, no puede ignorarse ni sobredimensionarse, resultando necesario, ante el auge constante de las pruebas científicas, también en el ámbito de las llamadas «ciencias blandas». Por citar algunos ejemplos se recaba el parecer de *psicólogos* en procesos de crisis de familia para fijar el sistema de responsabilidad parental; de *psiquiatras* para determinar el grado de imputabilidad del responsable de un delito grave; de *sociólogos* para informar sobre encuestas de comportamiento y tendencias de la población; de *historiadores del arte* para fijar el valor pecuniario de un cuadro artístico en un supuesto de falsifica-

45. TARUFFO, M., *Consideraciones sobre las máximas de experiencia*, en «Páginas sobre justicia civil», ed. Marcial Pons, 2009, p.452.

46. TARUFFO, M., *Consideraciones sobre las máximas de experiencia*, ob. cit., p.453.

ción; de *pedagogos* para recabar el grado de dependencia de un adolescente con respecto a las nuevas tecnologías; o de *trabajadores sociales*, para ponderar los índices de riesgo de exclusión social de menores y la necesidad de intervención de entidades públicas encargadas de su protección.

Es necesario fijar los criterios a partir de los cuales una determinada técnica puede reputarse prueba científica y también los cánones para su valoración, y todo ello sobre la premisa incontestable del conocimiento limitado del juez sobre los aspectos científicos y técnicos<sup>47</sup>.

Siguiendo las aportaciones doctrinales de Pérez Gil, podemos distinguir entre cánones de valoración por razón del origen de la aportación científica —parcialidad objetiva del perito de parte, identificación de la fuente de conocimiento y cualificación del perito— y por razón del método —la utilización del conocimiento científico disponible, la selección racional de los procedimientos de aplicación de conocimientos utilizados, los parámetros y referentes externos de fiabilidad: el valor de los protocolos (ej. el «DSM-IV» en la pericial psiquiátrica o la llamada «Escala de Beaufort» para medir la velocidad del viento o los baremos de indemnización de lesiones y secuelas en accidentes de circulación)<sup>48</sup>.

## Bibliografía

- ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, J.M.Bosch, Barcelona, 2012.
- «Configuración de las reglas de la sana crítica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, tomo XXV, 2013-2.
- *La valoración de la prueba en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2014.
- *Las reglas de la sana crítica*, ed. La Ley, Madrid, 2015.
- BUJOSA VADELL, L.M., «La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Peritaje y prueba pericial*, Picó i Junoy, J. (dir), J.M.Bosch, 2017.
- CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, 2ª ed., Ejea, ed. Desalma, Buenos Aires, 2000.
- CONTRERAS ROJAS, C., *La valoración de la prueba del interrogatorio*, ed. Marcial Pons, 2015, pp.278-285.
- DAMASKA, M., *Evidence law adrift*, Yale University Press, 1977.
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La relevancia de los indicios en la valoración de la prueba testimonial» en *La prueba civil. Aspectos problemáticos*, Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona, 2017.
- DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*, t.II, 9ª ed., Bogotá, 1988.

47. OTEIZA, E., «Prueba pericial y acceso a la justicia. Imparcialidad e igualdad», *Peritaje y prueba pericial*, Picó i Junoy (dir). J.M.Bosch, 2017, pp.308-310.

48. PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico en el proceso. Ciencia y tecnología en tela de juicio*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 168 y ss.

- HAACK, S., «El probabilismo: una dimensión epistemológica», en *Estándares de prueba y prueba científica*, VÁZQUEZ, C. (ed.), Marcial Pons, 2013.
- IGUARTÚA SALAVERRÍA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, 1995.
- KEANE, A., *The modern law of Evidence*, 7th edition, Oxford University Press, 2008.
- LAUDAN, L., *Truth, error and criminal law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, 2008.
- MUÑOZ SABATE, LL., *Técnica probatoria*, 3ª ed., ed. Temis, Bogotá, 1997.
- *Fundamentos de prueba judicial LEC 1/2000*, J.M.Bosch, Barcelona, 2001.
- NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, ed. Marcial Pons, 2010.
- OTEIZA, E., «Prueba pericial y acceso a la justicia. Imparcialidad e igualdad», *Peritaje y prueba pericial*, Picó i Junoy (dir). J.M.Bosch, 2017.
- PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico en el proceso. Ciencia y tecnología en tela de juicio*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, J.M.Bosch, Barcelona, 2001.
- *La prueba ilícita y su control en el proceso civil*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», J.M.Bosch, 2006.
- REDMANYNE, M., *Standards of Proof in Civil Litigation*, *Modern Law Review*, vol.62 # 2, March, 1999.
- SENTIS MELENDO, S., *La prueba*, ed. Ejea, Buenos Aires, 1947.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Probatorio*, ed. Communitas, Lima, 2009.
- TARUFFO, M., «Consideraciones sobre prueba y motivación», en *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, 2009.
- «Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil», en *Páginas sobre justicia civil*, ed. Marcial Pons, 2009.
- Consideraciones sobre las máximas de experiencia, en «Páginas sobre justicia civil», ed. Marcial Pons, 2009.
- *La prueba de los hechos*, 4ª ed., ed. Trotta, Madrid, 2011.

# Evidentiary standards and assessment of evidence across legal systems. General Report

---

*Dr. Catherine Piché, Prof.<sup>1</sup>  
Faculty of Law, University of Montreal, Canada*

*We should contend earnestly for the truth, but we should first be sure that it is truth,  
or else we fight against God, who is the God of truth. [...] Truth, whether in or out of fashion, is the measure of knowledge,  
and the business of the understanding. [...]*

*[...] We should keep a perfect indifferency for all opinions, not wish any of them true,  
or try to make them appear so, but, being indifferent, receive and embrace them  
according as evidence, and that alone, gives the attestation of truth. [...] The right use  
and conduct of the understanding, whose business is purely truth and nothing else, is,  
that the mind should be kept in a perfect indifferency, not inclining to either side any  
further than evidence settles it by knowledge. [...] Evidence, therefore, is that by  
which alone every man is (and should be) taught to regulate his assent, who is then,  
and then only, in the right way when he follows it.*

JOHN LOCKE's *Conduct of the Understanding*, 1697, ss. 11, 24. 33, 34. 42<sup>2</sup>

---

1. Dr. Catherine Piché (D.C.L., McGill, LL.M., NYU, LL.B., Dalhousie, LL.L., Ottawa) is a professor of law at the Faculty of Law of the Université de Montréal, specialising in civil procedure and evidence law, complex litigation, comparative law and conflict of laws. She is the director of the *Class Actions Lab* and a researcher of the *Centre de recherche en droit public*.

2. As quoted by A. Elley Finch, *On the Pursuit of Truth – A Discourse*, (London, Longmans, Green & Co.: 1873), at 1. Also see Henri Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire: étude de sociologie juridique*, (Paris, Marcel Rivière : 1964), p. 22 (« Prouver, c'est faire approuver »).



## Introduction

For English Philosopher John Locke, understanding evidence without influences, in an impartial manner, leads to finding the truth. Through this spiritual and religious passage, Locke gives us hope in finding this truth based on evidence and facts. The rules of evidence will help determine the conditions under which evidence is to be adduced in court and considered by the judge on informed bases, again leading to finding out the truth of the matter.

The assessment of evidence, which will interest us here, is one of the most demanding tasks required of a judge, as he or she will decide on the existence or non-existence of facts suggested by the evidence gathered and administered. Indeed, the trial judge will be either asserting his inner conviction on the existence of the facts at stake, or will declare that the fact has to be taken as proven, given the applicable legal rules. Evidentiary standards, on the other hand, vary within the legal systems and jurisdictions, and are guided by legal policy, cultural priorities, and values.

Academics in Canada have teased that judges who worry about evidentiary standards cannot truly «make up their mind».<sup>1</sup> Indeed, the discussion about the required standards to convince of the truth of the matter, in compliance with the rules applicable to the presentation of evidence and the argument, can be truly puzzling.<sup>2</sup> Judges have struggled with the plausibility of applying varying degrees of evidentiary standards, and have often found that the issue calls for intuition rather than discursive thinking. It has been argued that some of the applicable standards are too similar, or that they should be reformed.<sup>3</sup> In more informal circles of discussion, other experts have expressed some doubt about the viability of categories of evidentiary assessment, instead arguing that all systems might altogether be tending to favour free evidence.<sup>4</sup>

1. From Linda R. Rothstein, Robert A. Centa and Eric Adams, «Balancing Probabilities: The Overlooked Complexity of the Civil Standard of Proof», in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence*, (Toronto, Irwin Law: 2004), at 455.

2. See e.g., Kevin M. Clermont, «Standards of Proof Revisited», (2009) 33 *Vermont L. Rev.* 469 [Clermont, «Standards»]; Christopher Engel, «Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction: A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental European Law», (2009) 33 *Vermont L. Rev.* 435; Michele Taruffo, «Rethinking the Standards of Proof», (2003) 51:3 *Am. J. Comp. L.* 666; Kevin M. Clermont & Emily Sherwin, «A Comparative Puzzle: Standards of Proof», in *Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. Von Mehren* 629 (James A.R. Nafziger & Symeon C. Symeonides eds., 2002) [Clermont, «Puzzle»]; Kevin M. Clermont & Emily Sherwin, «A Comparative View of Standards of Proof», (2002) 50 *AM. J. COMP. L.* 243 (2002) [Clermont & Sherwin, «A Comparative View»]; Kevin M. Clermont, «Standards of Proof in Japan and the United States», (2004) 37 *Cornell Int'l L.J.* 263 [Clermont, «Japan and the United States»]. Also see Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 3<sup>rd</sup> Ed., (Toronto: LexisNexis: 2009) [Sopinka & al.].

3. *Ibid.*

4. According to Professors Vincent Gautrais and Etienne Vergès at the occasion of a Roundtable organized in part by myself at the Université de Montréal on June 11, 2018, entitled «La preuve à l'épreuve des modèles d'appréciation».

In the end, many questions have appeared relevant to the discussion about standards and assessments of evidence: How do the different models of evidentiary assessment truly distinguish themselves in practice? Does civil law's standard require a motivated and reasonable conviction? How certain does the civil law judge have to be? What does a *clear and convincing* approach require, in terms of certainty of thought, as compared to proof *beyond a reasonable doubt*? What other distinctions can be made between systems of assessment when judges are confronted with increasing amounts of evidence, often contradicting, sometimes highly technical? What principles, models, or values guide the adjudicators in this endeavour and search for truth? These questions will, at least in part, be the topic of my general report.

For this report's purposes, I have had the benefit of learning more about the variety of standards of proof and assessment of evidence around the world, through the following national reports:

- Prof. Vicky **Waye**, Law School, University of South Australia [Australian Report]
- Prof. Etienne **Vergès**, Université de Grenoble (France) [French Report]
- Prof. dr hab. Kinga **Flaga-Gieruszyńska**, & Ass. Prof. dr Aleksandra **Klich**, University of Szczecin, Faculty of Law and Administration (Poland) [Polish Report]
- Prof. Yoko **Tamura**, Tsukuba Law School (Japan) [Japanese Report]
- Prof. Elisabetta **Silvestri**, Dipartimento di Giurisprudenza/Department of Law, Pavia (Italy) [Italian Report]
- P.M.P. (Paul) **Frenken**, Tilburg Law School (Netherlands) [Netherlands Report]
- Prof. Dr. Alan **Uzelac**, Faculty of Law, Zagreb University (Croatia)
- Prof. Francisco **Verbic**, Universidad Nacional de La Plata (Argentina)

I wish to first kindly thank these reporters for their time, and for their excellent, informative reports.

Leaving aside the law and economics approach to the issue<sup>5</sup>, or the completeness of the evidence debate, as well as the question of which system or stand-

---

5. See e.g. Richard A. Posner, «An Economic Approach to the Law of Evidence», (1999) 51:6 Stan. L. Rev. 1505. According to Posner, the adversarial and inquisitorial systems provide different collections of evidence to the court. In the adversarial system, the two parties are playing an evidence presentation game which involves presenting evidence to the court to maximize the expected payoffs from the trial, whereas the inquisitorial game involves a decision-making process akin to a statistical hypothesis based on random sampling. Also see: Louis Kaplow, «On the Optimal Standard of Proof», (2011) 119:6 J. of Pol. Econ. 1104; Louis Kaplow, «Optimal Proof Standards, Deterrence, and the

ard is «better» or more effective in the search for the truth<sup>6</sup>, I herein will be addressing the applicable standards in assessing evidence across legal systems, as well as the challenges in applying them. I will furthermore address what efforts are warranted on the part of the judges in appreciating the evidence presented. After having first provided some comments about terminology, I will discuss the search for truth as a goal of litigation (Section I), the three major models applicable across legal systems in the assessment of the evidence (Section II), and the weight or sufficiency of the evidence adduced in different systems of law, that is, the applicable standards of proof (Section III). I will conclude the report with some criticisms of the models and some thoughts about the future (Section IV).

## Avant-Propos Regarding Terminology

There are a few ambiguities in the terminology used for this discussion about standards of evidence and evidentiary assessments that I feel I should be addressing at the outset. First, the use of the term «evidence» in law is, in itself ambiguous. It sometimes is used to refer to that which is adduced by a party at trial to establish factual claims —i.e., for the purpose of establishing proof. Other times, evidence refers to evidential facts or to the premise for drawing an inference. Evidence may also refer to relevant, material and admissible evidence.

In addition, there is a lot of confusion in the laws and legal systems about standards of evidence, and some confusion —and even a convergence<sup>7</sup>— between evidentiary burdens and standards of proof. For instance, in Poland, there is no legislation pointing to the issue of standards of evidence, and the issue has not been addressed by processualists.<sup>8</sup> In fact, the issue of standards is often understood in terms of the assessment of the evidence, as opposed to the standard of evidence. Thus, for Polish judges, the word evidence refers to «a process of proving», in view of «shaping the conviction of the judge» of the existence or non-existence, and truth or falseness of the facts presented.<sup>9</sup> In

---

Chilling of Desirable Behavior», (2011) 101:3 Am. Econ. Rev. 277; Louis Kaplow, «Burden of Proof», (2012) 121 Yale L. J. 738 [Kaplow, «Burden»].

6. See notably: Nakao, K. and M. Tsumagari, «The Inquisitor Judge's Trilemma», (2012) 8:1 Rev. of L.&Econ. 137.

7. Jorg Sladič & Alan Uzelac, «Assessment of Evidence», in Rijavec, Vesna; Keresteš, Tomaž; Ivanc, Tjaša, editor(s), *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, AH Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015, 107-131, at 127 [Sladič & Uzelac]. Also see C.H. van Rhee & A. Uzelac, *Truth and efficiency in civil litigation: fundamental aspects of fact-finding and evidence-taking in a comparative context*, ed. C. H. van Rhee & A. Uzelac (Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2012) [van Rhee & Uzelac].

8. Polish Report, at 7-8.

9. See *ibid*, at 8.

Romano-Germanic traditions, in fact, there is no true norm or standard of proof. In French law, as we will see, there is a notion that the judge must decide according to his or her «*intime conviction*», a notion interpreted by common lawyers as closer to the moral certainty standard. In France, there is a debate between professors Emmanuel Jeuland and Etienne Vergès about evidentiary standards, the first believing that French law does not consider there to be a true standard of proof, and the second believing that France has a standard of legal proof.<sup>10</sup>

For this report's purposes, I will work on the assumption that if the evidence presented at trial has been heard or seen, the judge or fact-finder must weigh it in reaching a decision on the merits, if it is admissible. This weighing exercise is the *assessment* of the evidence. Evidentiary weight then pertains to: (a) the probative value of the evidence, (b) the sufficiency of the evidence adduced in meeting the standard of proof, and (c) whether the evidence adduced is complete.

## I. The Search for Truth

Evidentiary standards and assessment of evidence involve a search for the Truth. According to Mirjan Damaška, truth should be the central objective of the law of evidence in both the civil law and the common law traditions.<sup>11</sup> The discovery of truth, indeed, has been a prominent objective of civil justice and evidence law in particular, across systems of law. According to Professor Mustapha Mekki, legal truth is notably a matter of probability, exactitude, knowledge, certainty, revelation, production, communication, information, and it is relative because it is subjective.<sup>12</sup> Truth thus remains elusive, impossible to define perfectly.

American and European approaches to the concept of truth, as well as methods of presenting and weighing evidence in civil proceedings have varied tremendously, depending upon procedural rules and structures, the presence of professional or lay judges, the codification of evidence rules, and the forms and organisation of trials, among other things.<sup>13</sup> Traditionally, Continental systems of civil law by and large found material truth through the free assessment of evidence and the powers of inquisitorial judges. In the common law, the sporting theory of justice traditionally involves a fair contest between litigants presenting their

10. See unpublished paper by French Prof. Emmanuel Jeuland, on file with author, and Vergès, at 411ff. Also see James Beardsley, «Proof of Fact in French Civil Procedure» (1986) 34:2 Am.J.Comp. L. 459.

11. MIRJAN DAMAŠKA, «Truth in Adjudication», (1998) 49 Hastings L.J. 289, at 1103-1104.

12. MUSTAPHA MEKKI, Rapport sur « Preuve et Vérité », found online at <https://www.gautrais.com/fichiers/2014/01/PREUVE-ET-V%C3%89RIT%C3%89.pdf>.

13. See e.g., van Rhee & Uzelac, *supra*, at xxv.

views such that the truth might then emanate from the debate. With time, this strict division of systems has evolved, such that all systems of law generally have legal traditions that mix inquisitorial and adversarial processes.

Indeed, the adversarial systems, through the Socratic Method, are in appearance ideal for finding objective truth. John Henry Wigmore stated in his 1904 Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law that «cross-examination is beyond doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth».<sup>14</sup> But is obtaining objective truth possible and realistic? When the object of the evidence is a human, and his or her behavior and/or testimony is at stake, finding the objective truth becomes challenging.<sup>15</sup> Moreover, the truth-seeking goal of adjudication may contradict other goals such as the creation of law, or dispute resolution.<sup>16</sup> For Taruffo, however, there is no contradiction between the resolution of disputes and the search for truth as disputes must be resolved on the basis of «truthful decisions».<sup>17</sup> And in any event, it cannot be presumed that the parties have an interest in discovering the truth, such that there will be instances where the judges admittedly will fail to find this substantive truth.<sup>18</sup> Accordingly, the standards may not vary tremendously in practical effect as between the civil law and the common law jurisdictions.<sup>19</sup>

According to my Italian reporter Prof. Elisabetta Silvestri, this search for truth helps the court «reach a legitimate and just decision, and a decision is such only when it is grounded on the truthful ascertainment of the facts in issue in the case at hand; only in this way can guarantee of due process acquire a specific meaning that goes beyond the mere correctness of procedure followed to reach a decision.»<sup>20</sup> Interestingly, in Poland, Art. 3 of the *Code of Civil Procedure* provides for a «principle of truth», whereby the parties and participants in the proceedings are obliged to perform procedural actions in accordance with good morals, provide explanations as to the circumstances of the case

---

14. See e.g. *Lilly v. Virginia*, 527 U.S. 116 (1999).

15. Damaška, *supra*, at 294.

16. *Ibid*, at 304.

17. Michele Taruffo «Rethinking the Standards of Proof», (2003) 51:3 Am. J. of Comp. L. 659, at 674 («On the one hand, it is reasonable to assume that all procedural systems are basically aimed at the resolution of civil disputes, and that this function cannot be considered a peculiar feature of litigation in civil law systems. It is hard to believe that common law systems are typically not oriented to the solution of disputes, [...] At any rate, it is worth emphasizing that there is no logical contradiction between the search for truth and the resolution of disputes, since disputes may well be solved also on the basis of truthful decisions»).

18. Robert S. Summers, «Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding – Their Justified Divergence in Some Particular Cases», (1999) Cornell Law Faculty Publications, Paper 1186.

19. Taruffo, *supra*.

20. Italian Report, *supra*, at 1.

truthfully and without concealing anything, and provide evidence.<sup>21</sup> The same provisions exist for oral testimonies in Quebec.<sup>22</sup> In the Netherlands, the search for truth is featured prominently in civil procedure, as the parties similarly have a «duty to provide a full and truthful account of the facts to the judge».<sup>23</sup> By contrast, when the Australian Law Reform Commission formulated its recommendations for a *Uniform Evidence Law*, it expressly disavowed the «search for the truth» model at trial, and recognized that there should instead be clear and simple rules applicable in evidence law, that rational fact finding should be given pre-eminence, and that judicial discretion should be minimized.<sup>24</sup> Interestingly, Spanish law has distinguished the search for «material» truth in criminal proceedings from the search for «formal» truth, which is related to the principle of free disposition.<sup>25</sup> In Spain, these standards affect the judge's powers to adduce evidence. Under Japanese law, judges have a wider discretion with the view that it will help facilitate the «search for truth».<sup>26</sup>

Overall, because we are unsure of our possibilities to discover objective truth in adjudication, adjudicators should not be required to find it. Truth should be a probable result of adjudication, and as such, absolute certainty in adjudication cannot and should not be an objective of evidence law.

## II. Evidentiary Assessments

The assessment or appreciation of evidence is the **ultimate phase** of legal treatment of elements of proof, as indeed the principal goal of litigation across legal systems is to resolve disputes by applying law to established facts. It must be determined to what extent each of the elements of proof will convince the judge of the truth of the facts alleged by the parties. This appreciation will depend upon an examination of the probative value of each piece of evidence, but also of the coherence between the different pieces presented for debate and the object of proof.

Importantly, one must not confuse **relevance** and weight of the evidence. In Canadian common law systems, evidence is relevant when it has probative

21. Polish Report, *supra*, at 2.

22. Quebec *Code of Civil Procedure*, arts. 21, 24, 277.

23. Netherlands Report, *supra*, at 4.

24. Australian Law Reform Commission, Report No. 38, *Evidence* (1987) at [31-32].

25. Spanish Report, *supra*, at 3.

26. Kayoko Ishida, «Evidence Law in Japan and Australia: Principles, Practice and Reform», found online at <https://www.zjapanr.de/index.php/zjapanr/article/view/479>, at 81.

value and supports logical inferences, while weight relates to how probative or influential the evidence is to the judge.<sup>27</sup> Credibility and honesty, as well as reliability—in terms of accuracy of the evidence—are crucial, especially when a witness is being interrogated.<sup>28</sup> Of course, informative and relevant evidence will provide increased weight in the eyes of the judge.<sup>29</sup>

To be convinced, the judge must weigh each piece of evidence. For the evidence to be found probative it must **induce sufficiently the existence of the object of proof**, such that he or she is able to consider that the fact to be proven is established. Professors Sladič and Uzelac have written that there could be up to **three broad models for the assessment of evidence**: (1) the modernized legal proof doctrine with limited free assessment of the evidence, (2) the common law burden of persuasion and assessment of evidence based on probabilities (an intermediate model), and (3) the free assessment of evidence system, emphasizing the finding of «objective» and «historical» proof, leading to «material truth».<sup>30</sup>

Systems of **legal proof** have legal and hierarchical means of valuing, assessing and adducing of evidence to which judges are bound. In these systems, written proof dominates, and oral evidence is restricted.<sup>31</sup> The administration, conditions of admissibility, and assessment of evidence are regulated and not left to the judge's «inner conviction». In these regulated systems, added certainty in assessing the evidence is provided, in order to relieve from subjectivity in decision-making, and to obtain more foreseeable results.<sup>32</sup> Finally, limited rights of cross-examination bring reduced risks for excesses and lower costs of procedure.<sup>33</sup> However, formal rules of legal proof might lead to a lesser degree of satisfaction than free assessment of the evidence for obvious reasons.

By contrast, in **free evidence systems**, no rules govern the determination of probative value and importance (or hierarchy) of proofs presented. The production, selection and assessment of evidence (but not its gathering) is done

27. David M. Paciocco & Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 6<sup>th</sup> ed., (Toronto, Irwin Law: 2011), at 32. Under Quebec law, relevance is a fundamental concept as well. All evidence that is «pertinente» will be admissible. See art. 2857 of the *Civil Code of Québec*, CQLR c CCQ-1991 [“C.C.Q.”].

28. *Ibid.* at 57-58.

29. *Ibid.*, at 58-59.

30. Sladič & Uzelac, *supra*, at 107-131. The following countries are believed to adhere to the free assessment doctrine: Austria, Bulgaria, Croatia, Denmark, Finland, Germany, Greece, Hungary, Latvia, Lithuania, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia and Sweden.

31. Elizabetta Silvestri, « The Antique Shop of Italian Civil Procedure », in van Rhee & Uzelac, *supra*, at 49.

32. Sladič & Uzelac, *supra*, at 113.

33. *Ibid.*

by the court itself.<sup>34</sup> The court assesses the evidence according to independent experience and a «perception of fairness and justice».<sup>35</sup> In these systems, the legislation tends to allow courts to apply probabilistic reasoning and discretionary decision-making, in a way similar to the «balance of probabilities» standard.<sup>36</sup> For example, in Italy, trial judges apply the free assessment of evidence according to a principle of «inner conviction», pursuant to Article 116 of the *Italian Code of Civil Procedure*, with the exception of cases where legal proof standards are provided in the legislation, such as decisory oaths or confessions.<sup>37</sup> In Poland, the judge assesses the credibility and strength of the evidence «according to its own conviction», based on a comprehensive consideration of the collected material.<sup>38</sup> For this purpose, the «catalogue of evidence» is open, depending on its authenticity. Similarly, in Japan, the assessment of probative value or weight of the evidence is decided by the judges.<sup>39</sup>

The legal model and the free evidence model have been contrasted as follows: the former seeks to apply a legal norm, and the latter seeks to obtain the material truth, through application of extralegal rules of science and experience.<sup>40</sup> Consequently, in a system of legal proof, the judge is bound by all evidence that has probative value, and must give this evidence the necessary strength. There is an «in-between», **mixed model**, whereby a free assessment of evidence system also provides some «remnants of legal proof»<sup>41</sup> such as the quasi-presumption of validity and value afforded to public documents stated as «authentic» by the legislator (notably such as notarial deeds, final judgments on the merits, or other documents issued by land registries).<sup>42</sup> Spain, for instance, has a mixed system based generally on the free assessment of evidence, with some specific means of evidence governed by legal proof applicable to the use of documents and the testimony of the parties.<sup>43</sup> The expression «assessment according to the rules of sound criticism» is used instead of free evidence, and it involves the judge using lessons of experience acquired in daily life for judging.

34. *Ibid.*, at 119-120.

35. *Ibid.*, at 120.

36. *Ibid.*, at 124.

37. See Italian Report, *supra*.

38. Poland Report, *supra*, at 3.

39. Ishida, *supra*, at 78.

40. J. Wroblewski, « La preuve juridique : axiologie, logique et argumentation », in Ch. Perelman, P. Foriers, *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 332.

41. Expression used by Sladič & Uzelac, *supra*, at 116.

42. See *ibid.*, at 112.

43. See Spanish Report, *supra*, at 6-7 and 9-10.



Importantly, in mixed systems in general, proving a legal transaction («*acte juridique*») may require a different assessment than proving a legal fact («*fait juridique*», «*factum probandum*»). While the latter may be proved by any means of evidence and is assessed freely, the former must be proved in writing. For example, in Quebec civil law, a contract as a juridical act set forth in a writing (or its contents) must be proved «by the production of the original or a copy which legally stands in lieu of it», and «where a party acting in good faith and with diligence is unable to produce the original of a writing or a copy which legally stands in lieu of it, proof may be made by any means.»<sup>44</sup> In addition, proof of a juridical act «may not be made, between the parties, by testimony where the value in dispute exceeds \$1,500».<sup>45</sup> By way of comparison, in France, Article 1341 of the *Code Civil* provides that legal proof applies to legal transactions such as contracts with monetary consideration of more than EUR 1,500. These contracts must similarly be proved by written documents, and legal transactions cannot be proved by witnesses or presumptions.

By contrast, in the **common law systems**, given the historical importance of the trial by jury, any piece of evidence is admissible, oral, documentary or real, if it is both relevant and admissible. There is a lack of guidance as to how to appreciate the evidence, however, other than by vague references to logic, psychology, science and experience in general.<sup>46</sup> Oral evidence is traditionally preferred in these systems, but the testimony must be rendered *viva voce*, directly before the finder of fact, and after a cross-examination is conducted to assess the credibility of the witnesses.

By way of conclusion, one cannot help but notice that in all models of assessment of evidence presented, fact-finders must hear the arguments presented and find a reasonable way to resolve the issue and give facts probative value, even in the face of factual uncertainty. In a way, critics such as Professor Uzelac may be correct when they state that «by using different methods to cope with uncertainties arising from the fact-finding process, **different systems** have developed avenues that enable them to arrive at the **same results**.»<sup>47</sup> Nonetheless, there may be differences in the way evidence assessments are conducted as between different systems. Free proof systems might involve larger amounts of proof and be handled in much less efficient manners than legal proof sys-

---

44. Art. 2860 C.C.Q.

45. Art. 2862 C.C.Q. The article further provides that «However, in the absence of proof in writing and regardless of the value in dispute, proof may be made by testimony of any juridical act where there is a commencement of proof; proof may also be made by testimony, against a person, of a juridical act executed by him in the ordinary course of business of an enterprise.»

46. Sladič & Uzelac, *supra*, at 121.

47. *Ibid*, at 128.

tems. Furthermore, the low standard of relevance existing in common law systems for the admissibility of evidence, requiring that the fact alleged have a tendency to render existence of the material fact more probable than not, could lead to more reception of evidence in common law systems, and a broader approach to the appreciation of evidence.

Furthermore, as I will further develop in the next section, the degree of certainty mandated by the Continental free proof model does not amount to the «more-likely-than-not» model, if only for the reason that in the latter standard, a decision-maker must compare the probability of an event happening with the probability that it did not. Two potential factual scenarios must be appreciated. That is not the case in the «certainty» standard, where the decision-maker could just decide that the probability that the fact happened is «certain». These two instances are very different in my mind. I will come back to these differences below.

### III. Standards of Proof

#### 1. Generally

In evidence law, a distinction must be made at the outset between burdens of presentation and burdens of persuasion. **Burdens of presentation**—albeit not covered here in this general report—determine *who* is responsible for presenting evidence. Generally, the plaintiff, that is, the one who brings the claim, possesses this burden. There are two components to it: first, the plaintiff must satisfy a burden of production, by way of setting forth testimonial evidence, documentary evidence, presumptions, admissions, or any other material evidence. Indeed, in civil actions, the plaintiff normally bears the persuasive or legal burden of proof because he or she is «attempting to change the *status quo*». <sup>48</sup> Second, the burden of production shifts to the defendant, who must then provide evidence to rebut the plaintiff's evidence, and/or support his or her argument.

Under Quebec civil law, the burden of presentation in civil matters is codified under Art. 2803 of the *Quebec Civil Code* [“C.C.Q.”], which provides that «[a] person who claims that a right is null, has been modified or is extinguished shall prove the facts on which he bases his claim.» <sup>49</sup> Thus, this burden of pres-

48. Sopinka & al., *supra*, at para. 5.51.

49. See e.g., Catherine Piché, *La Preuve Civile (Royer)*, 5th ed., (Montréal, Ed. Yvon Blais : 2016), and also Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 6th ed., (Montréal, Wilson & Lafleur : 2005), at 55.

entation, or burden of proof, helps determine *which party is responsible* for presenting the evidence to either prove or disprove a particular claim. It is founded, in theory, on a presumption of normality of things and juridical acts (the court must presume that they are in their habitual state and whoever wishes to prove otherwise possesses the burden to do so), and the presumption of preservation of rights (he or she who wishes to prove that a right has been modified or extinguished has the burden to do so).<sup>50</sup> For instance, according to art. 1457 C.C.Q., in civil liability cases, the plaintiff must prove a fault committed by the defendant, a prejudice and a causal link between the two.

At the conclusion of a case, whether civil or criminal, and across all systems of law, parties are required to have met a certain **burden of persuasion, based on a standard of proof**. This burden or standard relates to the *weight or amount of evidence* a plaintiff and a defendant need to provide to the decision-maker for him or her to conclude to the evidence's probative value, and be able to adjudicate. Common law systems generally distinguish two standards of proof applicable in criminal and civil matters. The criminal standard of «proof beyond reasonable doubt» is much higher than the «preponderance of the evidence»<sup>51</sup> —or «balance of probabilities»— standard used in civil cases. By contrast, European civil law countries generally recognize one standard of «full conviction» of the judge, applicable in criminal and civil cases, implying the judge's «*conviction intime*» or «*conviction raisonnée*».<sup>52</sup> In United States law, an intermediate standard of proof known as «clear and convincing evidence» exists, applicable in certain civil cases such as civil fraud cases. Other than those standards, many others exist but will not be discussed herein (i.e., *reasonable cause, probable cause, some evidence, reasonable indications, reasonable to believe, substantial evidence, air of reality, some credible evidence*, etc.).

To adjudicate a case, the trier of fact must assess the probative value of each individual item of evidence adduced and considered admissible at trial. In common law systems, if and when a judge considers the probative value of a proposed piece of evidence to be low and substantially outweighed by countervailing considerations, such as the risk of unfair prejudice or confusion, he or she may refuse the production of this evidence.<sup>53</sup> The first condition of admis-

50. Piché, *La Preuve Civile*, *supra*, at para. 150.

51. The most cited definition of the civil «balance of probabilities» standard in English law was provided by Lord Denning in the *Mailler v Minister of Pensions*, [1947] 2 All ER 372. (Lord Denning) case: «If the evidence is such that the tribunal can say 'we think it more probable than not', then the burden is discharged, but if the probabilities are equal it is not.»

52. This standard signified that the judge has a reasonable conviction and can justify his or her decision by valid arguments. See e.g., Mark Schweizer, «The civil standard of proof—what is it, actually?», (2016) 20(3) Int'l. J. of Evid. & Proof 217. Also see: Principle 21.2 of the ALI/UNIDROIT Principles: «facts are considered proven when the court is reasonably convinced of their truth».

53. See, e.g., Rule 403 of the United States' *Federal Rules of Evidence*.

sibility of evidence is **relevance**; thus, the concept of probative value may be closely related to relevance in these systems. Moreover, evidential weight applies to the total body of evidence presented at trial, and thus commonly refers to the «sufficiency of evidence». To win their case, plaintiffs will have presented a body of evidence at trial sufficient to meet the applicable standard of proof. Interestingly, Japan law provides that evidence «must be capable of affecting, directly or indirectly, the probability of the existence of a fact in issue».<sup>54</sup> In the next few lines, I will discuss the relevant differences in evidentiary standards across systems of law, pursuant to the national reports I received and information found elsewhere. I will also briefly address some of the relevant criticisms of these standards.

## 2. Preponderance of the Evidence

The **preponderance of the evidence** standard, also called **balance of probabilities standard**, is predominantly used in the context of ordinary civil disputes around the world. The standard is met if a fact or event is proved to be more likely than not to have occurred. It is typically applied in common law jurisdictions with adversarial systems where the judge plays a passive role and parties make their argument and produce evidence in support of their respective arguments.<sup>55</sup>

In **Australia**, for instance, a plaintiff must prove the elements of the cause of action giving rise to their claim and the defence must prove the elements of the respective defence, each on the balance of probabilities. The strength of the evidence necessary to establish a fact or facts on the balance of probabilities may vary according to the nature of what is sought to be proven.<sup>56</sup> In **Quebec**, a **mixed jurisdiction** with civil codes and adversarial judges<sup>57</sup>, a balance of probabilities standard applies to civil matters as provided under Art. 2804 C.c.Q.: «[e]vidence is sufficient if it renders the existence of a fact more probable than its non-existence, unless the law requires more convincing proof.»<sup>58</sup> The

54. Ishida, *supra*, at 80.

55. In Canada's common law provinces, for instance, the fundamental rule is for judges to reach a decision on the basis of the preponderance of evidence or preponderance of probability. See: Sopinka & al., *supra*, at 155, 159, and also citing *R. v. Clark*, (1921) 61 S.C.R. 608 at 616 and *Smith v. Smith and Smedman*, [1952] 2 S.C.R. 312, at 331-32 [*Smith v. Smith*].

56. Australia Report, *supra*, at 6-7. Accordingly, in civil cases involving serious allegations of misconduct, care should be taken regarding the strength of the evidence in respect of those claims.

57. See e.g., Catherine Piché (Coauthor with F. Gélinas, M. Khan, C. Camion, S. Anstis and K. Bates), *Foundations of Civil Justice – Toward a Value-Based Framework for Reform* (London, Springer: 2015).

58. See e.g., Piché, *La Preuve Civile*, *supra*, at para. 167ff.; *Boiler Inspection and Insurance Company of Canada c. Moody Industries Inc.*, 2006 QCCA 887 (Qué. C.A.) (CanLII). Also see Supreme Court of Canada decision in *Parent c. Lapointe*, [1952] 1 R.C.S. 376: « C'est par la prépondérance de la preuve que les causes doivent être déterminées, et

law establishes the probative value of certain kinds of evidence, as it notably does for authentic acts<sup>59</sup> and juridical acts<sup>60</sup>, but their probative value is thereafter appreciated by the tribunal.<sup>61</sup> There is no objective criteria for this evaluation. There is no need for absolute or mathematical certainty, only a clear and convincing evidence will suffice.<sup>62</sup> When two or more pieces of evidence contradict themselves, the court must appreciate the preponderance of the evidence by favouring the most probable thesis according to the evidence filed.<sup>63</sup> Importantly, this same standard applies in front of administrative tribunals.<sup>64</sup>

Standards of proof have frequently been **interpreted as probabilistic thresholds**. Accordingly, the plaintiff will satisfy the preponderance standard and succeed in his claim if based on the evidence adduced, probability of his or her claim being true is more than 0.5. By contrast, as we will see below, criminal trials will lead to a guilty verdict based on «proof beyond a reasonable doubt», which, as a probabilistic threshold, requires a probability of 0.9 or 0.95. In the United States, the intermediate standard of «clear and convincing evidence» requires a probabilistic threshold between 0.5 and the criminal threshold. Some of the critics of the probabilistic approach have supported Bayes' theorem, by which an ideal rational fact-finder would revise or update his beliefs in the light of new evidence.<sup>65</sup> Notwithstanding these views, the evidence adduced in one instance might establish a sufficient mathematical degree of probability, relative to the applicable standard of proof, but it might still lack adequate weight to convince the judge. Furthermore, new evidence brings a larger foundation for decision-making, and arguably, added evidentiary weight.<sup>66</sup>

---

c'est à la lumière de ce que révèlent les faits les plus probables, que les responsabilités doivent être établies. » Also see Kenneth S. Broun et al., *McCormick on Evidence*, 6th ed. (St Paul, Thomson West Publishing: 2006), vol. 2, at 484, and Piché, *La Preuve Civile*, at para. 177.

59. See notably Art. 2818 C.c.Q. («The recital, in an authentic act, of the facts which the public officer had the task of observing or recording makes proof against all persons.»)

60. See Art. 2863 C.c.Q. («The parties to a juridical act set forth in a writing may not contradict or vary the terms of the writing by testimony unless there is a commencement of proof.»)

61. See *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541 (on causality in Quebec civil liability (torts) law).

62. See *Dubois c. Géois*, [1964] B.R. 637; *Rousseau c. Bennett*, [1956] R.C.S. 89, [1955] S.C.J. No. 68; *F.H. v. McDougall*, [2008] 3 S.C.R. 41, 2008 SCC 53, at para. 46 [*McDougall*].

63. *Conseil pour la protection des malades c. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, 2010 QCCS 6094 (appeal granted on different grounds, 2014 QCCA 459).

64. *La Preuve Civile*, at 118.

65. See C. Callen, «Notes on a Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law», (1982) 57:1 *Ind. L. J.* 44; J. Franklin, «The Objective Bayesian Conceptualisation of Proof and Reference Class Problems», (2011) 33 *Syd. L. Rev.* 545; Tillers, P. and E. Green (eds.), *Probability and Inference in the Law of Evidence: The Limits and Uses of Bayesianism*, (Dordrecht, Kluwer: 1988).

66. J. Keynes, *A Treatise on Probability* (London, MacMillan: 1921), at 71. Also see L. Cohen, *The Probable and the Provable*, (Oxford, Oxford University Press: 1977). Also see D. Demougins & C. Fluet, *Preponderance of Evidence* (Center for Research on Economic Fluctuations and Employment, Université du Québec à Montréal, Working paper no. 150, April 2002), 1.

In Canadian law and doctrine, the degree of probability required to discharge this burden has been described by Lord Denning as being «a reasonable degree of probability but not so high as is required in a criminal case. If the evidence is such that the tribunal can say: 'we think it is more probable than not', the burden is discharged, but if the probabilities are equal it is not.»<sup>67</sup> In the eyes of the Supreme Court of Canada, subscribing to the words of the High Court of Australia in *Briginshaw v. Briginshaw*, the judge or decision-maker should be «**actually**» persuaded by the occurrence or existence of the proof adduced before he or she concludes to its truth.<sup>68</sup> Interestingly, this requirement of «reasonable satisfaction» or «reasonable certainty» of the decision-maker is codified in UNIDROIT's Principle 21.1: «Facts are considered proven when the court is reasonably convinced of their truth.»<sup>69</sup> By comparison, Dutch law provides that a «reasonable degree of certainty» by the judge regarding the legal facts or rights is required in civil proceedings, arguably pursuant to a percentage of more than 50% probability.<sup>70</sup>

In Quebec law, the degree of certainty required for the balance of preponderance standard is **qualitative and not quantitative**.<sup>71</sup> For instance, the oral testimony that may be adduced by a party is not appreciated in light of the number of witnesses, but rather, according to the witnesses' ability to convince.<sup>72</sup> Accordingly, at least under Quebec law, corroborating the testimony of a lone witness or of an expert witness will only be done exceptionally.<sup>73</sup> Notwithstanding this, the Supreme Court of Canada has warned that «[e]vidence that creates only suspicion, surmise or conjecture is [...] insufficient. It is necessary that the quality and quantity of the evidence must be such as leads the tribunal — be it judge or jury-acting with care and caution, to the **fair and**

67. *Miller v. Minister of Pensions*, [1947] 2 All. E.R. 372, at 374 (K.B.), cited in Sopinka & al., *supra*, at para. 5.52.

68. (1938) 60 C.L.R. 336, at 361-62, as cited in *Smith v. Smith*, *supra*: «No doubt an opinion that a state of facts exists may be held according to indefinite gradations of certainty; and this has led to attempts to define exactly the certainty required by the law for various purposes. [...] reasonable satisfaction is not a state of mind that is attained or established independently of the nature and consequence of the fact or facts to be proved. The seriousness of an allegation made, the inherent unlikelihood of an occurrence of a given description, or the gravity of the consequences flowing from a particular finding are considerations which must affect the answer to the question whether the issue has been proved to the reasonable satisfaction of the tribunal. In such matters 'reasonable satisfaction' should not be produced by inexact proofs, indefinite testimony, or indirect inferences. [...]».

69. See the 2006 ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, found online at <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>. Comments to the Principle confirm that the «reasonably convinced» standard is «essentially the same» as the preponderance standard: «P-21B The standard of 'reasonably convinced' is in substance that applied in most legal systems. The standard in the United States and some other countries is 'preponderance of the evidence' but functionally that is essentially the same.»

70. Netherlands Report, *supra*, at 7.

71. Piché, *La Preuve Civile*, at para. 168.

72. *Ibid.*

73. *Ibid.*, at para. 172. But see art. 2844 C.C.Q. for testimonies by children.

**reasonable conclusion** that the act was committed.»<sup>74</sup> Canadian courts have considered the nature of the fact at issue, that is, its religious, moral, ethical, social, legal or physical character, and the consequences of the ultimate decision when determining whether it is satisfied on a balance of probabilities.<sup>75</sup> In certain instances, especially those civil cases alleging a crime, the trier of fact has been instructed to «carefully scrutinize the evidence».<sup>76</sup>

Is there and should there be flexibility in the preponderance of the evidence standard, depending upon the type of civil case at issue, especially where serious consequences may flow from a civil decision? The English Court of Appeal and the House of Lords have answered «no», **reaffirming the existence of two main standards of proof only**: «[a] high balance of probabilities is an unfortunate mixed metaphor. The civil standard of proof always means more likely than not. The only higher degree of probability required by the law is the criminal standard.»<sup>77</sup> In civil cases, the individual's liberty is in no way threatened by the Government, there is no presumption of innocence, and public policy does not require that the legislator protect against «erroneous results by requiring a standard of proof higher than a balance of probabilities».<sup>78</sup> Accordingly, the only standard available in civil instances is the preponderance of the evidence, and deciding whether it is more likely than not that the event occurred.<sup>79</sup> Evidence must be «sufficiently clear, convincing and cogent» when the trial judge scrutinizes it «with care».<sup>80</sup> In any event, the totality of the surrounding circumstances are considered, and for Canadian Sopinka, Lederman and Bryant, the civil standard of proof is «sufficiently flexible to be applied in an infinite variety of circumstances without the necessity of creating additional standards of proof».<sup>81</sup>

### 3. Civil Law's *Intime Conviction*

In civil law-based countries, **preponderance of the evidence is not considered sufficient** (except in Quebec, as explained above, which however is not

74. *Smith v. Smith*, *supra*, at 317.

75. Sopinka & al., at para 5.57, citing *Boykowych v. Boykowych*, [1955] S.C.R. 151, at 155.

76. Sopinka & al., *ibid*, at para 5.57.

77. *Home Secretary v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877, at para. 55 (H.L.). The Supreme Court of Canada confirmed this position in *McDougall* («Like the House of Lords, I think it is time to say, once and for all in Canada, that there is only one civil standard of proof at common law and that is proof on a balance of probabilities. Of course, context is all important and a judge should not be unmindful, where appropriate, of inherent probabilities or improbabilities or the seriousness of the allegations or consequences. However, these considerations do not change the standard of proof.»), at para. 40.

78. Sopinka & al., *supra*, at 154.

79. *McDougall*, *supra*, at para. 44.

80. *Ibid*, at para. 45 and 46.

81. Sopinka & al., *supra*, at para 5.61.

strictly a civil-law system, but is instead mixed). According to Professor Kevin Clermont, the Civil Law system requires courts to decide whether the fact is «so probable as to create an inner and deep-seated conviction of its truth», an «intime conviction» of the truth standard.<sup>82</sup> For Professor Michele Taruffo, «no rule, in any civil law system, requires the courts to apply in civil cases the same standard of proof that is applied in criminal cases.»<sup>83</sup> The judge therefore has discretion, based on his or her «free evaluation» of all the available evidence, without the imposition of rigid rules of legal proof such as hearsay evidence.

In France, the *juge* of civil instances uses his or her «*appréciation souveraine des éléments de fait ou de preuve*», «*appréciation souveraine de la force probante*», or his or her «*pouvoir souverain pour apprécier la valeur et la portée des éléments de preuve*».<sup>84</sup> Developed after the French Revolution, this standard was considered a symbolic response to the need to transfer power from the dominant class to the people.<sup>85</sup> Never properly defined in French law, the «*intime conviction*» or «*conviction raisonnée*» standard is nonetheless codified under Art. 427 of the French *Code of Penal Procedure*, and is linked to the duty to motivate decisions, which does not apply to instances where the court is exercising a discretionary power.<sup>86</sup> Under this standard, the judge must adjudicate freely, unless the law defines the probative value of a given mode of proof (as discussed above). Accordingly, the judge may found his or her conviction upon the conjunction of different indicia of evidence, or instead decide that one indicator is sufficient to provide the necessary proof of the matter.<sup>87</sup> According to Gorphe, the «*intime conviction*» does not involve a judgment based on feelings or impressions, but instead a judgment guided by an analytical and attentive analysis of the facts and evidence.<sup>88</sup>

In Poland, while there are no regulations *per se* referring explicitly to standards of evidence, the principle of free assessment of the evidence is of «fun-

82. Clermont, «Standards», *supra*, at 471.

83. Taruffo, *supra*, at 663-64 and 667-71.

84. Vergès, *supra*, at 434.

85. Vergès, *ibid*, at 10-11. Also see Gorphe, who refers to «intime conviction» as the: «verdict du sens commun, emanation de la raison individuelle en même temps que de la souveraineté populaire.» François Gorphe, *L'appréciation des preuves en justice, essai d'une méthode technique*, (Paris, Sirey: 1947) at 60.

86. See French Report, *supra*, at 9.

87. Vergès, *supra*, at 435, citing Cass Civ. 2, 28 nov. 1972, no. 71012.044.

88. Gorphe, *supra*, at 17. He explains that «la décision doit être l'aboutissement logique d'un examen analytique des faits et d'une appréciation critique des éléments de preuve. Elle passe ainsi de l'état de simple croyance subjective à celui de véritable connaissance objective, communicable et contrôlable. C'est de cette façon que la vérité judiciaire, qui se dégage de la jurisprudence, peut aspirer positivement à un caractère impersonnel, s'imposant à tous, non seulement sur les questions de droit, mais aussi sur celles de fait, dans la mesure où les circonstances des espèces sont semblables.» Gorphe, *ibid*, at 18.



damental importance», since in civil proceedings the court assesses the credibility and strength of the evidence according to «its own conviction», based upon a «comprehensive consideration of the collected material.»<sup>89</sup> In **Spain**, there has been a debate about the applicable standards in civil proceedings, but scholars have spoken of a «moral certainty» standard, equivalent to «beyond reasonable doubt», or more realistically, a «plausibility» or «high probability» standard, with a corresponding burden of proof reversal resulting from a «ease of proof» criteria.<sup>90</sup> By contrast, under German law, «less than the conviction of the truth is not sufficient for a proof [...] Standards that are based on a measure of likelihood do not find any support in the law.»<sup>91</sup>

#### 4. Clear and Convincing Evidence

In other systems such as the United States legal system, a higher standard of proof is imposed of «**clear and convincing evidence**», which requires that the plaintiff prove that a particular fact is substantially more likely than not to be true. While it is difficult to find a uniform definition of «clear and convincing proof» or evidence, this standard does not amount to the «beyond a reasonable doubt» standard. It is used in cases where charges are easily made but difficult to disprove, such as bequeaths of property through wills.<sup>92</sup> Hence, for policy reasons, and to safeguard the parties from having to defend against such charges, the plaintiff is required to prove them by clear and convincing evidence. In fact, the plaintiff must convince the jury or judge that it is «highly probable» that the facts asserted are true.<sup>93</sup> As such, in the ordinary civil suit, when the probabilities are equal, the litigant with the burden of proof will fail. If the probabilities are a little higher, the proponent will win in the ordinary civil suit, but will fail where he must prove the facts through clear and convincing proof. In the latter case, his or her evidence should establish «that the probabilities are great that the facts which he or she asserts exist, do exist».<sup>94</sup>

---

89. Polish Report, *supra*, at 3.

90. Spanish Report, *supra*, at 7.

91. R. Zöllner, *Zivilprozeßordnung*, 1999, 21<sup>st</sup> ed., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, cited by Dominique Demougin & Claude Fluet, «Preponderance of Evidence», *Série scientifique*, Montréal, Juin 2002, at 2.

92. Bryant M. Bennett, «Evidence: Clear and Convincing Proof: Appellate Review», (1944) 32 Cal. L. Rev. 74, at 75.

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

## 5. Proof Beyond a Reasonable Doubt

In criminal proceedings and for many regulatory offences, different (often higher) standards of proof apply. The typical standard in criminal cases is the «**beyond a reasonable doubt**» standard. This high standard requires the prosecution to demonstrate that the only logical explanation that can derive from the facts is that the defendant committed the alleged crime, and that no other logical explanation can be inferred or deduced from the evidence.<sup>95</sup> As such, if «at the end of and on the whole of the case, there is reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner... the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal.»<sup>96</sup> *Probable cause, reasonable belief and suspicion, and credible evidence* are further standards that are used in the criminal context.

In **Canada**, the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt is **linked to the presumption of innocence in criminal trials**.<sup>97</sup> Indeed, there is a constitutional right to be presumed innocent until proven guilty.<sup>98</sup> Importantly, the Supreme Court of Canada has stated that the criminal standard of proof beyond reasonable doubt does not apply in civil matters, regardless of the nature of the allegations involved.<sup>99</sup>

Furthermore, the words «reasonable doubt» **do not amount to «moral certainty»**, and where in criminal matters the liberty of the subject is at stake, it is important that jurors fully understand the nature of the burden of proof that the law requires them to apply. For the Supreme Court of Canada, because the onus of proof is closely linked to the presumption of innocence, it is essential that the trial judge explain it properly to the jury.<sup>100</sup> In fact, the criminal law imposes a higher standard of persuasion, based on policy reasons, to ensure

95. *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1 (1994).

96. *Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462, at 481, [1935] All. E.R. Rep. 1 (H.L.).

97. *McDougall*, *supra*, at para. 40-41.

98. *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, [1986] S.C.J. No. 7 (S.C.C.); *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, [1997] S.C.J. No. 77 (S.C.C.).

99. *Smith v. Smith*, *supra*; *Hanes v. Wawanese Mutual Ins. Co.*, [1963] S.C.R. 154; *Dalton Cartage Co. Ltd v. The Continental Ins. Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164, 1982 CarswellOnt. 372.

100. *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, para. 39. The Supreme Court of Canada therein established the appropriate instructions for the jury :

A reasonable doubt is not an imaginary or frivolous doubt. It must not be based upon sympathy or prejudice. Rather, it is based on reason and common sense. It is logically derived from the evidence or absence of evidence. Even if you believe the accused is probably guilty or likely guilty, that is not sufficient. In those circumstances you must give the benefit of the doubt to the accused and acquit because the Crown has failed to satisfy you of the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

On the other hand you must remember that it is virtually impossible to prove anything to an absolute certainty and the Crown is not required to do so. Such a standard of proof is impossibly high.

In short if, based upon the evidence before the court, you are sure that the accused committed the offence you should convict since this demonstrates that you are satisfied of his guilt beyond a reasonable doubt.

that no innocent person is convicted.<sup>101</sup> Indeed, as stated in Cross and Tapper on Evidence, «so long as the proportions do not become excessive, it is better that people who are reasonably guilty should go free than that those whose innocence is reasonably possible should be convicted.»<sup>102</sup> The court should not be choosing which competing version of the facts is most credible; it should instead decide whether the Crown has proven the essential elements of the crime beyond a reasonable doubt.<sup>103</sup>

In Australia, the applicable standard of proof beyond a reasonable doubt in criminal cases is similarly justified given the need to «advance the presumption of innocence», but also given the need to **strike an «appropriate balance** between the power of the State to prosecute offence and the position of the accused», and to «reduce error and promote certainty», «given the opprobrium and penal consequences associated with criminal conviction».<sup>104</sup>

In instances involving allegations of criminal or morally blameworthy conduct, civil cases may be brought instead of criminal ones. As explained above, U.K. and Canadian courts have traditionally imposed a higher burden of proof in those cases, requiring the evidence to be more clear, convincing and cogent, and scrutinized with greater care. Indeed, the Supreme Court of Canada in *FH v McDougall* has affirmed that there is **one standard of proof** only applicable to such cases.

The guilty «beyond reasonable doubt» standard is applicable in the majority of my national reporters' jurisdictions. In **Spain**, although nothing has been stated in the Constitution or in any other procedural statute, most scholars support the application of this same standard in criminal cases. As such, «mere probability is not enough» to convict, and the judge cannot convict «based on moral convictions», especially since reasons must be provided for their decisions.<sup>105</sup> In the **Netherlands**, there is a double requirement regarding criminal evidence. The judge must be convinced based on «legal means of evidence», and facts must be established beyond reasonable doubt.<sup>106</sup> This standard requires a minimum

---

101. See *Lifchus*, at para. 13.

102. C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence*, 11th ed. (London: Butterworths, 2007), at 170, cited in Sopinka & al., *supra*, at para. 5.51.

103. Sopinka & al., *ibid*, at para 5.78.

104. See Australia Report, *supra*, at 7, citing *Van der Meer v. The Queen*, (1988) 82 ALR 10, at 31; Kuan Chang Ong, «Statutory Reversals of Proof: Justifying Reversals and the Impact of Human Rights», (2013) 32(2) U. of Tasm. L. Rev. 248, at 251-52.

105. Spanish Report, *supra*, at 9.

106. Netherlands Report, *supra*, at 7.

plausibility criterion of approximately 90% of probability.<sup>107</sup> In **Australia**, the cardinal principle applicable in criminal cases is that the prosecution bears the burden of proving every element of an offence beyond reasonable doubt.<sup>108</sup>

Interestingly, in **Japan**, a lay participation system called the *saiban-in* system was introduced in serious criminal cases in 2009.<sup>109</sup> The system involves three professional judges and six lay-judges deliberating together on verdict and sentence. Article 318 of the *Criminal Procedure Act*<sup>110</sup> provides that the assessment of probative value or weight of evidence should be decided by those judges. The «beyond reasonable doubt» standard has applied to criminal matters since before World War II.<sup>111</sup> In Poland criminal proceedings, decisions are made based on all the evidence taken, assessed freely, and considering «principles of correct reasoning, indications of knowledge and life experience.»<sup>112</sup>

#### IV. Criticizing the Models and Looking Ahead

Many authors, as well as several of my national reporters have noted how **subjective** the evidentiary standards and assessments are. Professor Mallandrich Miret has spoken of an «unsolved challenge», that is, that even if «we could agree with a specific standard there would still be an added challenge, that is, subjectivity.»<sup>113</sup> For her, facts have to be proved, but complete conviction is not needed because it is impossible to obtain. One difficulty noted by authors with the preponderance standard is that it does not «ascertain the truth in any real sense.»<sup>114</sup> Indeed, where such a standard is imposed, triers of facts are «simply arbiters in a contest of proof-strength», who may only assess the comparative evidential support for or against it without establishing the absolute merit of a claim.<sup>115</sup> Another difficulty raised by authors is that the standard may not even «exist» in practice, as some studies seem to suggest that juries find for plaintiffs not based on preponderance, but instead, if they concluded that their contentions are «considerably» more likely to be correct than the defendants.<sup>116</sup>

107. *Ibid*, at 8.

108. Australian Report, *supra*, at 7.

109. See Ishida, *supra*, at 77.

110. Keiji soshō-hō, Law No. 131/1949.

111. Japanese Report, *supra*, at 2.

112. Polish Report, *supra*, at 4.

113. Spanish Report, *supra*, at 7.

114. Eggleston, 1983, *supra*.

115. Demougin & Fluet, *supra*, at 5.

116. Leubsdorf, *supra*, at 10.

For Professor Silvestri, there is an impression that «nobody feels the compelling need to reduce a complex process such as the evaluation of evidence to a fixed formula.»<sup>117</sup> Indeed, as she explains, «variations on the theme» of free evaluation of the evidence

[h]ave a negative rather than a positive meaning. Their negative meaning is that to the extent they are applied [...] they exclude the application of the rules of legal proof [...], vesting the court with the power to determine the weight of proofs on the basis of a discretionary evaluation. In a word: these principles exclude the application of legal standards of proof but do not prescribe by themselves any positive standard of proof.<sup>118</sup>

In fact, preponderance is problematic as a standard because it is phrased inconsistently by the courts, some legal systems do not recognize it, and its justifications are open to dispute.<sup>119</sup>

There are arguments for and against high standards of proof. **Higher standards help discourage frivolous litigation**, at least in theory, and **increase objectivity** and the legitimacy of adjudication by reducing the risk that unfounded claims will succeed. However, increasing the standards tends to tilt the balance in favour of the defendants in uncertain cases, thereby reducing the possibilities of access to justice. Accordingly, favouring defendants makes sense in criminal cases, but not in civil ones. For Canadian authors Rothstein, Centa and Adams, instead of varying the civil standards, it would be «more effective» to «describe the type of evidence required to meet the balance of probabilities standard in cases where greater certainty is appropriate».<sup>120</sup> And in any event, it would appear that using probabilistic reasoning in this context is important, and that relevant evidence be «of a character that [it] can be, at least roughly, measured against the background of our knowledge of frequencies.»<sup>121</sup>

In the end, the debate over the efficacy of evidentiary standards and assessment systems must be considered within a **larger context**. Civil justice in general has been in a state of crisis for some decades. As access to justice is becoming increasingly more challenging and justice is reserved to the lucky

117. Italian Report, *supra*, at 5.

118. Taruffo, *supra*, at 666.

119. John Leubsdorf, « The Surprising History of the Preponderance Standard of Civil Proof », (2016) 67 Fla. L. Rev. 1569, at 2. According to Leubsdorf, courts have followed different models and referred to «greater weight of the evidence», «more likely than not», «actual belief», and «balance of probabilities» to refer to the preponderance standard. See *ibid*, at 3-8. Also see Kaplow, «Burden», *supra* (who examines the preponderance standard and criticizes it).

120. Rothstein, Centa & Adams, *supra*, note 3 at 455, 459.

121. Olof Bolding, «Aspects of the Burden of Proof», in *Acta universitatis stockholmiensis. Studia juridica stockholmiensia*, Vol. 9, (Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1960), at 16.

few, legislators around the world have implemented new or renewed fundamental principles in their legislations. Proportionality, for instance, has been made applicable to procedure and evidence, in a way to restrict the amounts of evidence presented in cases where it may not appear worthwhile, given the stakes and costs of the case proceedings, among other things. Efficiency has been increasingly considered as a civil justice objective. Private modes of dispute resolution have been imposed more steadily in the courts. Good faith and a duty to cooperate in the proceedings are resurfacing as expectations from the case parties. In the face of increasing amounts of information available through the Internet and otherwise, the use of technologies in legal proceedings has been encouraged (if not made a priority – see Art. 26 Quebec *Code of Civil Procedure*).

Evidence is a part of the equation for an enhanced access to justice – albeit a central one. There must be an adequate, **appropriate balance** between what the plaintiff and the defendant must prove, how they must prove it, and how the judges will weigh the probative value of this proof. Professor Leubsdorf has explained the importance of the proof standards in terms of a relation between the choice of standard of persuasion and the claims asserted and defended:

The comparative likelihood that good and bad claims will give rise to evidence tending to show liability will (affect) the impact of the standard. As likelihood varies, courts will become better or worse at filtering out good claims from bad ones. The relative tendency of findings of liability to deter undesirable and desirable conduct will further affect the standard's impact.<sup>122</sup>

Thus, the choice of standard will arguably affect the viability of certain types of claims.

While predictive algorithms<sup>123</sup> could help us appreciate what the most appropriate standards should be in evidence law systems around the world, until such algorithms become more prevalent and accessible, we must trust our instincts and let the judges follow their experience, logic, and impressions about the evidence adduced.

---

122. Leubsdorf, *supra*, at 14.

123. See Italian Report, *supra*, at 5, where Silvestri rejects the use of these algorithms in this context.

## Bibliography

### Books

- KENNETH S. BROWN et al., *McCormick on Evidence*, 6th ed., Vol. 2 (St Paul, Thomson West Publishing: 2006)
- LÉO DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6th ed., (Montréal, Wilson & Lafleur: 2005)
- L. COHEN, *The Probable and the Provable*, (Oxford, Oxford University Press: 1977)
- A. ELLEY FINCH, *On the Pursuit of Truth – A Discourse*, (London, Longmans, Green & Co.: 1873)
- FRANÇOIS GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice, essai d'une méthode technique*, (Paris, Sirey : 1947)
- HENRI LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire: étude de sociologie juridique* (Paris, Marcel Rivière: 1964)
- J. KEYNES, *A Treatise on Probability* (London, MacMillan: 1921)
- DAVID M. PACIOCCO & LEE STUESSER, *The Law of Evidence*, 6th ed., (Toronto, Irwin Law: 2011)
- CATHERINE PICHÉ, *La Preuve Civile (Royer)*, 5th ed., (Montréal, Ed. Yvon Blais: 2016)
- CATHERINE PICHÉ (Coauthor with F. Gélinas, M. Khan, C. Camion, S. Anstis and K. Bates), *Foundations of Civil Justice – Toward a Value-Based Framework for Reform* (London, Springer: 2015)
- C. TAPPER, *Cross and Tapper on Evidence*, 11th ed. (London, Butterworths: 2007)
- C.H. VAN RHEE & A. UZELAC, *Truth and efficiency in civil litigation: fundamental aspects of fact-finding and evidence-taking in a comparative context*, ed. C. H. van Rhee & A. Uzelac (Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia: 2012)
- ELIZABETTA SILVESTRI, «The Antique Shop of Italian Civil Procedure», in van Rhee & Uzelac, *supra*.
- SOPINKA, JOHN, SIDNEY N. LEDERMAN, and ALAN W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, 3rd Ed., (Toronto: LexisNexis: 2009)
- TILLERS, P. and E. GREEN (eds.), *Probability and Inference in the Law of Evidence: The Limits and Uses of Bayesianism*, (Dordrecht, Kluwer: 1988)

### Articles

- JAMES BEARDSLEY, «Proof of Fact in French Civil Procedure» (1986) 34:2 Am.J.Comp. L. 459.
- BRYANT M. BENNETT, «Evidence: Clear and Convincing Proof: Appellate Review», (1944) 32 Cal. L. Rev. 74, at 75
- C. CALLEN, «Notes on a Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law», (1982) 57:1 Ind. L. J. 44
- KUAN CHANG ONG, «Statutory Reversals of Proof: Justifying Reversals and the Impact of Human Rights», (2013) 32(2) U. of Tasm. L. Rev. 248
- KEVIN M. CLERMONT, «Standards of Proof Revisited», (2009) 33 Vermont L. Rev. 469
- KEVIN M. CLERMONT & EMILY SHERWIN, «A Comparative View of Standards of Proof», (2002) 50 Am. J. Comp. L. 243
- Kevin M. Clermont, «Standards of Proof in Japan and the United States», (2004) 37 Cornell Int'l L.J. 263
- MIRJAN DAMAŠKA, «Truth in Adjudication», (1998) 49 Hastings L.J. 289, at 1103-1104
- CHRISTOPHER ENGEL, «Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction: A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental European Law», (2009) 33 Vermont L. Rev. 435

- J. FRANKLIN, «The Objective Bayesian Conceptualisation of Proof and Reference Class Problems», (2011) 33 Syd. L. Rev. 545
- JOHN LEUBSDORF, » The Surprising History of the Preponderance Standard of Civil Proof », (2016) 67 Fla. L. Rev. 1569
- NAKAO, K. and M. TSUMAGARI, «The Inquisitor Judge's Trilemma», (2012) 8:1 Rev. of L.&Econ. 137
- RICHARD A. POSNER, «An Economic Approach to the Law of Evidence», (1999) 51:6 Stan. L. Rev. 1505
- LOUIS KAPLOW, «On the Optimal Standard of Proof», (2011) 119:6 J. of Pol. Econ. 1104
- LOUIS KAPLOW, «Optimal Proof Standards, Deterrence, and the Chilling of Desirable Behavior», (2011) 101:3 Am. Econ. Rev. 277
- LOUIS KAPLOW, «Burden of Proof», (2012) 121 Yale L. J. 738
- MARK SCHWEIZER, «The civil standard of proof—what is it, actually?», (2016) 20(3) Int'l. J. of Evid. & Proof 217
- ROBERT S. SUMMERS, «Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding – Their Justified Divergence in Some Particular Cases», (1999) Cornell Law Faculty Publications, Paper 1186
- Michele Taruffo, «Rethinking the Standards of Proof», (2003) 51:3 Am. J. Comp. L. 666

## Book Chapters

- Olof Bolding, «Aspects of the Burden of Proof», in *Acta universitatis stockholmiensis. Studia juridica stockholmiensia*, Vol. 9, (Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1960)
- KEVIN M. CLERMONT & EMILY SHERWIN, «A Comparative Puzzle: Standards of Proof», in *Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. Von Mehren* 629 (James A.R. Nafziger & Symeon C. Symeonides eds., 2002)
- KAYOKO ISHIDA, «Evidence Law in Japan and Australia: Principles, Practice and Reform», found online at <https://www.zjapanr.de/index.php/zjapanr/article/view/479>
- MUSTAPHA MEKKI, Rapport sur « Preuve et Vérité », found online at <https://www.gautrais.com/fichiers/2014/01/PREUVE-ET-V%C3%89RIT%C3%89.pdf>.
- LINDA R. ROTHSTEIN, Robert A. Cerna and Eric Adams, «Balancing Probabilities: The Overlooked Complexity of the Civil Standard of Proof», in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence* (Toronto, Irwin Law: 2004)
- JORG SLADIČ & ALAN UZELAC, «Assessment of Evidence», in Rijavec, Vesna; Keresteš, Tomaž; Ivanc, Tjaša, editor(s), *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure* (AH Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer: 2015), 107-131
- J. WROBLEWSKI, » La preuve juridique: axiologie, logique et argumentation », in Ch. Perelman, P. Foirers, *La preuve en droit*, (Bruxelles, Bruylant : 1981)

## Caselaw

- Boiler Inspection and Insurance Company of Canada c. Moody Industries Inc.*, 2006 QCCA 887 (Qué. C.A.) (CanLII)
- Boykowych v. Boykowych*, [1955] S.C.R. 151
- Conseil pour la protection des malades c. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, 2010 QCCS 6094 (appeal granted on different grounds, 2014 QCCA 459)
- Cass Civ. 2, 28 nov. 1972, no. 71012.044



*Dalton Cartage Co. Ltd v. The Continental Ins. Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164, 1982 CarswellOnt. 372  
*Dubois c. Génois*, [1964] B.R. 637  
*F.H. v. McDougall*, [2008] 3 S.C.R. 41, 2008 SCC 53  
*Hanes v. Wawanesa Mutual Ins. Co.*, [1963] S.C.R. 154  
*Home Secretary v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.)  
*Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541  
*Lilly v. Virginia*, 527 U.S. 116 (1999).  
*Mailler v Minister of Pensions*, [1947] 2 All ER 372  
*Miller v. Minister of Pensions*, [1947] 2 All. E.R. 372, at 374 (K.B.)  
*Parent c. Lapointe*, [1952] 1 R.C.S. 376  
*R. v. Clark*, (1921) 61 S.C.R. 608  
*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, [1986] S.C.J. No. 7 (S.C.C.)  
*R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, [1997] S.C.J. No. 77 (S.C.C.)  
*Rousseau c. Bennett*, [1956] R.C.S. 89, [1955] S.C.J. No. 68  
*Smith v. Smith and Smedman*, [1952], 2 S.C.R. 312, 1952 CanLII 3 (SCC)  
*Van der Meer v. The Queen*, (1988) 82 ALR 10  
*Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1 (1994)  
*Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462, at 481, [1935] All. E.R. Rep. 1 (H.L.)

## Legislation

*Code of Civil Procedure* of Québec, arts. 21, 24, 277  
*Civil Code of Québec*, arts. 2818, 2844, 2863, 2857, 2860, 2862  
2006 ALI / UNIDROIT *Principles of Transnational Civil Procedure*, found online at <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>, Princ. 21.2  
Rule 403 of the United States' *Federal Rules of Evidence*

## Other

*Australian Law Reform Commission*, Report No. 38, Evidence (1987)  
D. DEMOUGIN & C. FLUET, *Preponderance of Evidence* (Center for Research on Economic Fluctuations and Employment, Université du Québec à Montreal, Working paper no. 150, April 2002)

PONENCIAS SOBRE  
**PRUEBA TESTIFICAL: PROTOCOLOS  
DE ACTUACIÓN, MEDIDAS DE  
PROTECCIÓN, TÉCNICAS DE  
INTERROGATORIO Y CUESTIONES  
ESPECÍFICAS DE VALORACIÓN**



# Prueba testifical: protocolos de actuación, medidas de protección, técnicas de interrogatorio y cuestiones específicas de valoración en iberoamerica<sup>1</sup>

Darci Guimarães Ribeiro<sup>2</sup>

«Salamanca, Salamanca,  
renaciente maravilla,  
académica palanca,  
de mi visión de Castilla.  
(...)

*Hechizo salmanticense  
de pedantesca dulzura;  
gramática del Brocense,  
florón de literatura»<sup>3</sup>*

**Introducción.** I. Admisibilidad del testigo en iberoamerica. 1. Derechos; 2. Deberes; 3. Límites subjetivos; 4. Límites objetivos; 5. Medidas de protección; 6. Prueba testifical trasladada y sus requisitos. II. Protocolos de actuación y técnicas de interrogatorio del testigo en los diversos países iberoamericanos. 7. Los poderes probatorios del juez en la prueba testifical; 8. Protocolos para declaración de los testigos; 9. Técnicas de interrogatorio de los testigos; 10. La declaración del testigo a través del notario; 11. La influencia de los medios electróni-

1. Relatorio General presentado en la II Conferencia de la *International Association of Procedural Law* y XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal realizada en Salamanca, 17-19 de octubre de 2018.

2. Catedrático de Derecho Procesal Civil de la UNISINOS y PUC/RS. Pós-Doctor por la Università degli Studi di Firenze. Doctor en Derecho por la Universitat de Barcelona. Especialista y Master por la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Miembro de la *International Association of Procedural Law*. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Civil. Miembro del Instituto Brasileño de Derecho Procesal Civil y de la Academia Brasileña de Derecho Procesal.

3. *Los 25.000 mejores versos de la lengua castellana*. Barcelona: Vergara, 1983, p. 436.

cos en la prueba testifical; III. Valoración de la prueba de testigo. 12. Sistemas de valoración de la prueba testifical; 13. La eficacia de la prueba de testigos; 14. La preparación de los jueces en los diversos países de iberoamerica

## Introducción

Por su naturaleza, la prueba de testigo está umbilicalmente vinculada a la oralidad. Y un proceso cuya prueba sea oral, como es la declaración de un testigo, subordinase a los dictámenes de la ética<sup>1</sup> en el momento de producirse. Vivimos una crisis ética en nuestra sociedad moderna y por consiguiente una crisis en las relaciones humanas que están sometidas al mundo de la apariencia<sup>2</sup>, donde los valores son fácilmente alterados y difícilmente absorbidos por el espíritu humano, razón por la cual tenemos una desconfianza generalizada en el ser humano y consecuentemente en el testigo.

La oralidad, como base de la prueba de testigo, camina en sentido contrario, ya que presupone una mayor credibilidad, una mayor confianza en las personas, donde el individuo es el protagonista social por actuar de buena fe<sup>3</sup>, es la dimensión ético-social del hombre que está relacionada a su modo de actuar en sociedad.

De este modo se infiere claramente que en una sociedad cuya ética es baja, la credibilidad en los testigos y la confianza en sus declaraciones también lo serán<sup>4</sup>. Y nadie puede dudar que delante de esa realidad social existirán, v. g., mayores límites subjetivos y objetivos a los testigos, dificultando, aún más, la valoración de sus declaraciones realizadas en juicio.

1. Por ética, debemos entender, según ADOLFO SÁNCHEZ VAZQUEZ, «a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade», Ética. Trad. por João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1990, 12ª ed., p. 12.

2. Pues, como bien dice HANNAH ARENDT, «a primazia da aparência é um fato da vida cotidiana do qual nem o cientista nem o filósofo podem escapar, ao qual têm sempre que voltar em seus laboratórios e em seus estudos, e cuja força fica demonstrada pelo fato de nunca ter sido minimamente alterada ou desviada por qualquer coisa que eles tenham descoberto quando dela se afastaram», A vida do Espírito. Trad. por Antônio Abranches y Cesar Augusto R. de Almeida. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993, 2ª ed., p. 21.

3. De acuerdo con la opinión de JOAN PICÓ, en su clásica obra: «la buena fe es un concepto jurídico indeterminado, y por tanto sólo pueden efectuarse meras aproximaciones conceptuales sobre la misma», El principio de la Buena Fe Procesal. Barcelona: Bosch, 2003, nº 5.1, p. 69.

4. Desde esta perspectiva, pues, dejemos la palabra al ilustre historiador del proceso, VITTORIO SCIALOJA, para quien la prueba testifical era la más usual tanto en el periodo formulario, cuanto en el *extraordinariae cognitiones*, porque no había en aquel tiempo la desconfianza con relación a los testimonios. Esa confianza desapareció «en el derecho Justiniano», pues «la desconfianza hacia los testigos, a medida que va decayendo el sentimiento de la libertad y de la dignidad individuales, creció extraordinariamente en la sociedad, y por tanto en el derecho romano», Procedimiento Civil Romano. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJEA, 1954, p. 243 y 392. Se orienta en este sentido EUGÈNE PETIT, para quien en el periodo romano bizantino «prevalece en este punto la mayor preferencia que se da a la prueba documental o escrita, estimándose como de gran valor y utilidad los documentos privados o públicos», Tratado Elemental de Derecho Romano. Trad. por D. José Ferrández Gonzáles. México: Porrúa, 2007, 23ª ed., p. 224.

## I. Admisibilidad del testigo en iberoamerica

### 1. Derechos

Para que se pueda conocer adecuadamente los derechos y deberes de los testigos, debemos, antes de todo, conceptualizarlos. El testigo es toda la persona que «viene a deporre sopra fatti che sono già a sua conoscenza perchè veduti o uditi avanti d'essere chiamato in giudizio (fatti passati, transeunti)»<sup>5</sup>. Aquí la fuente de prueba es la persona, mientras que el medio de prueba es la declaración delante del juez<sup>6</sup>.

Los derechos y deberes de estas personas que vienen a juicio prestar informaciones sobre hechos importantes para el proceso<sup>7</sup>, no cambia mucho entre los diversos países iberoamericanos, razón por la cual podemos establecer algunas reglas generales tanto para derechos como para deberes.

Con respeto a los derechos de los testigos, ellos pueden ser agrupados básicamente en *previa comunicación, excepción testimonial, reembolso de sus gastos y tratamiento digno*.

a) *Derecho de previa comunicación*. Los testigos tienen derecho de previa comunicación a través de los medios legales establecidos por la ley para que estén obligados a comparecer delante del juez. A diferencia de lo que ocurre en los diversos países iberoamericanos, entre los cuales España, art. 292.1 de la LEC<sup>8</sup>, Chile, art. 380 del CPC<sup>9</sup>, Argentina, art. 434 del CPCN<sup>10</sup>, Colombia, art. 217 del CGP<sup>11</sup> y Uruguay, art. 160.1 del CGP<sup>12</sup>, en que los testigos son

5. LODOVICO MORTARA, *Manuale della Procedura Civile*. Torino: UTET, 1921, v. 1, 9ª ed., nº 375, p. 396.

6. La prueba de testigo y todo su procedimiento en juicio siempre fue muy importante para la realización del derecho a través del proceso, razón por la cual desde siempre estuvo presente en los manuales de proceso, como pudimos constatar en el primer manual de derecho procesal que describe detalladamente las hipótesis de cabimiento y todo su procedimiento en juicio, LOOST DE DAMHOVDER, *Practycke in Civile Saecken*. Graven-Hage: VVeduwe, 1626, Cap. CLXII-CLXVI, p. 420-433.

7. Sobre la relevancia y admisibilidad de las pruebas en juicio y sus distintos aspectos y consecuencias, consultar por todos a clásica obra de MICHELE TARUFFO, *La prueba de los hechos*. Trad. por Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 20025, Cap. V, nº 2.1. p. 364 y ss.

8. Informe Español a cargo del Dr. Manuel Richard Gonzales.

9. Informe Chileno a cargo del Dr. Diego Iván Palomo Vélez.

10. Informe Argentino a cargo del Dr. Leandro J. Giannini.

11. Informe a cargo de la Drª Mónica María Bustamante Rúa que lo realizo junto al Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, compuesto por Andrés Mazuera, Dimaro Agudelo Mejía, Liliana Damaris Pabón Giraldo, Luis Orlando Toro Garzón y Orión Vargas Vélez.

12. Informe Uruguayo a cargo del Dr. Ángel Landoni Sosa.

citados por el tribunal, en Brasil, desde el nuevo CPC/2015<sup>13</sup>, art. 455, ellos son citados a través de los abogados que deben enviar una carta y posteriormente comprobar en juicio la comunicación realizada. Delante de la imposibilidad de hacerlo pedirán al juez que se les cite. Igualmente en el México, cuyo encargo compete inicialmente a los abogados, que no pudiendo realizarlo pedirán al juez que se les cite, expresando las causas de su imposibilidad que el juez calificará bajo su prudente arbitrio, como determina el art. 357 del CPC<sup>14</sup>. Una vez comunicado, el testigo tiene el deber de comparecer, caso en que rehuse comparecer será conducido a presencia del juez por fuerza pública, como prevé el art. 160.3 del CGP uruguayo, art. 380 del CPC chileno y el art. 455.5 del CPC brasileño, y/o deberá pagar una multa, conforme art. 292.1 de la LEC española, el art. 431 del CPCN argentino, el art. 218 del CGP colombiano y art. 455.5 del CPC brasileño.

- b) *Derecho de excepción testimonial*. Los testigos no están obligados a testimoniar sobre hechos que comprometan su responsabilidad penal, su honor, o implique la violación de un secreto profesional, industrial o de Estado, conocido como el principio de no autoincriminación, art. 444 del CPCN argentino, art. 209 del CGP colombiano (que también tiene regla específica en el art. 33 de la Constitución Nacional), art. 371 de la LEC española, o aún cuando el daño alcance su cónyuge o pariente, art. 448.1 del CPC brasileño, art. 360 del CPC chileno, art. 156 del CGP uruguayo.
- c) *Derecho de reembolso de sus gastos*. Los testigos que comparecen para prestar sus declaraciones, en general, tienen derecho de reclamar de la parte que lo presente el pago de los gastos que le imponga la comparecencia<sup>15</sup>, como prevén los art. 381 del CPC chileno, art. 214 del CGP colombiano y art. 462 del CPC brasileño. En algunos países de Iberoamérica no hay esta previsión en la legislación procesal, como por ejemplo en Argentina y México. En otros países como España, el art. 375 de la LEC asegura al testigo el «*el derecho a obtener de la parte que les propuso una indemnización por los gastos y perjuicio ...*», vale decir, el cobro de un indemnización por eventual perjuicio que su presencia en juicio pueda haber generado. En otros países, los testigos tienen derecho que no se les descuenten el salario por el tiempo que estuvo a disposición del tribunal, ya que se considera un servicio público, como ocurre en Uruguay, art. 160.6 del CGP, bien como en Brasil, art. 463 del CPC.

13. Informe Brasileño a cargo del Dr. Araken de Assis.

14. Informe Mexicano a cargo de la Dr<sup>a</sup> Carina Gómez Fröde.

15. Al igual de lo que se pasaba en el derecho romano, según nos cuenta VITTORIO SCIALOJA, pues «*Caso de que se hubieran de oír testigos distantes de la sede del tribunal juzgador, se les llamaba, si la distancia no era excesiva, y tenían que venir a expensas de la parte que los había propuesto*», Procedimiento Civil Romano, ob. cit., p. 395.

- d) *Derecho a un tratamiento digno*. Nadie puede dudar que los testigos tienen derecho a un tratamiento digno, dentro de los principios éticos y morales de una sociedad civilizada, ya que el proceso es considerado un instrumento público a través del cual se realiza uno de los valores más importantes del Estado Democrático de Derecho, la justicia. Por eso algunas legislaciones procesales aseguran ese derecho a ellos en su legislación procesal, como ocurre en Brasil, art. 459, párr. 2º del CPC, México, art. 360 del CPC, Argentina, art. 443 de CPCN, Uruguay, art. 161.3 de CGP y Colombia, art. 220 del CGP. Para garantizar ese derecho el juez puede utilizar su '*poder de policía*', como es denominado en Brasil, art. 360 del CPC.

## 2. Deberes

Así como todos aquellos que participan del proceso tienen derechos, también poseen deberes. Para los testigos no es diferente, ya que se les atribuye varios deberes en el proceso, entre los cuales podemos identificar el de *comparecer, declarar y decir la verdad*.

- a) *Deber de comparecer*. Todos los testigos, una vez que estén debidamente comunicados, deben comparecer delante del juez para prestar sus declaraciones. Todavía hay excepciones a ese deber, entre las cuales podemos citar:

I - razones de salud, art. 449, párr. único del CPC brasileño, art. 436 del CPCN argentino, art. 361.5 del CPC chileno, art. 364 de la LEC española y art. 358 del CPC mexicano, que también excluye cuando el testigo tenga más de setenta (70) años;

II - Con respeto a la función desempeñada por el testigo, como de Presidente de la Nación, Gobernadores, políticos en general, Ministros, Secretarios, entre otros. En Brasil se les denominamos *testigos privilegiados*. El número de personas que pueden estar desobligadas a comparecer delante del juez varía de país para país<sup>16</sup>. En España, por ejemplo, no hay testigos privilegiados en la LEC, existiendo únicamente en el proceso penal<sup>17</sup>. Cumple esclarecer que mientras en Brasil esas personas eligen el día, la hora y el lugar para prestar sus declaraciones, art. 454 del CPC, en otros, como en Chile, el legislador sólo les brinda con la opción de hacerlo en su domicilio,

---

16. En Brasil, v. g., el art. 454 del CPC, presenta doce (12) hipótesis de personas que están desobligadas a comparecer en juicio. En Argentina, el elenco completo puede ser encontrado en la Resolución de la Suprema Corte de Buenos Aires, n° 760/80. En México, en el art. 359 del CPC. En Uruguay, en el art. 163 del CGP. En Colombia, en el art. 215 del CGP. En Chile, en el art. 361 del CPC.

17. Según esclarece el Informe a cargo del Dr. Manuel Richard Gonzales.



art. 361 del CPC, o entonces como en México que la ley se les autoriza a 'declarar por oficio', art. 359 del CPC o por 'certificación o informe', como determina el art. 163 del CGP de Uruguay, o aún 'en su despacho', art. 215 del CGP colombiano.

III - Cuando prestan su declaración anticipada, como previsto en el art. 222 del CGP colombiano, bien como en el art. 453, I del CPC brasileño y art. 326.1º del CPCN argentino.

IV – Los que tengan inmunidad diplomática, como apunta el art. 362 del CPC chileno y el art. 216 del CGP colombiano.

V) Los que residan fuera de la sede del juzgado. Para esos la ley prevé, como regla general, que puedan prestar sus declaraciones ante el tribunal que le corresponda, vía exhorto instruido para su interrogatorio<sup>18</sup>, art. 371 del CPC de Chile, art. 160.6 del CGP Uruguayo, art. 453 del CPCN Argentino, art. 362 del CPC Mexicano. Los códigos más modernos, como Colombia, de 2012<sup>19</sup>, y Brasil, de 2016, la declaración del testigo que resida fuera de la sede del juzgado, será realizada «a través de medios técnicos», como prevé el art. 224 del CGP colombiano o por «videoconferencia u otro recurso tecnológico de transmisión o recepción de sonido e imágenes en tiempo real», conforme art. 453 párrafos 1º y 2º del CPC brasileño. En Argentina, la ley se les obliga a comparecer si residen dentro de un radio de setenta (70) Kilómetros del asiento del tribunal, art. 426 del CPCN.

VI) Las personas jurídicas o entidades públicas. Aquí sus declaraciones serán realizadas por escrito, como sugiere el extenso art. 381 de la LEC Español. De forma diferente en Brasil, ya que en ese país las personas jurídicas serán representadas en juicio por quien sus respectivos actos constitutivos designaren, según art. 74, apartado VIII del CPC, vale decir, no se les permite hacerlas por escrito.

Una vez existiendo el deber de comparecer para el testigo y ocurra su inasistencia ante el juzgado no justificada, las legislaciones procesuales de los países iberoamericanos pueden establecer tres (3) situaciones distintas para resolver el problema. Primera, que suele ser la más común, autoriza el tribunal a utilizar la fuerza para compeler el testigo a presentarse ante el juzgado, art. 455 del CPC brasileño, art. 380 del CPC chileno, art. 160.3 del

18. Otro no era el procedimiento en el derecho romano, según nos cuenta VITTORIO SCIALOJA, para quien «también se delegaba al magistrado del lugar donde residían para que los escuchara, o podían también trasladarse las partes mismas adonde estaba el testigo para recoger su testimonio», Procedimiento Civil Romano, ob. cit., p. 395.

19. Que empezó a entrar en vigencia en forma gradual en ese año, alcanzando su plenitud en 2016.

CGP uruguayo. La segunda, que simplemente sanciona el testigo con multa que varía de país para país, por ejemplo, en España su valor es de treinta mil a cien mil pesetas, art. 292 de la LEC. La tercera, que conjuga las dos anteriores, o sea, el tribunal utiliza la fuerza e impone una multa, como ocurre en Colombia, art. 218 del CGP.

- b) *Deber de declarar*. Una vez que tenga el deber de comparecer, el testigo también tiene el deber de esclarecer el juez sobre los hechos relevantes para el objeto del debate, declarando todo lo que sabe sobre los hechos controvertidos. Por eso es considerado en muchos países como un servicio público, entre otros, Brasil, art. 463 del CPC. En Colombia, incluso, esta determinación encuéntrase en la Carta Política, art. 95, que determina que toda población colombiana tiene el deber de colaborar para el buen funcionamiento de la Administración de la Justicia. Como regla general, las declaraciones de los testigos deberán realizarse delante del juzgado, todavía en casos muy especiales, como por ejemplo en consecuencia de la función desempeñada por el testigo, estas podrán implementarse a través de informes, como analizado arriba, ítem a.1. Sin embargo, ese deber de declarar presenta excepciones, como se las presentamos cuando tratamos del ‘derecho de excepción testimonial’ arriba. En algunos países como España, los menores de edad no tienen una obligación legal de declarar, conforme el art. 361.2 de la LEC.
- c) *Deber de decir la verdad*. El proceso como instrumento democrático para realizar la justicia impone a todos aquellos que en él interviene, el deber de decir la verdad, pues, según COUTURE, «*el deber de decir la verdad existe, porque es un deber de conducta humana*»<sup>20</sup>. Por ello, los testigos son obligados a decir la verdad y actuar en el proceso con buena fe<sup>21</sup>. Esa exigencia es muy antigua y los romanos ya se preocupaban con la veracidad de las declaraciones realizadas por los testigos<sup>22</sup>.

---

20. El deber de las partes de decir la verdad. In: *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ediar, 1950, t. III, p. 253.

21. La buena fe puede ser comprendida, según JOAN PICÓ, como una «*conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta*», El principio de la buena fe procesal, ob. cit., Cap. I, nº 5.1, p. 69, o aun como la define COUTURE: «*calidad jurídica de la conducta, legalmente exigida, de actuar en el proceso con probidad, en el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón*», Vocabulario jurídico, Buenos Aires: Depalma, 1991, p. 127.

22. Entre ellos encuéntrase la cita de CALLISTRATO, para quien «*testium fides diligenter examinanda est*» – se ha de examinar escrupulosamente la veracidad de los testigos, Corpus Juris Civile. Org. C. M. Galisset. Paris: A. Cotelle. MDCCCLXXXI, Digestorum, L. XXII, Tit. V, 3, p. 737 (Hay traducción para el español, Cuerpo del Derecho Civil Romano. Trad. por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Barcelona: Jaime Molinas, 1892, Digesto. Tomo II, L. XXII, Tit. V, 3, p. 103). Sobre el tema, Sexto Cecilio hablando con Favorino sobre la ley de las XII Tablas, lamenta que haya desaparecido a pena para el falso testimonio que sería arrojarlos de la Roca Tarpeya, pues según cree: «*Por lo general, la crueldad a la hora de castigar un delito es el mejor medio de vivir bien y con garantías*», AULO GELIO, Noches Áticas. Trad. Santiago López Moreda. Madrid: Akal, 2009, L. XX, Cap. I, nº 54, p. 710.

Los países de Iberoamérica consagran ese deber, algunos con mayor claridad en sus dispositivos legales y otros ni tanto. Para asegurar que los testigos digan la verdad, muchos países recorren a una antigua fórmula religiosa, el *juramento*<sup>23</sup>. Los países más modernos han dejado de lado esa fórmula religiosa para dar lugar a una *promesa de decir verdad*. Entre aquellos países que obligan los testigos a prestar juramento están Chile, art. 363 del CPC<sup>24</sup> y Colombia, art. 220 del CGP. Exigiéndoles solamente la promesa de decir la verdad, están Brasil, art. 458 del CPC<sup>25</sup> y México, art. 363 del CPC. Y entre aquellos que permiten al testigo prestar juramento o promesa de decir verdad, están España, art. 365 de la LEC, Argentina, art. 440 de la CPCN y Uruguay, art. 161 del CGP.

En algunos países la ley procesal excluye los menores de edad de prestar juramento, como en Chile, art. 357 del CPC, mientras en otros países los menores de edad no prestan ni juramento ni el compromiso de decir la verdad como en Brasil, art. 447, párr. 4<sup>o</sup><sup>26</sup> del CPC y España, art. 365 de la LEC. En Colombia los testigos también no prestan juramento, todavía el juez los «*exhortará a decir la verdad*», art. 220 del CGP.

Antes de declarar, los testigos prestarán juramento o formularán promesa de decir la verdad, y serán informados de las consecuencias penales a que puedan dar lugar las declaraciones falsas<sup>27</sup>. Existe en los países en general el crimen de falso testimonio, entre los cuales Brasil, art. 342 del Código Penal, Colombia, art. 442 del CP, España, art. 458 del CP, Chile, art. 209 del CP, Argentina, art. 275 del CPCN, México, art. 247 del CPF y Uruguay, art. 181 del CP.

23. El juramento puede ser entendido, según SAVIGNY, como «una afirmación hecha bajo la invocación de una cosa objeto de nuestro culto ó que merece todo nuestro respeto», y «dá cierta garantía de la verdad de la afirmación, es decir, de la buena fé del que afirma; porque se supone que la veneración por el testimonio invocado no admite la idea de falsedad». Sistema del Derecho Romano Actual. Trad. por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: Góngora, 1879, t. V, § CCCIX, p. 337. En el Derecho romano este era el medio para asegurar que el testigo declarara la verdad, pues de acuerdo con VITTORIO SCIALOJA, «sí existía la obligación de deponer la verdad bajo la sanción religiosa del juramento ('iurati testimonium dicunt')», Procedimiento Civil Romano, ob. cit. p. 243 y 395..

24. En Chile, cuyo CPC es de 1903, el juramento presenta fórmula preestablecida en la ley, art. 62 y 363 del CPC. Art. 363: «*Antes de examinar a cada testigo, se le hará prestar juramento al tenor de la fórmula siguiente: «¿Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?».* El interrogado responderá: «*Sí juro*», conforme a lo dispuesto en el artículo 62».

25. La doctrina suele decir que la ley brasileña no exige el juramento de los testigos porque Brasil es un país laico, consultar por todos ARAKEN DE ASSIS, Processo Civil Brasileiro, São Paulo: RT, 2015, v. III, nº 1.975, p. 913 a 917.

26. En Brasil, los testigos menores de dieciséis años de edad, los sospechosos y los que están inhabilitados no prestan el compromiso de decir la verdad, declarando como '*informante*', cuya declaración será valorada en conjunto con la prueba presentada en juicio, párr. 4º y 5º del art. 447 del CPC.

27. Para un estudio histórico muy interesante del delito de falsedad testimonial en el derecho romano y en la época visigoda, consultar por todos la obra de Juan Antonio Alejandro García, «*El delito de falsedad testimonial en el derecho histórico español*», Historia. Instituciones. Documentos, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, III, 1976, especialmente los cap. I y II, p. 17 hasta 41.

### 3. Límites subjetivos

La prueba testimonial es siempre admisible, salvo disposición legal en contrario. Desde el derecho romano existe una preocupación con la calidad de la declaración prestada por el testigo, pues en algunas situaciones concretas sus afirmaciones en juicio pueden estar comprometidas<sup>28</sup>. Muchas son las circunstancias que pueden hacer que las declaraciones realizadas en juicio por los testigos no estén en conformidad con la realidad en que los hechos sucedieron fuera del proceso. Algunas circunstancias subjetivas pueden contaminar las declaraciones objetivas de los testigos, tales como, hechos, enfermedades, edad, parentesco, etc<sup>29</sup>. Las tachas no sirven para rechazar *prima facie* la declaración de los testigos, sino para tratarlas con prevención, pues lo importante es la valoración de su declaración y no de la persona del declarante<sup>30</sup>. Son formuladas antes de la declaración del testigo<sup>31</sup>

Algunos países iberoamericanos presentan una lista muy extensa, mientras otros la hacen de forma muy corta. Entre los países que ostentan una larga descripción encuéntrase Brasil, art. 447 del CPC<sup>32</sup>, España, art. 361 y 377 de la LEC, Colom-

28. PAULO, comentando a la ley Julia y Papia, decía: «Por la ley Julia sobre los juicios públicos se dispone, que contra su voluntad no se cite à uno, para que en un litigio preste testimonio contra su suegro, yerno, padrastro, hijastro, primo hermano, prima hermana, hijo de primo hermano, ò aquellos que estén en primer grado», Corpus Juris Civile, ob. cit., Digestorum, L. XXII, Tit. V, 3, p. 738 (En el Cuerpo del Derecho Civil Romano, ob. cit., Digesto, Tomo II, L. XXII, Tit. V, 4, p. 104). El historiador latino VALERIO MÁXIMO, hablando sobre las razones por las cuales fueron absueltos o condenados los reos de graves delitos, cita el testimonio de Cicerón para absolver a Publio Clodio de la acusación de incesto, diciendo que: «Los jueces prefirieron absolver a Clodio de la acusación de incesto antes que librar a Cicerón de la infamia de perjurio (55 a. C.)», Hechos y Dichos Memorables. Trad. por Fernando Martín Acera. Madrid: Akal, 1988, Libro VIII, Cap. V, nº 5, p. 443.

29. Una de las sanciones para el delito en el derecho romano era la incapacidad para ser testigo, «*improbis, intestabilis*», Historia del Derecho Romano. Trad. por Jourdan D. M. P. Madrid: D.R.R de Rivera, 1850, § CLI, p. 144.

30. De acuerdo con la opinión de JORDI NIEVA FENOLL, sobre las tachas: «*El paso siguiente será probablemente que desaparezcan, no poniéndole trabas al juez en la libre valoración de la prueba*», La valoración de la prueba, Madrid: Marcial Pons, 2010, Cap. V, nº 4.a, p. 268.

31. Con un pensamiento distinto de la tradicional doctrina y de las diversas legislaciones JORDI NIEVA FENOLL, para quien «no es adecuado ni que se formulen las tachas antes de que declare el testigo, ni tampoco que se le interroge previamente sobre las llamadas preguntas 'generales de la ley', muchas de las cuales también van enfocadas a percibir esa posible parcialidad», valoración de la prueba, ob. cit., ídem ibidem.

32. «Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 1º São incapazes: I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental; II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; III - o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos; IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. § 2º São impedidos: I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; II - o que é parte na causa; III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes. § 3º São suspeitos: I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo; II - o que tiver interesse no litígio. § 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas. § 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer».

bia, art. 210 y 211 del CGP<sup>33</sup> y Chile, art. 357 y 358 del CPC. De manera muy corta, Uruguay, art. 155 del CGP y Argentina, art. 427 del CPCN.

#### 4. Límites objetivos

En algunas situaciones concretas la ley suele imponer límites objetivos para identificar las hipótesis de inadmisión del testigo para la producción de la prueba, debiendo el interesado valerse de otra fuente de prueba para convencer al juez sobre los hechos que alega, aquí estamos delante de una limitación objetiva absoluta. En otras ocasiones, esos límites objetivos pueden referirse únicamente al número de testigos admisibles para la prueba de cada hecho presentado en juicio. Aquí estamos delante de una limitación objetiva relativa, al igual de lo que ocurre cuando el legislador admite la prueba testimonial juntamente con otra, no se le permitiendo a la parte la utilización exclusiva del testigo para la prueba de los hechos, lo que es distinto. Vale decir, tenemos la limitación objetiva absoluta en las hipótesis de inadmisión del testigo y la limitación objetiva relativa que puede existir tanto en el control del número de testigo, cuanto en la vinculación de la prueba testimonial con otra. Esas situaciones no pueden ser confundidas con aquellas en que no se admite ninguna especie de prueba, como suele suceder, *v. g.*, con los hechos que exista plena conformidad de las partes, los hechos notorios, etc., pues aquí no se admite ningún tipo de prueba y no solamente los testigos.

La limitación objetiva absoluta suele estar identificada con la prohibición de la prueba testifical para aquellas circunstancias que la ley exija prueba escrita sea por documento público o privado, *e. g.*, a) de la propiedad en Brasil, art. 406 del CPC; b) de toda obligación que tenga por objeto una cosa o cantidad cuyo valor exceda de 100 Unidades Reajustables, art. 1.595 del Código Civil uruguayo<sup>34</sup> o dos (2) Unidades Tributarias Mensuales (UTM), art. 1.709 de Código Civil chileno; c) para la parte que se oponga a la procedencia de la ejecución en Argentina, art. 507 del CPCN; d) de la existencia o validez de un acto o contrato en el derecho colombiano, art. 225 del CGP. También se puede considerar como una limitación objetiva absoluta la imposibilidad de la prueba testimonial cuando el hecho ya esté probado por documento o confesión de la parte,

---

33. Con respeto a Colombia, el art. 210 del CGP menciona como inhábil para testimoniar aquellos que se encuentren en estado de «sugestión hipnótica».

34. De acuerdo con el Informe realizado por el Dr. Ángel Landoni Sosa, «*La Unidad Reajutable fue creada por la ley 13.728 (Ley de Vivienda). Es una unidad de medida que se reajusta periódicamente en función del Índice Medio de Salarios y cuyo valor actual, a febrero de 2018, es de \$ 1.021,37, lo que equivale aproximadamente a U\$S 35,5*».

o entonces cuando el hecho deba ser probado únicamente por prueba pericial, art. 443 del CPC brasileño.

La limitación objetiva relativa con respecto al número de testigo para la prueba de cada hecho puede variar de país para país, pues mientras en Brasil son tres (3) para cada hecho hasta el total de diez (10) en el total, art. 357, pár. 6º del CPC, en España no hay límite, todavía el tribunal podrá obviar las declaraciones testimoniales que falten cuando considerare que tres (3) testigos fueron suficientes para aclarar los hechos, art. 363 de la LEC. Ya en Colombia, hay solamente dos situaciones en que la ley apunta el número de testigo, art. 101.2 y art. 392, (dos testigos) del CGP. En Argentina el número máximo de testigos son ocho (8), art. 430 del CPCN, mientras en Chile son seis (6), art. 372 del CPC y en Uruguay cinco (5), art. 159.2 del CGP, siendo que en las relaciones de consumo son tres (3), Ley 18.507. En México la ley procesal no establece el número de testigo.

Otra limitación objetiva relativa reside en el hecho de la ley no aceptar únicamente la prueba testimonial para probar un determinado hecho, como sucede cuando se trata de probar obligaciones originadas en contrato, aquí la ley reivindica principio de prueba por escrito, valiendo el testigo como prueba complementaria, art. 444 del CPC brasileño, art. 225 del CGP colombiano y art. 1.711 del Código Civil chileno. O entonces cuando exista imposibilidad de obtener una prueba por escrito, cuando acontece por ejemplo en los casos de parentesco, art. 445 del CPC brasileño y art. 1.711 del Código Civil chileno.

## 5. Medidas de protección

Para el proceso civil, los países de Iberoamérica no poseen programa de gobierno específico para la protección de testigos, solamente para causas criminales. Ni tampoco la ley procesal civil presenta cualquier posibilidad concreta de protección. Todavía, de forma excepcional, algunos países garantizan protección de testigos en causas civiles puntuales, como por ejemplo en Colombia, en procesos de restitución de tierras, Ley 975 de 2005 y Decreto 1737 de 2010.

A pesar de inexistir reglas específicas para la protección de testigos en materia civil, no se puede negar la posibilidad del juez, delante de situaciones en que el testigo esté en peligro, utilizarse de reglas generales para garantizar la incolumidad del testigo, a partir de reglas generales, tales como el art. 366 de la LEC española y el art. 360 del CPC brasileño que confiere al juez 'poder de policía' para que pueda mantener el orden en las audiencias, incluso solicitar fuerza policial.

## 6. Prueba testifical trasladada y sus requisitos

La prueba testifical, a diferencia de otros medios de prueba, posee carácter estrictamente judicial, de manera que toda su normativa se ha instaurado sobre la base de una práctica dentro del proceso. Afortunadamente en algunos países cuya legislación procesal es más actual, existen reglas propias para que esa prueba pueda ser trasladada a otro proceso.

Cuando una prueba oral practicada válidamente en un proceso necesite ser trasladada a otro porque ya no se puede producirla en ese proceso, hay que cumplirse algunos requisitos para que la parte interesada pueda trasladársela. Al estudiársela, encontré tres (3) requisitos específicos que deben estar presente para que la prueba pueda ser válidamente llevada para otro proceso, son ellos:

- «a) que la parte contra quien la prueba sea producida tenga participado de la contradicción en la construcción de la prueba;*
- b) que haya una identidad entre los hechos del proceso anterior con los hechos que deban probarse;*
- c) que sea imposible o difícil la reproducción de la prueba en el proceso en que se pretenda demostrar la veracidad de una alegación»<sup>35</sup>.*

Tres son los países iberoamericanos que han reglamentado en sus codificaciones procesales ese instituto, Colombia, art. 174 del CGP<sup>36</sup>, Uruguay, art. 145 del CGP<sup>37</sup> y Brasil, art. 372 del CPC<sup>38</sup>.

La redacción brasileña no fue muy feliz al reglamentar la prueba trasladada, mereciendo destaque únicamente el valor de esa prueba y el respeto al princi-

35. DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *Provas Atípicas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, nº 4.5, p. 112.

36. Art. 174. «Prueba trasladada y prueba extraprocésal. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocésales. La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocésales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan».

37. Art. 145. «Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro y tendrán eficacia similar a la que tendrían de haber sido diligenciadas en este último proceso, siempre que en éste o en el primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella; quien podrá proponer contraprueba o prueba complementaria».

38. Art. 372. «O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório».

pio de contradicción<sup>39</sup>. En contrapartida, los textos de Colombia y Uruguay están mejores redactados y son muy semejantes, como pudimos percibir.

Los códigos procesales, como percibimos, se preocuparon solamente con describir el requisito 'a', sin hacer mención a los demás. Todavía considero muy oportuno no olvidárselos, pues mientras el requisito 'b' tenga una relación más directa con la valoración de la prueba trasladada, una vez que existiendo una mayor identidad entre los hechos probados y a probar, mayor será su valor probatorio, el requisito 'c' está más ligado con la posibilidad o no de trasladarse la prueba, ya que si es posible practicársela en el proceso, el juez no permitirá su utilización, porque ella siempre será una excepción.

## II. Protocolos de actuación y técnicas de interrogatorio del testigo en los diversos países iberoamericanos.

### 7. Los poderes probatorios del juez en la prueba testifical

La regla general en materia probatoria nació en el derecho romano<sup>40</sup>, pues según PAULO: «*Et incumbit probatio qui dicit, non qui negat*»<sup>41</sup>. De ahí surgieron innúmeros aforismos aplicados hasta nuestros días, entre los cuales: «*probatio incumbit qui dicit, non qui negat*», «*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*»<sup>42</sup>.

Por excepción, existe actuación judicial oficiosa en este medio de prueba que puede ser más limitada o no de acuerdo con la ley de cada país<sup>43</sup>. Sin embargo

39. Para una crítica a la redacción contenida en el art. 372 del CPC brasileño, consultar DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC*. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Coord. por Lenio Streck, Leonel Severo Rocha y Wilson Engelmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, n° 10, p. 52 a 57.

40. Sobre el particular, es muy interesante el escrito por AULO GELIO, cuando Favorino comenta las palabras del discurso de Catón: «*En lo que a mí concierne, ésta es la doctrina de mis antepasados que guardo en la memoria. Si alguien reclama algo a otro y ambos son iguales, tanto si son buenos como si son malos, en cuanto a lo que ambos pleitean sin que haya testigos, ha de darse más crédito al que demanda. Ahora, si Gelio hubiese hecho una promesa solemne con Turio, si Gelio no fuese mejor que Turio, nadie en mi opinión está tan loco como para juzgar que Gelio es mejor que Turio; y si Gelio no es mejor que Turio, es preciso creer al demandante*», Noches Áticas, ob. cit., L. XIV, Cap. II, n° 26, p. 543.

41. *Corpus Juris Civile*, ob. cit., Digestorum, L. XXII, Tit. III, 2, p. 734 (En el *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, ob. cit., Digesto, Tomo II, L. XXII, Tit. III, 2, p. 96).

42. Sobre este aforismo e sua errônea recepção no direito moderno, consultar obrigatoriamente a clássica obra de JOAN PICÓ I JUNOY, *El Juez y la Prueba*, Barcelona, Bosch, 2007, (esta obra foi, por mim, traduzida ao português, *O Juiz e a Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015).

43. En el derecho romano, la actuación oficiosa del juez también era permitida, como nos cuenta EUGÉNE PETIT, cuando habla de la prueba en los negocios jurídicos: «*Por otra parte, no estaba limitada la prueba a los medios que*



hay algunas directrices comunes entre los países, como pudimos percibir cuando autorizan al juez a llamar de oficio a testigos que hayan sido mencionados por las partes o hayan sido aludidos en otros medios de prueba. Hasta porque el juez desconoce las personas que tengan conocimiento sobre los hechos que originaron la demanda. Lo que nos hace concluir que técnicamente el juez no puede oficiosamente llamar al testigo, lo que sí puede hacer es *ex officio iudicis* comunicar el testigo que ya está en el proceso para que comparezca en juicio. Otra directriz común puede ser encontrada en los procesos civiles no dispositivos, como los juicios familiares, sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

En la mayor parte de los países de Iberoamérica la ley permite al juez una actuación oficiosa más amplia, entre los cuales Brasil, art. 370 del CPC, para quien la ley deja a su criterio «*determinar as provas necessárias ao julgamento de mérito*» sin imponerle algún límite; Argentina, art. 36.4 del CPN que afirma que: «*Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán: (...) 4.b. Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el art. 452, (...)*»<sup>44</sup>; Colombia, art. 169 del CGP, que al igual de lo que ocurre en Argentina, autoriza al juez «*decretar de oficio la declaración de testigos*» que «*aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes*». En Uruguay, el art. 24.5 del CGP, faculta al tribunal «*disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, (...), para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito*», y caso el tribunal si omita «*en el cumplimiento de estos deberes le hará incurrir en responsabilidad*», como determina el art. 25.2 del CGP.

En otros países, la ley impone criterios más rígidos, entre los cuales Chile, art. 159.5 del CPC, que permite al juez utilizarse de '*medidas para mejor resolver*' (MMR) con la finalidad de ordenar la comparecencia de testigos que solamente «*hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios*», o entonces como sucede en España, art. 429.1 de la LEC, que determina al tribunal cuando considere las pruebas insuficientes que deba indicar «*el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación el tribunal (...) podrá*

---

*las partes ofrecieran, ya que también de oficio, es decir, a iniciativa del juez, 'ex officio iudicis', podían aportarse al proceso medios probatorios, tales como los dictámenes periciales, las confesiones de las partes y el juramento decisorio y supletorio, limitando siempre la facultad de aducir y valorar la prueba las presunciones, y especialmente las 'iuris et de iure'*», Tratado Elemental de Derecho Romano, ob. cit., 224.

44. «Art. 452. El juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa».

*señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente».* Vale decir, primero el tribunal debe indicar la insuficiencia de la prueba y autorizar la parte a practicársela, y solamente después está oficiado a usar el *ex officio iudicis* para oír el testigo.

En México, a su vez, el juez puede valerse de '*medidas para mejor proveer*' solamente en los juicios familiares.

## 8. Protocolos para declaración de los testigos

En todos los países de Iberoamérica aquí estudiado existen protocolos tanto para la declaración del testigo cuanto para su interrogatorio. Las variaciones entre los diversos códigos procesales suelen ser muy sencillas y no ofrecen mayores dificultades para la comprensión del *modus procedendi* de esa prueba.

Los testigos declararán separada y sucesivamente, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros, a fin de no poder ajustársela a las contingencias del caso. Así es en Brasil, art. 456 del CPC, Colombia, art. 220 del CGP, España, art. 366 de la LEC, Uruguay, art. 161 del CGP, Chile, art. 364 del CPC, México, art. 364 del CPC y Argentina, art. 439 del CPCN.

A diferencia de los demás países, el derecho brasileño y chileno esclarecen que primero serán oídos los testigos del demandante y solamente después del demandado, art. 456 del CPC brasileño y 364 del CPC chileno. Sin embargo, en el derecho brasileño, con el consentimiento de las partes, el juez puede alterar el orden, como prevé el art. 456 del CPC brasileño. En Argentina, a su vez, la ley procesal determina que los testigos serán llamados alternativamente, en lo posible, «*los del actor con los del demandado*», art. 439 del CPCN.

En general, los testigos no se comunicarán entre sí y tras prestaren sus declaraciones, permanecerán en la sala del juzgado hasta que concluya la audiencia, a no ser que el juez dispusiera lo contrario, como prescribe el art. 447 del CPCN argentino.

Antes de declarar, cada testigo, conforme la legislación del país<sup>45</sup>, prestará juramento o promesa de decir la verdad y será informado de las consecuencias penales a que pueden dar lugar las declaraciones falsas.

---

45. Con relación al deber que tienen todos los testigos de decir la verdad y sus consecuencias, ver *supra* ítem 2.c.

## 9. Técnicas de interrogatorio de los testigos

Una vez presentada la lista de testigos por las partes, ellos deberán ser debidamente comunicados<sup>46</sup> para que puedan comparecer<sup>47</sup> en juicio a fin de interrogárselos, prestando así su declaración sobre los hechos controvertidos.

Una vez identificado el protocolo para declaración de los testigos, iniciase el interrogatorio que ciertamente contendrá pequeñas variaciones de país para país. Siete (7) son los puntos que merecen destaque en las técnicas de interrogatorio de los testigos, son ellos:

- a) *El orden de las preguntas.* Por lo general, suele ser el juez<sup>48</sup> quien empieza realizando las preguntas al testigo<sup>49</sup>, antes y después de las partes, y posteriormente cada una de las partes podrá formular sus preguntas, principian-do por el actor. En este particular, conviene destacar dos (2) particularidades, a primera existente en el derecho colombiano que autoriza al juez «interrogar a quien solicitó la prueba y contrainterrogar la parte contraria», art. 221.4 del CGP<sup>50</sup> y la otra en el derecho brasileño, cuyo art. 459.1 del CPC afirma que «o juiz poderá inquirir a testemunha tanto antes quanto depois da inquirição feita pelas partes». Ese poder del juez también lo encontramos en Uruguay, art. 161.3 del CGP y Colombia, art. 221.4 del CGP.
- b) *Forma de las preguntas.* Inicialmente cumple esclarecer que todos los testigos serán tratados con urbanidad, razón por la cual las preguntas que se les hicieren deberán estar dentro de ciertos límites éticos. Las preguntas serán formuladas oralmente en audiencia con la debida claridad y precisión, no pudiendo contener valoraciones ni calificaciones. En algunos países la ley obliga que las partes presenten interrogatorio escrito, art. 320 del CPC chileno (cuyo plazo fatal es de cinco días contados desde la última notificación de la resolución que recibe la causa a prueba),

46. Sobre la comunicación de los testigos en los diversos países de Iberoamérica, ver *supra* ítem 1.a. (Derecho de previa comunicación).

47. Sobre el deber de comparecencia del testigo y sus excepciones, ver ítem 2.1 *supra*.

48. La ley chilena señala que los testigos deben ser interrogados personalmente por el juez, art. 365 del CPC, sin embargo, como declara el Informe Chileno a cargo del Dr. Diego Iván Palomo Vélez, el art. 390 del Código Orgánico de Tribunales, crea la figura del *receptor judicial*, que debe actuar como ministro de fe en este medio de prueba, por ello, antes del día de la audiencia, debe la parte contratar los servicios de un receptor para producirse esta prueba.

49. En el derecho romano ya se discutía si el juez podía hacer preguntas en el interrogatorio de parte o testigo. Según declara AULO GELIO, había dos corrientes, aquella que defendía jueces más incisivos y energéticos y la otra que escuchaba jueces sosegados y tranquilos. Para Favorino, el juez que pregunta en el momento del interrogatorio «*asume el papel de abogado, no el de juez. (...)*» Además de eso, «*da señales e indicios de su estado anímico y de sus sentimientos*», Noches Áticas, ob. cit., L. XIV, Cap. II, nº 16-19, p. 541 y 542.

50. Esta particularidad fue apuntada por el Informe a cargo de la Dr<sup>a</sup> Mónica María Bustamante Rúa que lo realizo junto al Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, compuesto por Andrés Mazuera, Dimaro Agudelo Mejía, Liliana Damaris Pabón Giraldo, Luis Orlando Toro Garzón y Orión Vargas Vélez.

sin embargo la jurisprudencia chilena tolera que las partes que desean rendir esta prueba no aporten este cuestionario, reservando las preguntas para la audiencia. En otros la ley faculta el interrogatorio escrito, como México, art. 360 del CPC y Argentina, art. 370 del CPCN (Lo más frecuente es que la parte que ofreció el testigo presente el interrogatorio por escrito el día de la audiencia y que se amplíe *in voce* durante la audiencia). En Colombia, el interrogatorio será realizado oralmente, salvo que la prueba se trate «*de comisionado de las partes*» cuando entonces «*podrán entregar cuestionario escrito antes del inicio de la audiencia*», como determina el art. 219 del CGP de Colombia.

Con respecto a las preguntas del interrogatorio, la ley española determina que ellas sean «*en sentido afirmativo*», art. 368.1 de la LEC, mientras que la ley argentina esclarece que «*no se formularán las que estén concebidas en términos afirmativos*», art. 443 del CPCN.

- c) *Sistema del 'cross examination' o repreguntas*. La credibilidad de la declaración realizada por el testigo, depende de inúmeras variantes, entre las cuales, en ese momento, está el sistema *cross examination*, repreguntas o contrainterrogatorio, lo cual constituye una pieza clave para extraer el máximo partido a los conocimientos del testigo, facilitando al juez la valoración de esa valiosa prueba<sup>51</sup>. Su función consiste en garantizar las preguntas no solamente al solicitante del testigo, más también a la parte contraria. Incluso, las preguntas por la parte que no solicitó al testigo suelen ser mucho más esclarecedoras de lo que aquellas formuladas por el solicitante, ya que ése puede no tener el deseo de esclarecer determinado punto o direccionar el interrogatorio para un aspecto distinto del interés de la parte contraria.

Su importancia es destacada por COUTURE cuando afirma: «*El arte del interrogatorio es el arte de la abogacía en los países en los cuales el proceso oral predomina sobre el escrito*»<sup>52</sup>.

Ese sistema es admitido por todos los países de Iberoamérica aquí analizados, sin embargo en Colombia, la ley autoriza el *redirect examination*, es decir, cada una de las partes tendrá derecho por una sola vez a interrogar al testigo con fines de aclaración y refutación respecto de las preguntas rendidas en el interrogatorio y contrainterrogatorio, conforme art. 221.4 del CGP.

---

51. El sistema del '*cross examination*' es antiguo y ya existía en el derecho romano, ver VITTORIO SCIALOJA, cuando decía: «*Como regla general, se exigía la presencia de las partes, las cuales podían intervenir no sólo para fiscalizar la obra del juez, sino también para proponer preguntas a los testigos y pedir aclaraciones sobre su deposición*», Procedimiento Civil Romano, ob. cit., p. 395.

52. *El 'cross examination' en la prueba de testigo*. In: Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Depalma, 1979, vol. II, 3ª ed., p. 231.

- d) *Tachas*. Las tachas de los testigos, también conocida en Brasil por '*contradita*', son muy antiguas como descubrimos cuando tratamos de los límites subjetivos del testigo<sup>53</sup>. Las tachas pueden ser por inhabilidades absolutas o relativas y varían muy poco de país para país. Lo importante aquí es identificar el momento y no las hipótesis en que ellas ocurren, ya que allí hay mucho más diferencia entre los países iberoamericanos de lo que aquí. Cuatro (4) son los momentos procesales para que la tacha ocurra: a) *solamente dentro de la audiencia de forma oral y antes del testigo prestar su declaración*, así es en Brasil, art. 457.1 del CPC y Chile, 373 del CPC; b) *por escrito antes de la audiencia u oralmente dentro de ella*, como sucede en Colombia, art. 210 del CGP y Uruguay, art. 158 y 341.2 del CGP; c) *desde el momento en que se admite la prueba testifical hasta que comience el juicio o la vista*, como acontece en España, art. 378 de la LEC y d) *por escrito antes de la audiencia, oralmente dentro de ella o promover un incidente posterior a su declaración*, como Argentina, art. 456 del CPCN (aunque siempre dentro del periodo de prueba) y México, art. 371 del CPC.
- e) *Protesta contra inadmisión de preguntas*. No se aceptan preguntas que puedan inducir al error, sin relación con el '*thema probandum*' o reproduzcan preguntas ya formuladas, impertinentes, capciosas o vejatorias, ya que en todas esas situaciones las preguntas no servirán para esclarecer los hechos controvertidos. La inadmisión de las preguntas formuladas por las partes deberán permanecer consignadas en acta por escrito, si así la parte requerir, para que la misma pueda, más adelante, llevar la cuestión a ser discutida a través del recurso propio, como Brasil, art. 459.3 del CPC y Chile, art. 366 del CPC. En España la ley no esclarece si hay recurso o no de esa decisión, art. 369 de la LEC, mientras que en Colombia, la ley es clara al decir que «*el juez resolverá de plano y sin necesidad de motivarla, mediante decisión no susceptible de recurso*».
- f) *Forma de las respuestas*. Como consecuencia del deber de declarar<sup>54</sup>, los testigos tienen la obligación de responder todas las preguntas que le son formuladas, salvo aquellas bajo el derecho de excepción testimonial anteriormente analizado<sup>55</sup>. Su declaración debe ser exacta, clara y completa, no se admitiendo que pueda leer notas o apuntes, excepto cuando el juez se lo autorice en casos muy particulares, como por ejemplo, fechas o cifras.

---

53. Ver ítem 3 *supra*.

54. Ver ítem 2.b *supra*.

55. Ver ítem 1.b *supra*.

Su declaración debe ser oral, pero no se excluye la posibilidad de hacer, dibujos, gráficos o representaciones para completar su testimonio, como autoriza el art. 221.6 del CGP colombiano. En cada una de sus respuestas, el testigo expresará la razón de ciencia de lo que diga, por la cual no se admitirá como respuesta la sola expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la simple reproducción del texto de la pregunta. Si manifiesta que el conocimiento del hecho lo tiene otra persona, deberá indicar al juez todos los datos necesarios para encontrársela y aún explicar la razón del conocimiento.

Los requisitos y la forma de las respuestas no suelen estar contenidos en la legislación, sin embargo algunas son muy precisas a ese respecto como el art. 221, apartados 4 a 7 del CGP colombiano y art. 370, apartados 2 a 4 de la LEC española. De forma más tímida en la redacción, art. 445 del CPCN argentino, art. 367 del CPC de chileno y art. 369 del CPC mexicano. Particular interesante existe en la legislación argentina que esclarece que la parte que interrumpa la declaración del testigo incurrirá en multa y en caso de reiteración pagará en el doble de la multa, art. 446 del CPCN.

- g) *Careo entre testigos y entre éstos y las partes.* Como las partes y los testigos declaran oralmente sobre los hechos relevantes para el proceso, puede suceder que, en algunas situaciones, sobrevenga contradicciones entre las declaraciones realizadas por dos o más testigos o entre la declaración de alguno de ellos con aquella prestada por una de las partes. Para que haya el careo, basta que el hecho puesto en duda pueda influir en el juzgamiento. Obviamente que el juez debe fijar precisamente el hecho contradictorio, bien como los motivos que fueron presentados para explicar las declaraciones divergentes. Cumple esclarecer, aun, que el juez podrá ordenar de oficio o por petición de cualquier de las partes el careo<sup>56</sup>. Así lo indica el art. 373 de la LEC española, art. 162 del CGP uruguayo, art. 461 del CPC brasileño y art. 223 del CGP colombiano.

## 10. La declaración del testigo a través del notario

Inicialmente no podemos confundir la declaración del testigo delante del notario con la producción anticipada de la prueba testifical, pues mientras aquella es realizada fuera del juicio, sin contradicción y por tercero, esa es practicada dentro del juicio, mediante contradicción y por juez competente.

---

56. A este respecto merece aprobación lo expuesto por LODOVICO MORTARA cuando dice: «*L'ordinanza che stabilisce il confronto può essere impugnata con reclamo al tribunale*», Manuale della Procedura Civile, ob. cit., n° 412, p. 429.

Pocos son los países que reglamentan la producción de la prueba testifical por notario<sup>57</sup>, a excepción de Colombia, art. 188 y art. 113 de la Ley 1395 de 2010<sup>58</sup> y art. 384 del CPC brasileño.

La prueba producida delante el notario se llama, en Brasil, 'ata notarial' y puede ser así definida como «*todo registro público, con naturaleza para autenticar un hecho realizado por notario, a pedido de la parte interesada, para protección de derechos con fuerza de prueba y dotado de fe pública, en el cual certifica la existencia y veracidad del hecho confiriéndole publicidad*»<sup>59</sup>.

Las dificultades apuntadas por la doctrina con respecto a esta modalidad de prueba suelen ser de dos órdenes: a) el notario no tiene función jurisdiccional y b) su constitución se da sin la presencia de la parte contraria. Muchos son los países que no aceptan la declaración de un testigo por notario, entre ellos, Uruguay, Chile, España y Argentina.

Merece destaque aquí los procedimientos específicos que deben existir para que se pueda aceptar la declaración del testigo por notario en Colombia. El art. 187 del CGP admite una «*declaración anticipada con o sin citación de la contraparte*», que será rendida bajo gravedad de juramento, mientras que el art. 188 del CGP determina que si esa prueba fuere realizada sin citación de la contraparte, deberá ser ratificada en proceso, y «*si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor*». Ahora, una vez citada la parte contraria, el testimonio tendrá plena validez, ya que fue respetado su derecho de contradicción y defensa.

En Brasil la prueba producida delante del notario tiene el valor de documento público, pues el notario posee fe pública, razón por la cual presúmese verdadero los hechos por él practicados o atestados. La declaración del testigo por notario es un tema muy reciente en Brasil, pues fue introducido en el art. 384 del CPC de 2015, y por esa razón aún no despertó el interés de la doctrina. Todavía en la práctica judicial los tribunales tienen aceptado esa modalidad de prueba, especialmente en el derecho de familia, ya que la fe pública del notario

---

57. Para profundizar sobre los requisitos, el contenido, los tipos, la fe pública y el valor del acta notarial, consultar DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *Ata Notarial*. In: Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2017, 2ª ed., art. 384, p. 595 y ss.

58. Sobre esta ley en particular que es anterior al CGP, el informe a cargo de la Dr<sup>a</sup> Mónica María Bustamante Rúa esclarece que la Corte Constitucional, mediante «*Sentencia C 863 de 2012 accedió a lo demandado y declaró inexecutable la norma, en el sentido de indicar que eso constituye jurisdicción y que el notario conforme lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política no tiene función jurisdiccional*». Todavía, el CGP que es de 2012 cuando empezó a entrar en vigencia, alcanzando su plenitud en 2016, presenta interrogantes al revivir esa posibilidad, como apunta la informante colombiana.

59. DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *Ata Notarial*, ob. cit., p. 595.

comprueba la veracidad de la declaración del testigo al igual que la fe pública del juez. Ciertamente la parte que no haya participado de la constitución de esa prueba podrá, en juicio, formular sus objeciones y exponer sus razones que serán llevadas en consideración cuando el juez valore todo el conjunto probatorio existentes en el proceso.

### **11. La influencia de los medios electrónicos en la prueba testifical**

La regla general sigue siendo la práctica de la prueba de testigo de manera directa y personal delante del juez que irá juzgar la causa. Todavía, cuando no sea posible practicarse esa prueba porque el testigo tenga su residencia fuera de la sede del juzgado, el juez podrá rendir la declaración del testigo a través de medios electrónicos y tecnológicos que estén a su disposición garantizándose la inmediación, concentración y contradicción, como por ejemplo, videoconferencia u otro recurso tecnológico de transmisión de sonidos e imágenes en tiempo real, que «*poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento*», como vaticina el art. 453.1 del CPC brasileño<sup>60</sup>.

Existen países en que no hay medios electrónicos y tecnología disponible para la práctica de la prueba testimonial, entre los cuales México y Chile que se las utiliza solamente para juicios penal, laboral y de familia. En España y Argentina, pese a inexistencia de reglamento específico sobre el tema, los tribunales tienen utilizado esos recursos tecnológicos en los supuestos mencionados. En Uruguay, la Corte Suprema de Justicia dictó Acordada n° 7784 de 10.12.2013, a través de la cual habilitó la utilización de videoconferencias para fines procesales. En Colombia, el CGP autoriza el juez a utilizarlas, art. 171 y 224, al igual que en Brasil, art. 453.1 del CPC.

## **III. Valoración de la prueba de testigo**

### **12. Sistemas de valoración de la prueba testifical**

Uno de los asuntos más complejos y difíciles dentro del estudio de la prueba testimonial reside en la valoración de la declaración del testigo en juicio. Como esa prueba es realizada por una persona, muchas variantes pueden influenciarla, tales como, su estado anímico, su percepción de la realidad, el poder, lo alcance

---

60. Para un estudio más profundizado sobre la prueba electrónica y sus diversas peculiaridades, consultar la obra *La prueba electrónica*. Directores Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy. Barcelona: Bosch, 2011.



y la retención de la memoria, su conducta moral y jurídica, la ambigüedad del lenguaje, entre otros temas que aquí infelizmente no podrán ser tratados<sup>61</sup>.

La valoración de la prueba, y en especial de la testifical, está directamente relacionada con la convicción del juez sobre los hechos que se quiere probar. La convicción íntima del juez, *intime conviction*, *Beweiswürdigung*, por supuesto, no significa una valoración únicamente subjetiva, ya que su decisión «*debe ser la conclusión lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos de prueba*», como bien explica FRANÇOIS GORPHE<sup>62</sup>. Por ello, domina en los sistemas procesales modernos el principio de la libre valoración de la prueba, apoyado en las reglas de la sana crítica, pero persisten casos de pruebas tasadas, como los documentos públicos cuando la ley se les exige como de la substancia del acto<sup>63</sup>.

Las reglas de la sana crítica que informan la libre valoración del juez, regulan su actividad intelectual frente a la prueba y son, ante todo, en las precisas palabras de COUTURE, «*reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez*»<sup>64</sup>, por ello, son «*contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia*»<sup>65</sup>.

Para una adecuada valoración de la prueba testifical, creo esencial tanto una evaluación objetiva cuanto subjetiva del testimonio, ya que no podemos valorar solamente lo que dice, más también cómo lo dice. Son dos lados de una misma moneda que no pueden quedar separados, so pena de un incompleto análisis factorial de esa prueba, ya que no podremos cuantificar la importancia de cada uno de los factores actuantes (objetivo y subjetivo) y sus interrelaciones para la adecuada comprensión de la declaración producida en juicio. Ese análisis presupone, según esclarece CALAMANDREI, «*si sposta dalla valutazione oggettiva e storica dei fatti a quella soggettiva e morale della parte*»<sup>66</sup>. Vale decir, para una

61. Para profundizar mejor el estudio de la valoración de la prueba testifical, consultar JORDI NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, ob. cit., especialmente Cap. V, nº 4, p. 264 y ss; BENEDITO HESPANA, *Psicologia do testemunho*, Passo Fundo: Universitária, 1996 y FRANÇOIS GORPHE, *La apreciación judicial de las pruebas*, Buenos Aires: La Ley, 1967, especialmente Segunda Parte, Cap. V, p. 367 y ss.

62. *La apreciación judicial de las pruebas*, ob. cit., p. 20.

63. Sobre los límites que afecta la admisibilidad de la prueba testifical, ver JOAN PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: Bosch, 1996, Cap. II, nº 3.2.2, p. 83 y ss.

64. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988, 3ª ed. (póstuma), nº 171, p. 270.

65. *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*. In: Estudios de Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 195.

66. *Il Processo come Giuoco*. In: Studi sul Processo Civile, Padova: Cedam, 1957, v. 6, nº 9, p. 67. Esa forma de valorar objetiva o subjetivamente la prueba fue muy bien desarrollada por CARLO FURNO, cuando dice, en relación a la

adecuada valoración de la prueba testifical, importa tanto una evaluación objetiva e histórica de los hechos como subjetiva y moral del declarante.

El sistema de libre valoración de la prueba apoyado en las reglas de la sana crítica puede ser encontrado en Brasil, art. 371 del CPC, Uruguay, art. 140 del CGP, Colombia, art. 176 del CGP, España, art. 376 de la LEC, Argentina, art. 386 del CPCN y Chile, art. 384 del CPC (la ley chilena crea varios criterios objetivos para determinar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos).

### 13. La eficacia de la prueba de testigos

La eficacia de la prueba de testigo está directamente relacionada al caso concreto, vale decir, depende de una serie de factores como la relación de la declaración realizada con: a) los hechos pertenecientes al *tema probandum*, pues cuanto más directa fuere la declaración, mayor será su valor aprobante); b) el conjunto probatorio, puesto que la coherencia existente entre los diversos medios de prueba, robustece cada una de ellas y c) la credibilidad del testigo, ya que la persona que declara en juicio puede prestar confiabilidad a sus palabras<sup>67</sup>, como por ejemplo, una persona con edad más avanzada goza mayor confianza cuando declara de lo que un joven.

### 14. La preparación de los jueces en los diversos países de Iberoamérica

La formación del juez iberoamericano presenta características comportamentales muy unida a la cultura jurídica de cada país. Muchos son los países que confieren una importancia indirecta a la valoración de la prueba testimonial desde un punto de vista orgánico.

Existen países, como Uruguay, en que los jueces reciben preparación adecuada acerca de cómo deben valorar debidamente la declaración del testigo, a través del CEJU (Centro de Estudios Judiciales). Otros, como México, se preparan con seminarios y curso en el Consejo de la Judicatura. En España, la Escuela Judicial forma sus jueces en toda clase de materias, incluso la valoración de la prueba

---

prueba legal *stricto sensu*, que: «*Dalla creazione di una certezza storica di valore oggettivo, voluta dalla legge e da essa imposta al giudice, indipendentemente dal personale convincimento di costui*», Contributo alla teoria della prova legale, Padova: Cedam, 1940, n° 40, p. 160.

67. VALERIO MÁXIMO, hablando sobre las razones por las cuales fueron absueltos o condenados los reos de graves delitos, cita el testimonio de Cicerón para absolver a Publio Clodio de la acusación de incesto, diciendo que: «*Los jueces prefirieron absolver a Clodio de la acusación de incesto antes que librar a Cicerón de la infamia de perjurio (55 a. C.)*», Hechos y Dichos Memorables, ob. cit., Libro VIII, Cap. V, n° 5, p. 443. Sobre la credibilidad de las declaraciones del testigo, ver MICHELE TARUFFO, La prueba de los hechos, ob. cit., Cap., IV, n° 2.1, p. 262.

y específicamente la testifical. En Colombia, a su vez, la Sala Administrativa del Consejo realiza un plan de formación para sus jueces. Mientras que en otros países, como Chile, la Academia Judicial contempla actividades de perfeccionamiento para sus magistrados, donde se destacan cursos específicos sobre valoración de la prueba en general, sin embargo son destinados principalmente a jueces penales quedándose en deuda con los jueces no penales, al igual de lo que sucede en Argentina, para quien esa formación se aplicará a contextos muy especiales, como aquellos en que el juez trabaja con declaración de menores o personas con capacidad mental reducida o aún con víctimas de abuso o violencia familiar. Y existen aquellos en que el sistema judicial no ofrece formación institucional para sus jueces, como en Brasil.

# Orality, evidence and common law procedure: where are we now?

---

David Bamford<sup>1</sup>

For the last 30 years comparative proceduralists have recognised that the old division of the Western procedural world into civil and common law systems has been breaking down. Partly a response to globalism and partly growing from growing recognition that the problems of the civil justice system required fundamental change, there has been increasing willingness to look to other procedural systems for possible reforms.<sup>2</sup> As Professor Vincenzo Varano noted in 2003

By now, a general consensus has developed that the two models are less at odds than they have often been described; that they share the same fundamental values and tend to attribute the same purpose to civil procedure--i.e. the efficient and just dispatch of private disputes; that they both stick to a private conception of procedure, based on the principle of party disposition in its various facets.

There have been, and there are still, differences between the two models, but probably they do not have, or they do not have any longer, that fundamental importance which may have characterised the formative period of each model.<sup>3</sup>

Of course, in the common law world, the origins of evidence law and its *raison d'être* lie in controlling the information available to the jury. More fundamentally it also determined the form in which such information would be made available to the jury. In the common law world, the primary form of evidence has been oral testimony. Indeed, it is one of the defining aspects of common

---

1. Professor Emeritus, Flinders University, Adelaide, Australia

2. See Sir Jack Jacobs, *The Fabric of English Civil Justice*, Hamlyn Trust, 1987, 18; John Langbein, «The German Advantage in Civil Procedure» (1985) 52 *University of Chicago Law Review* 823.

3. Vincenzo Varano, «Some reflections on procedure, comparative law, and the common core approach» (2003) 3 *Global Jurist Topics* (<https://doi.org/10.2202/1535-167X.1101>).

law procedure.<sup>4</sup> In 1950 Hanson wrote in the context of a comparative study of English common law and French civil law procedure:

It is this orality of proof which makes the greatest contrast between the French and English civil action.<sup>5</sup>

This chapter focuses on the role of orality in contemporary common law procedure. Not only because of its traditional centrality to common law procedure but also because it is almost 10 years exactly since our good friend Professor Manuel Ortell Ramos and his colleagues at the University of Valencia organised an International Association of Procedural Law Colloquium at Gandia on this topic - «Orality and writing in an efficient civil process». It is thus a timely opportunity to revisit this topic.

One of the striking lessons for me from the 2008 Colloquium was how the civil and common law procedural law systems were travelling in opposite directions when it came to witness evidence. There were excellent presentations on developments in Spain, Italy, France and Germany not to mention from the leading South American jurisdictions reporting various degrees of dissatisfaction with the emphasis and indeed over-reliance on written procedure creating mental images of courts filled with overflowing dossiers or files and ongoing creation of long and tedious documents. The reform agenda was in part how to move to more orality in civil process, particularly in second instance courts. On the other hand, the delegates from the common law world were reporting how common law jurisdictions had been responding to concerns about oral evidence and were exploring ways of replacing oral testimony with written testimony; oral argument with written argument.

Orality arises in three separate but related contexts within civil litigation – as a form of proof; as a form of advocacy; and as a form of judgment. As a form of proof, the common law’s adoption in medieval ages of a lay jury as the determiner of facts meant oral testimony had to be the form of proof. The prevailing levels of illiteracy were such that it very likely members of the jury would not be able to read written testimony or documents. From this stems the common law’s traditional requirement that documents be read into evidence. In the common law world, orality is said to enable better assessment of the evidence – the demeanour of witness and the manner in which the evidence is given is said to provide the best basis for assessing the credibility of witnesses.

---

4. Jacobs, *above note 1*, 19-21; John Langbein «The Disappearance of the Civil Trial in the United States (2012) 12 *Yale Law Journal* 521, 533.

5. C Hanson, «Civil procedure in France and England», (1950) 10 *Cambridge Law Journal* 411, 417.

For similar reasons advocacy took the form of oral argument. The trial lawyers needed to persuade juries and judges of the merits of their case through speech. Much of the trial lawyers training involved learning the techniques of oral persuasion. In England would-be barristers would participate in the moot courts held by the Inns of Court.

Oral judgment was given in court<sup>6</sup> and entered in court records. As up until the last 150 years, all common law trials involved juries whose verdicts were rendered without reasons, reasons for trial decisions developed with the arrival of judge only trials. However even before then, the written recording of judicial reasons for decisions (e.g. on points of law) only arose following the development of private law reporting services.<sup>7</sup>

Orality is said to serve purposes beyond the mechanics of trials. As Sir Jack Jacob wrote in *The Fabric of English Civil Justice*, orality helps achieve the foundational principle of publicity or open justice. All the evidence is aired and these days recorded making it publicly available. The interaction between lawyers, witnesses and judges is observable. By contrast the reading of written witness statements, the weighing up of written submissions in judicial chambers creates a veil behind which the judicial process takes place. The oral dialectical interactions between judge, lawyers, witnesses and the 'immediacy' of the oral trial process «...promote the ascertainment of the truth and the production of the correct decision.»<sup>8</sup> Cyril Glasser also suggest it helps foster party autonomy and party control of the boundaries of the dispute and way facts are presented to the court.<sup>9</sup>

This chapter examines developments in three common law jurisdictions – England and Wales; Australia; and New Zealand. This combines northern and southern hemisphere perspectives. It also how procedural systems evolve. Thirty years ago, there were few differences in civil procedure between these jurisdictions. Indeed, although not binding, House of Lords decisions were very persuasive. For both Australia and New Zealand, the Privy Council was the ultimate appellate body. Seeing how civil procedure has evolved in these jurisdiction provides an interesting example of evolutionary process.

---

6. «Although ex tempore judgments are now rendered in a minority of cases, for more than 600 years they were a centerpiece of the English appellate process.» Susan Ehrenberg, «Embracing the Writing-Centred Legal Process» (2004) 89 Iowa Law Journal 1159, 1169.

7. JH Baker, *An Introduction to English Legal History*, 3<sup>rd</sup> ed, 1990, 204-214.

8. Above note 1, 19.

9. Cyril Glasser, «Civil Procedure and the Lawyers – The Adversary System and the Decline of the Orality Principle» (1993) 56 *Modern Law Review* 307, 308.

## Orality as form of proof

Across the common law world written testimony is continuing to replace some forms of oral testimony. The most obvious of these is the use of written witness statements to replace oral examination in chief. A similar pattern exists across those parts of the common law world that use written witness statements. The parties are required to file and exchange witness statements before the hearing. This reduces the possibility of 'trial by ambush' and reflects the current policy of maximum disclosure before trial. It also enables the parties to better assess the strengths of their case which may encourage settlement of the case.

Should the case proceed to trial, the witness statement stands as the witnesses' evidence in chief. The witnesses are usually asked to identify with and to adopt the witness statement by the party calling the witness. The opposing party then cross-examines the witness in the normal way and the calling party is able to re-examine the witness on any fresh matters arising from the cross-examination. The main advantages of this in addition to those described above is that it shortens the trial.

As we will see the most common concern about this change is that it is a Faustian bargain. The oral hearings may be shorter, but the costs of litigation may have increased. The reality is that the witness statement is drafted by lawyers who have a natural tendency to include material if they think it may be useful or, at the very least, if it is not clearly not useful. Furthermore, most common law litigation costs are calculated on an activity basis (i.e. the lawyer is paid for work actually undertaken), there is no financial incentive to be concise. The longer the witness statement, the more the lawyer is able to charge. As a result, much of the debate about witness statements revolves around their cost and the inefficiency when they contain irrelevant material or do not reflect the actual words of the witness.

Another concern sometimes expressed about witness statements is that they diminish the opportunity for the court to make assessments of credibility. This assumes that the longer the witness is the witness box the more accurate that assessment is. There are at least two reasons that suggest this concern may be overstated. The first is that increasingly scientific study suggests that observation of demeanour is not a particularly good test for credibility. Increasingly senior judges are questioning this as a basis for supporting oral evidence. Lord Neuberger has been a strong critic of relying on demeanour as means of assessing credibility.

As for cross-examination, there is force in the contention that most of the best points that emerge from questioning can be made much more shortly in argument, and I am unpersuaded that there is any real force in the notion that it enables the judge to benefit from his or her impression of a witness. Sometimes it seems to me that fac-

tual disputes are resolved by reference to the better-performing witness, not the more honest witness, and I think that, at least in some cases, it may be safer to assess the evidence without the complicating factor of oral testimony.<sup>10</sup>

Justice Virginia Bell of the High Court of Australia has acknowledged similar concerns. She said the emphasis on demeanour when giving oral evidence:

has been questioned for more than a quarter of a century in light of psychological research casting doubt on the ability to discern truthfulness from an individual's physical presentation.<sup>11</sup>

Chief Judge Peter McClelland of the Common Law Division, New South Wales Supreme Court has written extensively in similar vein, as has Dame Hazel Genn.<sup>12</sup>

Complementing the extra-curial and academic literature are an increasing number of cases where judges have discussed credibility, reliability of memory and have stressed how helpful independent corroborative evidence is. By way of example, Justice Lightfoot in *Gestmin SGPS SA v Credit Suisse (UK) Ltd* highlighted the problems of relying on memory evidence. He held:

While everyone knows that memory is fallible, I do not believe that the legal system has sufficiently absorbed the lessons of a century of psychological research into the nature of memory and the unreliability of eyewitness testimony.... The process of civil litigation itself subjects the memories of witnesses to powerful biases.... In the light of these considerations, the best approach for a judge to adopt in the trial of a commercial case is, in my view, to place little if any reliance at all on witnesses' recollections of what was said in meetings and conversations, and to base factual findings on inferences drawn from the documentary evidence and known or probable facts.<sup>13</sup>

The second is that even if demeanour and manner of giving oral evidence was a good means for assessing credibility, there is no evidence to suggest that adding oral examination in chief to the oral cross-examination conveys any advantage over and above the oral cross-examination.

A final criticism of written statements is that it would appear that they have often been an unnecessary activity and expense as most cases do not proceed

10. «Access to Justice», Welcome Speech to the Australian Bar Association Biennial Conference, 3 July 2017, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-170703.pdf>

11. «Appellate Review of the Facts», [2014] *Bar News: Journal of the New South Wales Bar Association* 26.

12. Justice Peter McClelland, «Who is telling the truth? Psychology, Common Sense and the Law» [2006] *New South Wales Judicial Scholarship* 14; Dame Hazel Genn, «Assessing credibility» *Principles in Practice*, ([https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/01/genn\\_assessing-credibility.pdf](https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/01/genn_assessing-credibility.pdf)).

13. [2013] EWHC 3560, [16]- [22].



to trial. While this appears, on the face of it, to be correct, it does not take into account the important role that witness statements can have in promoting settlement. The very high costs of trial may have been avoided because the witness statements encouraged or enabled settlement of the case.

## England

Exchange of written witness statements was recommended by the 1988 Civil Justice Review and incorporated in the *Rules of the Supreme Court*. In 1995 the witness statements replaced oral evidence in chief. Even as that was happening there were clear concerns about cost and usefulness. Lord Woolf described them in his Final Report in 1996 as a serious problem.

Witness statements have ceased to be the authentic account of the lay witness; instead they have become an elaborate, costly branch of legal drafting.<sup>14</sup>

Nevertheless, he remained convinced of their usefulness. His solution was to amend the rules to enable the witness statements to be supplemented by oral evidence in appropriate circumstances. This would mean the lawyers would not feel the need to cover everything in the written statements, but it would require judges to assess whether the supplementary evidence was necessary and only allow such oral evidence for good reason. Civil Procedure Rules 32.4 and 32.5 now incorporate this approach.

Lord Jackson's 2009 *Review of Civil Litigation Costs*<sup>15</sup> re-examined the issue of witness statements. Like Lord Woolf he was of the opinion that they served useful purposes and that the criticisms lay not in the concept but in the execution of them by lawyers. While there was no empirical evidence suggesting significant problems with witness statements, there was sufficient anecdotal evidence to warrant further changes to the witness statement procedures. His solution was a two-fold approach – more use of targeted case management; and using cost penalties.

These solutions reflected the developing practice in the Commercial Court. There, as part of the case management process, the managing judicial officer would make specific directions about the witness statements including the number and the issues to be covered. Lord Justice Jackson noted that this was somewhat similar to the German civil procedure – the «*Relationsmethode*» that linked witnesses and their evidence to the issues the court was being asked to determine.

14. Lord Woolf, *Access to Justice – Final Report*, Dept of Constitutional Affairs, 1996, 12.54

15. Lord Justice Jackson, *Review of Civil Litigation Costs*, Ministry of Justice, 2010.

The making of specific directions about witness statements would thus make the question of compliance clearer. If the directions permitted a 12-page statement and 20-page witness statement was filed, the presumption would be that a costs penalty would apply unless there was good reason.

Finally, Lord Justice Jackson adopted Lord Woolf's suggestion of allowing some oral evidence in chief to supplement the witness statement. Anecdotal evidence provided to the Review suggested most judges found this helpful but there was no uniform practice as to whether it was allowed.<sup>16</sup>

As a result of Lord Jackson's recommendations Rule 32.2(3) was added to the Civil Procedure Rules making explicit the power to make orders about limiting witnesses and witness statements. This power was considered in *MacLennan v Morgan Sindall (infrastructure) Plc*<sup>17</sup> where the High Court considered an application by the defendant to limit certain aspects of the claimant's case to 8 witnesses. The claimant was proposing to call 43 witnesses. While the judge decided to allow 14 witnesses, what should be noted is that the judge could only reach his decision because he had witness statements before him. The growing tendency to case manage the evidence process at trial often only becomes possible because the witness statements exist.

And the evidence seems to suggest despite the continued attempts to improve witness statements, problems continue. In *Imperial Chemical Industries Ltd v Merit Merrell Technology Ltd*<sup>18</sup> Justice Fraser complained of the continuing failure of the profession to meet the court's expectations of relevant, concise and effective witness statements. In a long and bitter litigation, the court had to order witness statements be re-drafted so they not only made sense but were useful. In so doing Fraser J held:

Modern litigation depends upon witnesses setting out (with the necessary degree of assistance) their factual evidence in writing, served on the other parties in the litigation in advance. Much time and costs should be saved by doing this. It avoids what is now seen as the old-fashioned approach in civil cases, where a witness would give their evidence in chief orally, which takes some time. Indeed, I am firmly of the view that the specialist courts could not conduct the number of trials they currently do without the use of witness statements; I doubt judicial resources could be stretched to accommodate the extra court time that would be required for oral evidence in chief. Somewhat presciently so far as this case is concerned, the notes to CPR Part 32.4.5 state «Unfortunately, rules, practice directions and

16. *Ibid*, 376-379.

17. [2013] *EWHC* 4044.

18. [2018] *EWHC* 1577.

guidance as to the content of witness statements appear to be habitually ignored by practitioners». I would draw the attention of practitioners in the specialist courts in particular to the requirements in the rules for such documents...There is absolutely no good reason, in any case, for the regular and continuing failure to pay attention to the rules concerning witness statements.<sup>19</sup>

## Australia

The earliest use of witness statements in Australia is said to have been by then Justice Rogers, the judge in charge of the Commercial List in the Supreme Court of New South Wales. Influenced by developments in the English Commercial Court in 1986, he issued a Practice Note requiring evidence in chief to be given by way of witness statement.<sup>20</sup> Other jurisdictions adopted the practice although as is often the case in a federal system, the requirements vary across the 6 State, 2 Territories and the Federal Court system.

While all jurisdictions provide that the default position is that evidence is to be by way of oral testimony, in most jurisdictions Rules and Practice Notes combine to allow the orders for the exchange of witness statements and provide that they that may be substitutes for oral examination in chief.<sup>21</sup> While these are expressed as discretionary powers, the general practice has been to increasingly require witness statements.

In those cases where the usual practice of ordering witness statements is not followed, the parties will usually be required to exchange a summary of evidence to be given by the witness identifying the issues which the witness's evidence will relate to and the substance of that evidence.<sup>22</sup>

The *Federal Court of Australia Act 1976* provides that the Court

may at any time, for sufficient reason and on such conditions (if any) as the Court or Judge thinks necessary in the interests of justice, direct or allow proof by affidavit at the trial of a cause to such extent as the Court or Judge thinks fit.<sup>23</sup>

19. Ibid, [138].

20. Alan Sullivan QC, *Written Evidence: Witness statements and Affidavits as an alternative to oral evidence*, New South Wales Bar Association, 2015, 5.

21. See, for example, in NSW -*Uniform Civil Procedure Rules* R2.3 (k) and R31.4, Practice Notes Common Law no. 5 and Equity no.3.

22. See *Hodgson v Amcor Ltd* [2011] VSC 63 [77] – [82].

23. S47 (3).

Federal Court judges can vary in their approach to the use of witness statements. In New South Wales the Federal Court judges are said to follow the practice of using written statements for non-contentious evidence. Where the evidence is likely to be critical a summary of the evidence is more likely to be ordered and the witness required to give evidence in chief orally.<sup>24</sup>

In the Victorian Commercial Court, the presumption favours oral evidence. Practice Note 1 (2018) provides:

15.13 A party seeking to utilise a Witness Statement for the purpose of leading evidence in chief will be required to satisfy the List Judge that this course will better achieve the Overarching Purpose than if evidence were to be given orally in the usual way.

The Practice Note also indicates that written statements are not appropriate «...where contentious evidence is to be given of facts dependent on the recollection of the witness or where the credit of the witness is likely to be challenged on the topic.»<sup>25</sup>

The use of witness statements in Australia has given rise to the same concerns as England, and as we will see shortly, New Zealand. Former judge of the High Court of Australia (Australia's highest court) Kenneth Hayne wrote recently on the problems with civil litigation and said:

Procedures introduced with a view to expediting the trial of civil proceedings, like providing witness statements, were treated as new cost centres. The preparation of witness statements was turned into a prolonged and expensive exercise in legal drafting of pleading and argument, rather than producing a simple and accurate record of what a witness would say in answer to non-leading questions about matters and events of which that witness could speak from personal knowledge.<sup>26</sup>

The High Court itself has from time to time raised issues about the utility of witness statements. In *Toll (FGCT) Pty Ltd v Alphapharm Pty Ltd* the Court observed:

Written statements of witnesses, no doubt prepared by lawyers, were received as evidence in chief. Those statements contained a deal of inadmissible material that was received without objection. The uncritical reception of inadmissible evidence,

24. Justice Alan Robertson, *Affidavit Evidence*, College of Law Judges Series, 2014 (<http://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/justice-robertson/robertson-j-20140226>)

25. Practice Note 1 SC CC, 15.13.

26. Kenneth Hayne, «The Australian Judicial System: Causes for Dissatisfaction» (2018) 92 *Australian Law Journal* 32,35.

often in written form and prepared in advance of the hearing is to be strongly discouraged. It tends to distract attention from the real issues, give rise to pointless cross-examination and cause problems on appeal where it may be difficult to know the extent to which the inadmissible material influenced the judgment at first instance.<sup>27</sup>

Justice Callinan in *Concrete Pty Ltd v Parramatta Design and Developments Pty Ltd* raised questions about the use of written statements.

It is also impossible to avoid the suspicion that statements on all sides are frequently the product of much refinement and polishing in the offices and chambers of the lawyers representing the parties, rather than of the unassisted recollection and expression of them and their witnesses. This goes some way to explaining the quite stilted and artificial language in which some of the evidence is expressed in writing from time to time, as it was here. Viva voce evidence retains a spontaneity and genuineness often lacking in pre-prepared written material. It is also open to question whether written statements in advance do truly save time and expense, even of the trial itself.<sup>28</sup>

However, any dissatisfaction with the witness statement process has not been sufficiently strong to trouble civil justice reformers. It has not been a significant issue for the major civil justice reviews of the last 20 years. The Final Report of the Australian Law Reform Commission's *Managing Justice* inquiry does not discuss witness statements in great detail. At that time witness statements were mainly used in consumer and trade practice cases along with intellectual property cases. Practitioners in those jurisdictions were reportedly happy with their use and the only recommendation made by the Commission was that leave should be required for any supplementary witness statements and if 'additional' oral testimony was sought to be given at the hearing.<sup>29</sup>

The Victorian Law Reform Commission's *Civil Justice Review* does discuss witness statements but without recommending changes. The Victorian Bar Council submitted to the Review that «...witness statements generally work well and efficiently, and now are well established in the civil justice system.»<sup>30</sup>

Some signs of change, however, are in the wind. In the largest jurisdictions, there has been a move away from witness statements for some types of cases and their replacement with agreed statements or summary of evidence. Sullivan noted in 2015 that the presumption in favour of witness statements in the

27. [2004] HCA 52 [35].

28. [2006] HCA 55 [175].

29. Australian Law Reform Commission, *Managing Justice: A review of the Federal civil justice system*, 2000, 590.

30. Victorian Law Reform Commission, *Civil Justice Review Report*, 2008, 375.

New South Wales Supreme Court appeared to be less strong than in past.<sup>31</sup> A similar observation has been made for Victoria in 2016:

Whereas a few years ago, witness statements were almost always ordered, they have now become far less fashionable. In fact, in some cases (such as in the Commercial Court) outlines may be ordered but parties will be prohibited from referring to them at trial. Further, it is now common for judges to order that at least parts of evidence be given *viva voce* even where the parties agree that it will be dealt with via witness statements.<sup>32</sup>

## New Zealand

The use of witness statements evolved in New Zealand from the late 1980s led by individual judges who made orders for exchange of evidence before trial.<sup>33</sup> By the early 1990s such orders had become common place and by 1996 the High Court Rules had been amended to make the such orders the default position<sup>34</sup> However the problems of lengthy expensive witness statements were sufficiently ventilated that in 2008 that an inquiry was held into the use of witness statements and to recommend necessary changes. One of the major matters under consideration was a proposal to move away from making witness statements the default position and instead require judges managing litigation to limit witness statements to those situations where the judge thought they would be an advantage to the court. The proposal suggested that important contentious matters would require oral evidence in chief and that as part of the pre-trial process, parties would identify such disputed facts.<sup>35</sup>

In 2013 the *High Court Rules* were amended to incorporate these proposals. Pursuant to Rule 9, a witness statement, or 'brief' to adopt the language of the Rules, must be exchanged prior to the trial. The Court has responded to the perceived problems with witness statements by creating more prescriptive provisions. To avoid the problem of the witness statements becoming the statement of the lawyers drafting it Rule 9.2 (b) requires the brief to «... be in the words of the witness and not in the words of the lawyer involved in drafting

31. *Above note 15*, 10.

32. Martin Hoyle, «Drafting in Civil Litigation» *Foley's List*, 2016, 29, ([https://www.foleys.com.au/resources/Drafting%20in%20Civil%20Litigation\\_01Sep2016.pdf](https://www.foleys.com.au/resources/Drafting%20in%20Civil%20Litigation_01Sep2016.pdf))

33. Christopher Finlayson, «Proving your Case: Evidence and Procedure in Action» (1991) 13 *Cardozo Law Review* 257, 258.

34. Gillian Coumbe QC, *Witness Statements in Civil Cases – show me the evidence*, Litigation Skills Master Class, 25 November 2015, (<http://www.gilliancoumbe.co.nz/wp-content/uploads/2015/12/Gillian-Coumbe-QC-seminar-paper-Written-witness-statements.-Show-me-the-evidence.pdf>)

35. Liora Bercovitch, *The theoretical and practical case of enhanced judicial control over the witness statement process inn New Zealand civil litigation: a study in access to justice*, Dissertation, University of Melbourne, 2018, 53.

the brief». The Rule goes on to prohibit material that would be inadmissible or is in the nature of a submission.

Two solutions are advanced to facilitate better assessment of disputed evidence or credibility. The first is to include a requirement on the parties to identify significant facts that are disputed. This creates the discretion to order that the evidence on those facts be given orally. The second solution is to make explicit the possibility of ordering the simultaneous exchange of witness statements. According to Coumbe, the early history of witness statements in New Zealand saw simultaneous exchange of witness statements as the norm and sequential exchange of witness statements became the default position with Rule changes in 1996.<sup>36</sup> The 2013 Rules changes continue sequential exchange of witness statements but make more explicit the possibility of simultaneous exchange taking place. An example of an order for simultaneous exchange of witness statements is *Capital and Merchant Finance Ltd v Perpetual Trust Ltd*.<sup>37</sup>

The effect of the 2013 Rule changes remains unmeasured. Bercovitch analysis of civil litigation since then shows no increased judicial supervision of witness statements despite the more prescriptive requirements. There continues to be disquiet amongst some that the witness statements are not achieving positive outcomes for the civil justice system. In 2015 the current Chief Judge of the High Court, Justice Venning, highlighted cost and delay arising from witness statements.<sup>38</sup>

## Orality and Advocacy

Over the last 30 years the primacy given to oral advocacy has begun to diminish for many common law jurisdictions. The exception to this North America where both United States and Canada have enjoyed a long history of written submissions.<sup>39</sup> However even this inroad in those jurisdictions outside North American has often been resisted.

At first instance there is growing use of written advocacy in the trial context. In the pre-trial stages, the pleading process remains central to the development of the litigation but is not usually included within the concept of written advocacy. We have noted how interlocutory applications for procedural orders are based on written evidence but traditionally have involved oral hearings.

36. Above note 26, 21.

37. [2014] NZHC 3205.

38. Above note 27, 68, 71.

39. Ehrenberg, above note 5, 1162, 1166.

Increasingly common law courts are determining such applications on 'the documents' which provide increased scope for the use of written argument.

Written advocacy has made its greatest inroads in the area of appellate practice. However, for the most part, the appellate courts have been concerned to ensure that such developments do not undermine oral advocacy and have kept use of written arguments under fairly tight reign. The most common form of written advocacy is the summary or skeleton of argument intended to provide an overall outline of the case and key legal or factual propositions relied upon. The use of a full written brief supplemented by or replacing oral argument remains the exception outside North America.

## England

Courts in England have traditionally been resistant to any diminution of oral advocacy. The Evershed Committee's final report in after a six-year inquiry considered and rejected the use of written briefs in appellate advocacy.<sup>40</sup> Despite this, adventurous lawyers at different times made generally unsuccessful attempts to use various forms of written outlines in England's main appellate court, the Court of Appeal. The filing of comprehensive 'brief' of 116 pages along with the reading of a nine-page statement by the appellant in the Court of Appeal was roundly criticised in 1967. Lord Danckwert LJ hoped that neither practice would be allowed in the future.

Both these matters were wholly irregular and contrary to the practice of the court and in my opinion should not be allowed as a precedent for future proceedings.<sup>41</sup>

While the refusal to accept full written briefs continued by the 1980s the filing and use of written «skeleton» of argument was become more common. In 1982 Lord Donaldson MR's Practice Note allowed for the possibility of a skeleton of argument and by 1989 this had become mandatory. In his introduction to the 1989 Practice Direction, Lord Donaldson MR noted:

I cannot emphasize too strongly that the English Court of Appeal remains firmly wedded to its long established tradition of *oral* argument in open court. For that reason, as the Practice Direction makes clear, skeleton arguments should be confined to identifying the points, not arguing them.<sup>42</sup>

---

40. Charles Clark, «The Evershed Report and English Procedural Reform, (1954) 27 *New York University Law Review* 1046, 1049.

41. *Rondel v Worsley* [1966] 3 All ER 657, 669.

42. [1989] 1 WLR 281.



The role of written advocacy in the Court of Appeal was reviewed as part of the Woolf inquiry into civil justice reform by Sir Jeffrey Bowman and his Committee. The Bowman Review recommended that some appeals should be decided on the basis of the papers alone and that in others oral advocacy should be limited. As Joseph Jacobs noted in his analysis of the Bowman Review «[w]hat is not commonly remarked on is just how far and for how long, the English trial at first instance has moved from the oral adversary system.»<sup>43</sup>

Skeleton of arguments continue to be the main form of written advocacy in the Court of Appeal.<sup>44</sup> Since their introduction, the Court of Appeal has continued a never ceasing battle to prevent skeletons of argument becoming more than that. In 2013 Purdie noted several Court of Appeal decisions which had noted «...the tendency to burden the court with documents of grossly disproportionate quantity and length.»<sup>45</sup> And again in 2013 Lord Justice Jackson stressed the requirements of the Civil Procedure Rules e.g. no more than 25 pages. The appellant had filed a 40-page skeleton containing 113 footnotes and Lord Justice Jackson foreshadowed costs penalties.<sup>46</sup>

The Court of Appeal again decried the excessive length and details in skeleton arguments in *Tchenguz v Director of the Serious Fraud Office* where the judgment appealed against was a concise 11 pages. The combination of skeleton of arguments filed by the appellant amounted to 81 pages. Illustrating the continuing primacy given to oral argument is the observation of Lord Justice Vos who said that excessively long skeletons of argument made it difficult for the Court's «dispatch of its business.»<sup>47</sup> The view that more detailed written advocacy would enable the Court to better prepare before the hearing and making the oral hearing more efficient does not seem to be gaining adherents amongst the judicial leadership.

In the Supreme Court, a skeleton of argument is called the case and is defined as «the statement of a party's argument in the appeal.»<sup>48</sup> Unlike the Court of Appeal no maximum length is prescribed - rather the Practice Direction calls for «...brevity and a case should be a concise summary of the submissions to be developed.» The Supreme Court's predecessor, the House of Lords, had similar provisions and the approach to them outlined by Lord Diplock in *MV Yorke*

43. Joseph Jacobs, «The Bowman Review of the Court of Appeal» (1998) 61 *Modern Law Review* 390, 396.

44. *Civil Procedure Rules 1998*, Practice Direction 52A, 52C.

45. *Midgulf v Group Chimique Tunisien* [2010] EWCA 66 cited in Jane Purdie «The Bare Bones' in the *New Law Journal* (5 June 2013)

46. *Revenue and Customs Commissioners v Benn Nevis Holdings* [2013] EWCA 578

47. [2014] EWCA 1333

48. Practice Direction 6.3.1.

*Motors v Edwards* remains current. In *Yorke's Case* Lord Diplock deprecating the growing tendency to file lengthy written summaries.

Signs are, however, now appearing that this awareness may be giving rise to a tendency to expand the written cases lodged by the parties so as to incorporate and develop in them detailed written arguments supported by lengthy citations from and references to numerous authorities, much on the same lines as the written 'briefs' submitted by the parties in appeals to appellate courts in the United States which have resulted in oral argument playing a relatively insignificant role in the decision-making process adopted by appellate courts in that country.

...

The practice of this House whereby members of the Appellate Committee read in advance the judgments in the courts below and the parties' written cases is not intended to reduce the importance of the role played by oral argument in the decision-making process. Its purpose is to add to the cogency of the oral argument...<sup>49</sup>

Despite the ongoing emphasis on oral advocacy, there is one critical area of appellate practice which is usually entirely written. The gate-keeping function, the requirement to obtain leave to appeal, is undertaken by the judges on the documents filed with the application. In the Supreme Court the relevant Practice Direction provides that grounds of appeal should not normally exceed 10 pages. In those abnormal situations where the Court decides it would benefit from hearing oral argument, the hearings usually last for 30 minutes.<sup>50</sup>

## Australia

The ultimate appellate jurisdiction in Australia is exercised by the High Court of Australia. Like the English appellate courts, advocacy is primarily oral. The *High Court Rules 2004* do require the filing of written submissions but these are not to exceed 20 pages.<sup>51</sup> The High Court does refer to the written submissions in its judgment, usually in the context of admissions or concessions.<sup>52</sup> Parties are also required to file an outline of oral submissions no later than the start of the hearing - such outline is to be no more than 3 pages.<sup>53</sup>

49. [1982] 1 All ER 1024, 1025.

50. Practice Direction 3.1.2; 3.3.5.

51. Rule 44.02.

52. See for example *Wurridjal v Commonwealth of Australia* [2009] HCA 2, [96].

53. High Court Rules 2004 R44.08

The High Court may also leave consequential matters arising from the disposition of the appeal to be dealt with on the papers i.e. the parties are invited to file written submissions on those consequential matters. A common example of this would be the final determination as to the award or non-award of costs.<sup>54</sup>

There have been differences of opinion between judges of the High Court about whether more expansive written submissions should be required by the Court. In 1985 Sir Anthony Mason (who subsequently became Chief Justice) argued for such a development. He was opposed by the then Chief Justice, Sir Harry Gibbs.<sup>55</sup>

The current Chief Justice, Susan Kiefel, noted in 2010 that written submissions were here to stay and that their contribution was to provide »... a platform for dialogue between bar and bench...». <sup>56</sup> Her Honour was particularly concerned at the increased demands that would be placed on judges by way of out of court preparation if written advocacy was to play a larger role in court hearings.<sup>57</sup> Justice Michael Kirby on the other hand believes written advocacy provides great efficiencies and that in appellate courts »..written argument has grown to enjoy enormous significance...» and this is particularly so for special leave applications.<sup>58</sup>

Like the Supreme Court for the United Kingdom, the Australian High Court controls access to the court by way of a special leave process. Oral hearings do take place, but the parties are limited to 20 minutes. In these circumstances, as Justice Kenneth Hayne observed, »...the written argument is the *chief* opportunity you have to persuade.»<sup>59</sup> The Court can decide to dispense with the oral hearing of the special leave application and determine the application on the papers.<sup>60</sup>

The State based appellate courts and the Federal Court of Australia tend to have similar approaches to written advocacy as the High Court. As an example, the Federal Court of Australia requires the filing of outlines of submissions not

---

54. See for example *Board of Bendigo Regional Institute of Technical and Further Education v Barclay (no 2)* [2012] HCA 42.

55. David Bennett QC, «Argument before the High Court» in Blackshield, Coper and Williams (eds), *The Oxford Companion to the High Court of Australia*, (2001) 31, 32.

56. Justice Susan Kiefel, «Oral Advocacy - the Last Gasp?», Supreme and Federal Judges Conference, Canberra, 27 January 2010,5. ([www.hcourt.gov.au](http://www.hcourt.gov.au)).

57. *Ibid*, 8.

58. Justice Michael Kirby, «Maximising Special Leave Performance in the High Court of Australia» (2007) 30 *University of New South Wales Law Journal* 731, 739.

59. Justice Kenneth Hayne, «Advocacy in the High Court of Australia», Address to the Western Australian Bar Association, 25 October 2004. ([www.hcourt.gov.au](http://www.hcourt.gov.au))

60. Rule 41.11.1.

exceeding 10 pages along with chronologies and appeal books.<sup>61</sup> The Practice Note goes on to prescribe in great detail requirements as to content, formatting, etc.

Written advocacy is also becoming increasingly important in trials. As Justice Davies noted:

Written advocacy has played the part of the poor second cousin to oral advocacy but increasingly written advocacy has taken on a more significant and important role. Opening and closing submissions are usually filed in civil matters...<sup>62</sup>

Similarly, Justice Middleton observed:

In civil proceedings, at both trial and appeal level, written advocacy has become more prevalent. The oral component of advocacy is diminishing.<sup>63</sup>

He also noted that even where the trial was a conducted before a jury, the jury was itself being increasingly provided with written materials. One of the historical rationales for the common law's emphasis on oral testimony, the illiteracy of the jury, is no longer relevant. Most civil trials are heard without juries and for those few where a jury is empanelled, the jurors are no longer illiterate.

The tendency of written submissions to keep growing in length despite rules to the contrary can also be seen in Australian courts. In 2016 the Full Court of the Federal Court of Australia considered a consolidated taxation appeal in which the Commissioner of Taxation's written submissions were 366 pages long supplemented by an affidavit containing annexures amounting to 726 pages. Justice Logan noted, some might suggest, very restrainedly:

*this case does provide an occasion to remind the profession that the concession in modern times of permitting oral submissions to be supplemented by written submissions was not intended to detract from an advocate's duty to identify the true issues for determination and to make succinct submissions accordingly.*<sup>64</sup>

Perhaps the most well chronicled example of the avalanche of written advocacy in Australia is the mega-litigation heard at first instance in the Federal Court of Australia over the rights to televise rugby league. The written closing sub-

61. Federal Court Practice Note APP2.

62. Jennifer Davies, «Effective and Persuasive Written Advocacy – Conducting a Commercial Trial» [2013] Federal Judicial Scholarship 26.

63. John Middleton, «Advocacy – Where to Now?» Victorian Bar Conference, 5 March 2011 ([www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges.../justice.../Middleton-J-20110305.rtf](http://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges.../justice.../Middleton-J-20110305.rtf))

64. *Commissioner of Taxation v Normandy Finance Asia Investments Pty Ltd* [2016] FCAFC 180 [3].

missions for the applicant amounted to over 2300 pages and the respondents' submissions totalled almost 2600 pages.<sup>65</sup>

## New Zealand

New Zealand's highest court, the Supreme Court, sits primarily as the country's ultimate appellate authority. Its procedures are similar to the senior appellate courts in England and Australia. Potential appellants need to obtain leave to appeal to the Court and this is primarily a written process with written submissions restricted to 10 pages.<sup>66</sup> While there is provision for an oral hearing, the leave application is usually determined on the papers. For the appeal itself the parties are required to file written submissions not exceeding 30 pages.<sup>67</sup> Similar provisions exist for New Zealand's intermediate appellate court, the Court of Appeal.<sup>68</sup>

New Zealand judges also emphasise the importance of this form of written advocacy. The President of the Court of Appeal (New Zealand's intermediate appellate court), Sir Thomas Gault wrote

.... oral argument is curtailed only because of the move towards the presentation of argument in writing. I have no doubt that any substantial argument is best communicated to the court by written submissions presented prior to the hearing supplemented by oral argument. This gives the court the opportunity to become familiar with the case and the competing arguments and to obtain the maximum assistance from the oral hearing. Necessarily, this means that «the hearing» begins when members of the Court begin considering the written submissions.<sup>69</sup>

The importance of the written submissions was recently highlighted by Justice Glazebrook of the New Zealand Supreme Court who observed:

The submissions will be considered by judges individually and sometimes collectively in pre-hearing discussions. Judges will usually come to a preliminary view of the case on the basis of those written submissions.<sup>3</sup> At the least, they will have identified what they see as the vital issues or (an advocate's worst nightmare) the fatal flaws or omissions.<sup>70</sup>

65. *Seven Network Ltd v News Ltd* [2007] FCA 1062 [5].

66. *Supreme Court Rules 2004* R20.

67. *Ibid*, R36.

68. *Court of Appeal (Civil) Rules 2005*, RR23, 41.

69. Sir Thomas Gault, «Whose Day in Court is It, Anyway?» (2002) 33 *Victoria University of Wellington Law Review* 1051, 1063.

70. Susan Glazebrook, «Effective Written Submissions» New Zealand Bar Association's Appellate Advocacy Workshop, 7 September 2014 (<https://www.courtsofnz.govt.nz/.../Effective%20written%20submissions.pdf/at.../file>)

The New Zealand courts do not seem to be bedevilled by the problems on non-compliance with page limits. However, in one recent case the Court of Appeal was faced with written submissions that were 637 pages long. The prolix nature of the submissions was excused on the basis that the appellant was representing himself.<sup>71</sup>

## Orality and judgments

With trial by jury, the verdict is oral. The jury is not required to give reasons for their findings of fact. With trial by judge alone, the reality for almost all trials in the three jurisdictions this chapter focuses on, the judge is required to provide reasons for his or her findings.

In older times these would often be oral or *ex tempore*. Over the last century the written judgment has become the norm. At the conclusion of the trial judgement will be reserved and pronounced at a later date along with written reasons for decision.

There is insufficient information on contemporary use of oral judgments to be able to analyse developments in England, Australia and New Zealand separately. As the preceding discussion of orality and how it relates to proof and advocacy reveals, there continue to be great similarities between the jurisdictions and there is no obvious reason not to think that same applies to orality and judgments.

The first point to be made has already been noted – the decline in use of *ex tempore* judgments. The general view has been that *ex tempore* judgments are best suited to trial judgments. At first instance, it is often said cases turn questions of the fact,<sup>72</sup> not questions of law. In other words, the law is often relatively clear and settled and the central issue in the case is determining the facts. There is no need for long erudite discussions of legal principle setting out their antecedents, comparing approaches in other jurisdictions, reviewing academic literature and considering policy issues. Yet anecdotally trial judges are reluctant to give *ex tempore* judgments.<sup>73</sup>

There are several possible causes for this. One cause is that the standard for sufficiency of reasons has increased. From not having to give reasons at all,

71. *Drever v R* [2016] NZCA 469.

72. Michael Kirby, «Ex Tempore Judgments» (1995) *University of Western Australia Law Review* 213, 227.

73. Dyson Heydon, «Varieties of Judicial Method in the late 20<sup>th</sup> Century» (2012) 34 *Sydney Law Review* 219, 224.

judges are now required to provide sufficient reasons to enable the parties and the public to understand the basis for decision but also to enable an appellate court to effectively review it. The High Court of Australia has held that the giving of reasons is a central aspect of the judicial function.<sup>74</sup> This requires is an explanation of the grounds for the decision:

Ordinarily it would be necessary for a trial judge to summarise the crucial arguments of the parties, to formulate the issues for decision, to resolve any issues of law and fact which needed to be determined before the verdict could be arrived at, in the course of that resolution to explain how competing arguments of the parties were to be dealt with and why the resolution arrived at was arrived at, to apply the law found to the facts found, and to explain how the verdict followed.<sup>75</sup>

For anything other than a straightforward trial, this is difficult to do in an ex tempore judgment without running the risk of creating an appealable error by omitting something or not dealing with it sufficiently.

The solution is not then to convert the ex tempore judgment into a magnum opus. In 2017 the New South Wales Court of Appeal had cause to criticise a trial judge who following a six-day trial for personal injuries arising out of the use of a motor vehicle spent 17 hours over four days delivering an ex tempore judgment.<sup>76</sup>

In England the approach is similar. In *Flannery v Halifax Estate Agents* the Court of Appeal after noting that the content of the duty will vary with the circumstances of the case held:

But where the dispute involves something in the nature of an intellectual exchange, with reasons and analysis advanced on either side, the judge must enter into the issues canvassed before him and explain why he prefers one case over the other.<sup>77</sup>

The changing world of litigation could encourage the use of ex tempore judgments. First is the sheer pressure of judicial workloads. With the growth in judicial involvement in case management, growing caseloads, longer trials the opportunity to write lengthy judgments is decreasing. Over twenty years ago Michael Kirby predicted:

I believe that in the next decade, the pressures on the courts (especially the appellate courts) will oblige us to modify our procedures in order to facilitate ex tempore decision-making. This will require the reduction of oral argument, the improve-

---

74. *Wainohu v New South Wales* (2011) 243 Commonwealth Law Reports 181, 213.

75. *AK v Western Australia* (2008) 232 Commonwealth Law Reports 438, 468.

76. *Fairall v Hobbs* [2017] NSWCA 82.

77. (2000) 1 *Weekly Law Reports* 377,382.

ment of written argument and, essentially, the presentation to judicial officers by the parties of succinct written material which can be adapted readily to provide the basic framework of a judicial opinion. The time of limitless oral argument before judges trapped at their benches is coming to a close.<sup>78</sup>

Second is the courts often now have the benefit of written evidence and written submissions. Unlike former practice where the judge knew little beyond the pleadings at the start of the trial, a contemporary judge has the capacity to have a very good picture of the issues in the trial, the proposed evidence, and the arguments of the parties. Much of the ground work for an *ex tempore* judgment can be done before the trial begins facilitating the use of *ex tempore* judgments.

However, there is little evidence that a growth in *ex tempore* judgements has come to pass. Lord Neuberger, former President of the United Kingdom's Supreme Court has suggested that the shorter lengths of trials have made it more difficult for judges to prepare for an *ex tempore* judgment during the course of the trial. He also suggested that modern litigation practice is more like to raise a whole host of issues making the litigation complex and needing time to finalise a judgment.<sup>79</sup> Add to this the exponential growth in legal information easily accessible through technology and the increasing complexity of the modern world that combine to make trials more complex and less suitable for an *ex tempore* judgment.

In England, according to Michael Zander, *ex tempore* judgments are still common in the High Court. In the Court of Appeal, that had traditionally given its judgments *ex tempore*, there has been a pattern of increasing written judgments. In 1977 it was estimated that only between 10% and 20% of judgments were written judgments. This had increased to over 50% by 2003 and by 2014 this had further increased to around 66%.<sup>80</sup>

Instead of more *extempore* judgements across the jurisdiction covered in this chapter, the complaint is of increasing delays in delivering written judgments. Kenneth Hayne, a former justice of the High Court of Australia, has written:

Lengthy reservation of judgment in the trial and intermediate appellate courts should be treated as never necessary and always wrong.<sup>81</sup>

---

78. *Above note 64*, 232.

79. Lord Neuberger, «Sausages and the Judicial Process – the Limits of Transparency», Address to the Annual Conference of the New South Wales Supreme Court, 1 August 2014. (<https://www.supremecourt.uk/docs/speech-140801.pdf>)

80. Michael Zander, *The Law-Making Process*, 7<sup>th</sup> ed, 2015, 273.

81. *Above note 20*, 43.



He suggests that in trial and intermediate courts the longest judgments should be reserved is 4 to 6 weeks.<sup>82</sup>

This is even more optimistic than what appears to be current aspirations. In *Bond v Dunster Properties Ltd* the English Court of Appeal was faced with a judgment at first instance that had taken 22 months to deliver. The Court supported a standard that said judgment was to be delivered within three months.<sup>83</sup> The Federal Court of Australia has also adopted 3 months as the standard for delivering judgment.<sup>84</sup> The New Zealand High Court has also adopted a three-month standard although judgments do not enter the delayed judgments list till 6 months has passed since the hearing.<sup>85</sup>

## Where to next?

In the jurisdictions reviewed for this chapter, it is clear that the decline in orality in common law civil procedure continues. The primacy of oral evidence and oral advocacy is under challenge. A growth in oral judgments does not appear to be happening to any significant degree.

These changes are fundamentally changing the face of common law procedure. Whereas in the past, legal training focused on oral advocacy and oral evidence, there is a growing literature on written advocacy and managing written evidence. At the beginning of the chapter the common law judge at the bench with his or her empty notebook was contrasted with the civil law judge with his or her stacks of files. At the conclusion we now see the common law judge now surrounded by stacks of files and court books containing submissions and the evidence.

These changes are breaking down the traditional barrier at common law between pre-trial and trial. Supported by increasing case management powers courts are becoming increasingly involved in controlling the evidence to be presented to the court. With the move to written evidence there is less need for a continuous climatic trial. It promotes the possibility of discontinuous hearings as witness statements are ordered, filed and exchanged. There is less need to wait to have everything 'heard' and determined at the same time.

---

82. *Ibid*, 44.

83. [2011] EWCA 255.

84. <http://www.fedcourt.gov.au/feedback-and-complaints/reserved-judgments>

85. <https://www.courtsofnz.govt.nz/the-courts/high-court/high-court-judgment-delivery-expectations-inquiry-process-and-recent-judgment-timeliness>

The increasing scientific challenge to the claimed advantages oral testimony provides when assessing evidence undermines that basis for requiring oral evidence. We are left with efficiency arguments – the impending trial date focuses the lawyer’s mind and forces him or her to grasp the whole ambit of the dispute. We are left with publicity and transparency arguments. These are powerful reasons supporting the importance of oral hearings, but they do not provide grounds for resisting the use of written evidence or advocacy. If the Supreme Court of United States only needs 30 minutes of oral argument to undertake its important role, then there is considerable scope to still improve the hearing process.

As with all procedural reforms, they have their disadvantages. The problems of cost and delay caused by non-compliant written evidence and submissions can be clearly seen. However poor professional skills or behaviours by lawyers does not detract from the conceptual strength of these changes. It does require greater effort in legal training and professional development along with a willingness to exercise rigorous judicial supervision.

While some might see the decline in orality as part of the growing ascendancy on the part of civil law procedure, perhaps those of us who still believe in the strengths of the Anglo- Antipodean legal tradition might see it as part of the re-ascendency of equity procedure.<sup>86</sup> Whichever way one looks at it, the procedural tools the subject of this chapter reflect the continuing decline of common law procedure.

---

86. Amalia Kessler. «Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, and the Search for an Alternative to the Adversarial», (2205) 90 Cornell Law Review 1181.



PONENCIAS SOBRE  
**INDICIOS Y SU RELEVANCIA  
PROBATORIA**



# El conocimiento indiciario como evidencia inferencial

---

*Rodrigo Rivera Morales<sup>1</sup>*

**Sumario:** Introducción. 1. Consideraciones generales. 2. Etimología e historia. 3. Concepto y definición de indicio. 4. Naturaleza del indicio. 5. La aportación indiciaria en el proceso. 6. Una metodología en el razonamiento indiciario.

## Introducción

Una de las temáticas más complejas dentro de la teoría de la prueba en el proceso es sin duda lo concerniente a la prueba indiciaria. La prueba indiciaria se construye sobre la base de una epistemología reflexiva (inferencia lógica), donde determinados hechos indicadores están probados o se den por probados, se enlazan a una conclusión unívoca y necesaria que acredita algún aspecto del objeto material del proceso concreto.

La importancia de la prueba indiciaria ha sido objeto de juicios diversos. La prueba indiciaria se impone tanto en el proceso penal como en el proceso civil en los pleitos laborales, como en los litigios administrativos. Los tribunales y autoridades necesitan de ella, siempre y por doquier.

---

1. Doctor en Derecho Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Probatorio en Universidad Católica del Táchira. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Capítulo Venezuela. Investigador financiado por la Fundación Manuel Serra Domínguez- Barcelona-España.

Nota: Envié comunicación a varios colegas de Iberoamérica con el fin de apreciar el estado de los indicios en diversos países. Debo agradecer la colaboración de los profesores: Carlos de Miranda Vásquez Barcelona- España, Magdalena Prato y María Eugenia González de Uruguay, José A. Cruceta de República Dominicana, Enrique Letelier Loyola de Chile, Camilo Constantino de México y Roberto Pérez Prieto de las Casas de Perú.

La cuestión de la prueba indiciaria ha sido analizada intensamente en las últimas décadas no sólo por los juristas sino también por los científicos, porque si bien puede llevar a grandes descubrimientos puede ser también la responsable de grandes errores.

La prueba indiciaria consiste en una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta cuya fuente es un dato comprobado y se concreta en la obtención de una evidencia mediante una inferencia correcta.

Algunos textos de Derecho Procesal la llaman procedimiento probatorio especial, otros lo consideran un simple medio auxiliar a diferencia de los medios clásicos, documentos, inspección ocular, porque trata de deducir hechos auxiliares, la existencia de una circunstancia que es jurídicamente relevante en sentido propio.

En cuanto su aspecto probatorio, se reconoce que la prueba indiciaria está formada por dos etapas, una primera, de investigación, en la cual se examinan los hechos y se edifica una hipótesis guía mediante el empleo del método abductivo; la segunda etapa, es la elaboración de la teoría (argumentación) enlazando los diversos elementos probatorios disponibles para indicar que la hipótesis del caso es plausible.

¿Qué se puede hacer con esa prueba indiciaria escurridiza, incompleta y difícilmente manejable sin riesgo de arbitrariedad? ¿Cómo ese razonamiento indiciario puede convertirse en verdadera prueba? Esta es una pregunta fundamental porque, si no alcanza el nivel de prueba en el proceso penal y se queda en la mera conjetura, nos encontraríamos con un problema constitucional: se habría juzgado una situación —judicialmente o administrativamente— sin la prueba necesaria y, por consiguiente, se habría violado la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

En nuestra investigación para dar respuesta a estas interrogantes partimos de la idea que una de las finalidades del proceso es el descubrimiento de la verdad. Esto provoca varias consecuencias. Una de ellas es si, efectivamente, puede considerarse al proceso como un instrumento epistemológico dotado de validez y racionalidad, que permite determinar con cierto rigor científico la verdad de los hechos que fundamentan la decisión.

Concebimos que en el proceso haya una metodología de conocimiento fundada en la actividad probatoria, conforme a las garantías procesales constitucionales debe ser contradictoria, en publicidad y en inmediación. El problema real se manifiesta en la construcción racional de ese conocimiento. En especial, como es en la mayoría de casos, que se funda en indicios.

Al respecto se formula la pregunta ¿Puede ser riguroso un paradigma indicial? Científicamente en la metodología clásica se presume inalcanzable debido que el saber que se extrae es referido a la experiencia cotidiana. Indudablemente es un saber individualizado. El juez sobre el caso obtiene un conocimiento particular. En cada caso, los hechos que afirman las partes, que son del pasado, son hechos históricos, y en el proceso se tratará de conocer una microhistoria desarrollada entre los contendientes. Así como tal es un conocimiento histórico, por tanto es indirecto, conjetural, de carácter cualitativo.

Sobre esta base y examinado la evolución del paradigma indiciario, además la práctica judicial sobre este temática, así como las formulaciones doctrinarias, se ha elaborado una metodología para la construcción racional del indicio que pueda validar el tipo de conocimiento cualitativo obtenido. Es una teoría que se aparta de las teorías clásicas, partiendo de que el indicio (proceso) es un medio de conocimiento probatorio que tiene dos etapas básicas: a) la fase de descubrimiento, en la cual se aplica el método abductivo, b) la fase de la justificación en la cual se aplican los métodos deductivo o inductivo dependiendo de la particularidad de los hechos indicantes.

Hay que advertir, que la jurisprudencia ha ido elaborando una metodología de valoración racional indiciaria, pero bajo la concepción clásica de la naturaleza indiciaria como medio de prueba. En nuestra tesis, consideramos que esa concepción debe ser superada y pasar a un estadio superior con fundamento en una epistemología reflexiva.

## 1. Consideraciones generales

El paradigma semiótico o indiciario está vinculado con la idea de un saber conjetural entendido como desciframiento de diversas clases de signos, desde los síntomas hasta la escritura. Tiene sus orígenes en el saber venatorio de los primitivos cazadores. Continúa su desarrollo con la adivinación en la Mesopotamia, la jurisprudencia mesopotámica, y la medicina hipocrática. Y finalmente, en la semiótica médica o sintomatología. Indudablemente el indicio ha sido empleado en toda la historia de la humanidad, surgiendo de la experiencia y la reflexión (aplicando reglas lógicas de identidad, asociación, comparación, entre otros), siendo codificadas en algunas áreas de las ciencias (medicina, astronomía, geología, criminalística, entre otros).

En la ciencia jurídica su aplicación ha sido variada, incluso se ha confundido con la presunción. La realidad es que en el proceso judicial aparece bajo diversas formas, bien como dato, información, signo o símbolo, bien en elemento o



evidencia material (rastros, huella, cosa, entre otros), y en diversos medios: en testimonio, confesión, documento, inspección judicial o policial y pericia.

Debe asumirse que no hay plena prueba acerca de un hecho nuclear (contenido en la norma en el supuesto fáctico), sino que en los diferentes medios aportados y practicados aparecen datos, signos o informaciones acerca de un hecho en particular (por supuesto debe examinarse la fiabilidad o credibilidad del medio), lo que objetivamente debe traducirse como indicio. En definitiva, lo que el juez realiza en la formación de sentencia es un análisis exhaustivo de los medios practicados, en forma individual y conjunta, para determinar los aspectos del hecho e interrelacionarlos para poder declarar si está probado el hecho nuclear o no.

Indudablemente que el indicio, como forma de aproximación a la realidad y conocimiento fundamentado en la reflexión primando sobre la precepción, se erige en un nuevo paradigma en la metodología de conocimiento judicial. En la actividad probatoria actual, la importancia del indicio, en todas las temáticas del proceso, es indiscutible, y podemos afirmar que será uno de los instrumentos probatorios de mayor utilidad procesal en el futuro. Obviamente, para ello hay que descifrar claramente lo que es y como ocurre la localización del hecho indicador y el proceso reflexivo indiciario.

La teoría de GINSBURG<sup>2</sup> acerca del paradigma indiciario en la cual señala que en los indicios se hace consciente y explícito todo un específico modo de aproximación y luego de conocimiento de la realidad, plantea nuevos horizontes para su sistematización en el área jurídica. Esa tesis sobre los indicios es en realidad el manejo de un proceso de explicitación y teorización de una estrategia cognoscitiva de existencia milenaria y de efectos múltiples a todo lo largo y ancho de la historia. Estrategia vinculada de un modo privilegiado con el vasto universo de los saberes populares nacidos de la experiencia directa, que posee entonces alcances estrictamente universales, tanto en lo que respecta a su duración y a su extensión geográfico-espacial, como también a la variedad y riqueza de sus manifestaciones.

Pues ese conocimiento a través de «indicios» o «huellas» ha existido desde los tiempos de los más antiguos cazadores y hasta nuestras épocas, e incluso características de los más modernos psicoanalistas, pero también lo mismo en China, Rusia, Europa o Japón, que en las montañas del Sureste mexicano, en África o en toda América Latina, e igualmente, manifestándose lo mismo como

---

2. GINSBURG, Carlo. *Mitos, emblemas, indicios*, Barcelona, Editorial GEDISA, 1999. También expuesto en su obra «El queso y los gusanos» (2ª. Edición, Barcelona, Ediciones Península, 2010), pero al mismo tiempo y de modo más general, como una reflexión global acerca del método.

saber del campesino indígena rebelde que escapa, que como método detectivesco en la novela policiaca, especialmente británica.

Debe reconocerse que con la estrategia cognoscitiva indiciaria realidades ocultas y marginales, que no eran ni evidentes a primera vista y de modo inmediato, ahora es posible penetrar mediante esa estrategia epistemológica de la búsqueda y desciframiento de los indicios. Si bien, los indicios son espías que permiten el acceso a realidades ruinosas y de difícil aprehensión, también son herramientas privilegiadas que hacen posible la captación de la singularidad individual, específica e irrepitable, de cada «caso» histórico.<sup>3</sup>

Pues si los indicios dan acceso a la singularidad irrepitable del caso, lo hacen sólo dentro de una lógica que considera a este caso investigado, como el caso de una norma, y por lo tanto, el elemento «revelador» de la específica totalidad de la que forma parte dicho caso, o como lo dice el propio GINZBURG

«si las pretensiones de conocimiento sistemático parecen cada vez más inconstantes, no por ello debe ser abandonada la idea de totalidad, Por el contrario: la existencia de una conexión profunda que explica los fenómenos superficiales es reafirmada en el momento mismo en que: se sostiene que un conocimiento directo de tal conexión no es posible, Si la realidad es opaca, existen ciertos puntos privilegiados —señales, indicios-que nos permiten descifrarla».<sup>4</sup>

Así, un indicio en sentido estricto es una huella, o rastro, o síntoma, o trazo, o vestigio, o señal, o signo, o elemento, que siendo el resultado involuntario, o del despliegue y existencia de un cierto proceso o de una cierta realidad, o a veces de una creación inconsciente de su propio autor, se constituye en un dato que sólo aparentemente es marginal o intrascendente, pero que analizado con más cuidado, se muestra como un dato revelador de una realidad oculta, más profunda y esencial, realidad que no siendo accesible de un modo directo y evidente, y que poseyendo un comportamiento histórico que es incierto, no previsible y no deducible a partir de su propio pasado, sólo se revela mediante esos datos singulares y privilegiados, mediante esos «indicios», a aquellas miradas especialmente entrenadas educadas para descifrar y escudriñar estos mismos datos reveladores.<sup>5</sup>

Ahora bien, vale preguntarse ¿Puede ser riguroso un paradigma indicial? Obviamente, al tratarse de un proceso inferencial a partir de un dato siempre asaltaré

3. AGUIRRE ROJAS, Carlos Antonio. «Indicios, lecturas indiciarias, estrategia indiciaria y saberes populares», México, *História&Ensino*, Londrina, v.13, p.09-44, set.2007.

4. Vid GINZBURG, Carlo, «Raíces de un paradigma de referencias indiciales», en *Mitos, Emblemas, Indicio*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1999, p. 145.

5. AGUIRRE ROJAS, Carlos Antonio. «Indicios, lecturas indiciarias, estrategia indiciaria y saberes populares», ob. cit. p. 09-44.

la duda sobre ese rigor. Por ello, aun a sabiendas que se trata de un conocimiento que tiene como base la experiencia cotidiana y que las situaciones individuales son irrepetibles, y que sus reglas no se prestan para ser formalizadas, pero que las huellas o trazos de las actuaciones individuales pueden ser comunes (ej: residuos seminales o cabello en violación), la experiencia en otras ciencias indica la posibilidad de formular algunas reglas para su sistematización en el proceso judicial.

Existe una evidencia cuya inteligibilidad se manifiesta a la inteligencia desde el momento que se comprenden los términos, como cuando se captan los primeros principios, es la evidencia intrínseca inmediata; otra, en cambio, requiere de la demostración para que llegue su brillo a la inteligencia, es la evidencia intrínseca mediata. El objeto propio de la inteligencia humana son las esencias captadas por el sensible, de tal manera, que cuando ese objeto se manifiesta plenamente se da la adhesión del entendimiento en forma necesaria.

La evidencia extrínseca tiene motivo fuera del objeto, por ejemplo, en el juicio histórico, el motivo se encuentra fuera del enunciable; admitiéndose sólo por la autoridad del testigo. En este caso, si se excluye el temor prudente de errar, se le llama evidencia de credibilidad; en cambio, si no se excluye ese temor, queda como evidencia de probabilidad.

Ahora bien, debe considerarse que la actividad probatoria sólo puede aportar un conocimiento probable, excluye la posibilidad de la certeza en función del tipo de inferencia que se formulan para justificar los enunciados fácticos en el razonamiento judicial, ya que en la medida en que las inferencias probatorias constituyen siempre silogismos inductivos, su conclusión sólo se puede afirmar con cierto grado de probabilidad.

## 2. Etimología e historia

La palabra indicio es derivada del sustantivo latino *indice* del verbo *in-dicare* (señalar, indicar, anunciar, señalar con el dedo). La palabra indicio tiene su origen en el vocablo *indicium*, del verbo *induco*, compuesto de la proposición *in*, y del verbo *duco*, *ducere*, que significa conducirla, llevarla. Algunos autores afirman que la palabra indicio proviene de *indicare*, que significa indicar, descubrir, dar a entender, revelar. Efectivamente, viene del latín *indicium* (indicación, revelación, anuncio de algo, también delación o denuncia). MITTERMAIER<sup>6</sup> entiende que el origen se une a la palabra *index*, que expresaba el dedo indi-

---

6. MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal*, 9ª. Edición, Madrid, Editorial Reus, 1959, p. 398.

cador, el objetivo o el hecho que se indica. MOMMSEN<sup>7</sup> dice que entre los romanos la palabra *indicium* equivalía más propiamente a la denuncia. Quizá no se deba pasar por alto, pues es significativo, el nombre del dedo de la mano índice porque señala, indica.

Hay que apuntar que no hay unanimidad en cuanto al significado y uso del término *indicio*, pues como expresa GORPHE,<sup>8</sup> los civilistas hablan preferentemente de presunciones, los anglosajones de circunstancias y los criminalistas y penalistas de indicios. Pensamos que es una confusión con relación al método y su aplicación, y la particularidad del hecho como indicador. Pues, la presunción es un enfoque general debido a que aplica el método y silogismo deductivo, mientras que indicio o circunstancia se refieren a aspectos concretos y particulares.

Expresa GINZBURG<sup>9</sup> que hacia fines del s. XIX, surgió silenciosamente en el ámbito de las ciencias humanas un modelo epistemológico o paradigma, al que aún no se le ha prestado la suficiente atención, a pesar de que es ampliamente empleado en la práctica. Dice PARRA QUIJANO<sup>10</sup> que se puede decir que desde tiempos remotos esto (prueba) ha sido usado por los humanos y lo único que ha variado es la forma de interpretar.

Ahora bien, aunque este paradigma basado en la interpretación de indicios alcanzó cierta influencia hacia fines del siglo XIX, su genealogía puede rastrearse desde épocas muy remotas. Es común encontrar en los tratados de semiótica, para explicar la génesis de esta disciplina, referencias a culturas indiciarias: a comunidades primitivas (agrarias o cazadoras), a la medicina antigua (recogida por Hipócrates y Galeno) e incluso a las artes adivinatorias. Cuando la mayor preocupación de los hombres era proveerse de alimento se convertían en cazadores avezados y aprendían a reconocer la pista de sus presas en los indicios más minúsculos. Escribe GINZBURG<sup>11</sup> que

*«Durante milenios, el hombre fue cazador. La acumulación de innumerables actos de persecución de la presa le permitió aprender a reconstruir las formas y los movimientos de piezas de caza no visibles, por medio de huellas en el barro, ramas quebradas, estiércol, mechones de pelo, plumas, concentraciones de olores. Aprendió a olfatear, registrar, interpretar y clasificar rastros tan infinitesimales*

7. Citado por GERMAN R., Jorge W. *El Indicio en materia penal*. Quito 1999, p. 9 y ss.

8. GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas*, Bogotá: Editorial Temis, 1985, p. 201.

9. GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas, indicios*, ob. cit. p.138

10. PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de prueba judicial: Indicios y presunciones*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001, Tomo IV, p.3.

11. GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas, indicios*. ob. cit. p. 144.

*como, por ejemplo, los hilillos de baba. Aprendió a efectuar complejas operaciones mentales con rapidez fulmínea, en la espesura del bosque o en un claro lleno de peligros. Esto constituyó el gesto intelectual más antiguo de la humanidad: el cazador que, tendido en la tierra, escudriña los rastros, marcas, señales, vestigios, residuos dejados por su presa. Los relatos populares recuperaron esta forma de conocimiento y lo transmitieron por generaciones».*

Así pues, en la historia de la humanidad se observa que generaciones y generaciones de cazadores fueron enriqueciendo y transmitiendo todo ese patrimonio cognoscitivo. Cuestión que se transmitía a través de los narradores que iban de ciudad en ciudad.<sup>12</sup>

Siguiendo la historia, expresa GINZBURG que entre 1874 y 1876 aparecieron artículos sobre pintura italiana en una revista alemana de historia del arte, su autor fue el italiano Giovanni Morelli, que dio lugar al «método Morelli».<sup>13</sup> ¿En qué consiste este método?

MORELLI decía que en los museos hay muchas pinturas atribuidas de manera errónea y que distinguir una copia de un original es muy difícil. Que para poder diferenciarlo, hay que abandonar el método habitual de centrarse en las características sobresalientes de las pinturas, y por eso mismo más fácilmente imitables, de los cuadros: los ojos alzados del cielo de los personajes de Perugino, la sonrisa de los de Leonardo, y así por el estilo. Morelli sostenía que por el contrario había que concentrarse en los detalles menos trascendentes, y menos influidos por las características de la escuela pictórica a la que el pintor pertenecía, debían examinarse los detalles menores, en los menos significativos del estilo típico del pintor (los lóbulos de las orejas, las uñas, la forma de los dedos de las manos y los pies, entre otros) que sí aparecían en las obras originales y no en las copias. A pesar de las proezas, su método fue muy criticado, se lo tachó de mecánico y positivista y cayó en desgracia hasta que EDGAR WIND,<sup>14</sup> lo propuso como ejemplo de una aproximación más moderna a las obras de arte, que tiende a una apreciación de detalle más que de conjunto.

12. *Ibidem*, 144. Ginzburg refiere «una fábula oriental, difundida entre quirguices, tártaros, hebreos, turcos...», cuenta que tres hermanos se encuentran con un hombre que ha perdido un camello. Sin vacilar lo describen: es blanco, tuerto, lleva dos odres en la grupa, uno lleno de vino y el otro de aceite. ¿Quiere decir que lo han visto? No, no lo vieron. Esta leyenda tiene una variante en el cuento de Voltaire sobre Zadig (El perro y el caballo). Examinaremos, más adelante, este cuento.

13. Artículos publicados entre 1874 y 1876 en la *Zeitschrift für bildende Kunst* sobre pintura italiana. Curiosamente, estas notas, firmadas por Iván Lermolieff y traducidas al alemán por Johannes Schwarze, presentaban una metodología que permitiría atribuir correctamente la autoría de las obras pictóricas apócrifas o sin firma. Tanto Lermolieff como Schwarze fueron invenciones de Giovanni Morelli, que disimulado tras esos apellidos, esbozó una sistematización que generó controversia entre los historiadores del arte.

14. WIND, Edgar. *Los misterios paganos del renacimiento*, Madrid, Editorial Alianza Editorial, 1997, p. 78.

ENRICO CASTELNUOVO<sup>15</sup> trazó un paralelo entre los métodos de clasificación de Morelli y los que Sir Arthur Conan Doyle le atribuyó a su personaje de ficción *Sherlock Holmes*. Tanto el especialista en arte como el detective, se dedican a descubrir indicios no observados por nadie (uno en la obra artística y otro en el delito). Reseña GINZBURG<sup>16</sup> que para persuadirnos de la exactitud del paralelo trazado por Castelnuovo, se examine el cuento de Conan Doyle *La aventura de la caja de cartón* (1892).

No ignorará usted, Watson, en su condición de médico, que no hay parte alguna del cuerpo humano que presente mayores variantes que una oreja. Cada oreja posee características propias, y se diferencia de todas las demás. ... De modo que examiné las orejas que venían en la caja con ojos de experto, y registré cuidadosamente los detalles anatómicos. Imagínate cuál sería mi sorpresa cuando, al detener mi mirada en la señorita Cushing, observé que su oreja correspondía en forma exacta a la oreja femenina que acababa de examinar. No era posible pensar en una coincidencia. En ambas existía el mismo acortamiento del pabellón, la misma amplia curva del lóbulo superior, igual circunvolución del cartílago interno. En todos los puntos esenciales se trataba de la misma oreja. Desde luego, enseguida comprendí la enorme importancia de semejante observación. Era evidente que la víctima debía ser una consanguínea, probablemente muy estrecha de la señorita...

GOFFMAN<sup>17</sup> también señala la influencia de los ensayos de MORELLI para Freud, cuando éste todavía estaba alejado del psicoanálisis. El propio Freud destacó la importancia del método interpretativo de Morelli que se basaba en considerar los detalles marginales e irrelevantes como indicios reveladores. El método de Morelli se basa en detalles hasta entonces considerados por todo el mundo como trivial y carente de importancia —indignos de ser advertidos—; pero que para el autor proporcionaban la clave para acceder a los productos más elevados del espíritu humano. Según MORELLI, los detalles marginales eran reveladores porque en ellos la subordinación del artista a las tradiciones culturales desaparecía y daba lugar a una manifestación puramente individual; «*los detalles se repetían de modo casi inconsciente, por la fuerza de la costumbre*» (Morelli).

Notamos como GOFFMAN marca en los tres casos (Morelli, Holmes y Freud) como uno detalles minúsculos proporcionan la clave para acceder a una realidad más profunda, inaccesibles por otros métodos: para Freud esos detalles son «síntomas», para Colmes son «pistas» y para Morelli son «rasgos pictóricos».

15. CASTELNUOVO, Enrico. *Arte, industria y revolución: Temas de historia social del arte*, Madrid: Ediciones 62, S.A. 1988.

16. GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas, indicios*. ob. cit. p. 140.

17. GOFFMAN, E. «*On Face-Work: An Analysis of Ritual Elements in Social Interaction*». *Psychiatry*, 1955, 18, n. 3: 213-31.

Se dice que *Sherlock* interroga los detalles de la escena en lugar de hacer una lectura de la situación en conjunto como lo hacen los policías de Scotland Yard. Forma de trabajo que se corresponde con la que FREUD utiliza para analizar sueños en su obra «La interpretación de los Sueños».<sup>18</sup> El modo que utiliza *Sherlock* para tratar la información resulta muy similar al de Freud. En cuanto *Sherlock* aplica la racionalidad para la resolución de las problemáticas de la vida cotidiana. La producción de conocimiento se realiza a través de la lógica y la razón. El detective realiza un desdoblamiento del conocimiento en: 1) Conocimiento técnico que consiste en ordenar y sistematizar la experiencia. Saber que resulta aplicable de modo universal. 2) Conocimiento que tiene que ver con el tiempo, con la práctica. Resolución de cada caso particular.

Es a partir de la producción de conocimiento y su sistematización que él puede orientar sus observaciones más allá de lo que está a la vista. O sea que realiza el ordenamiento lógico de la información de la que dispone para luego extraer toda la información no explicitada.

Así pues, un tipo de saber que partiendo de fragmentos mínimos de la experiencia, como las huellas de las aves en la arena o las marcas en la piel de un enfermo, fue el germen de la escritura y de la medicina. El paradigma semítico o indiciario está vinculado con la idea de un saber conjetural entendido como desciframiento de diversas clases de signos, desde los síntomas hasta la escritura. Señalamos que tiene sus orígenes en el saber venatorio de los primitivos cazadores. Continúa su desarrollo con la adivinación en la Mesopotamia, la jurisprudencia mesopotámica (estudios de casos),<sup>19</sup> y la medicina hipocrática. Y finalmente, en la semiótica médica o sintomatología.

La medicina es una de las disciplinas que se rige por este método del indicio o signo (a ella se la transmitió esos saberes de lectura, al inicio a los hechiceros que leían la orina y los excrementos); a lo largo del tiempo se ha presentado dos razones fundamentales que explican la falta de certidumbre de la medicina: una, las descripciones de enfermedades concretas no resultaban necesariamente adecuadas en la práctica, ya que una enfermedad se puede presentar de formas diferentes en cada paciente; y otra razón, es que el conocimiento de una enfermedad seguía siendo indirecto e indiciario (los secretos del cuerpo vivo permanecían por siempre, por definición, inalcanzables). Pero a pesar de las objeciones, la medicina era una ciencia reconocida por la sociedad; reconocimiento o prestigio que no gozaron todas las disciplinas indiciarias. Veamos brevemente su origen semiótico.

---

18. FREUD, Sigmund. *La Interpretación de los sueños*. Publicación de [www.infotematica.com.ar](http://www.infotematica.com.ar). Disponible en <http://espanol.free-ebooks.net/ebook/La-interpretacion-de-los-suenos/pdf/view>.

19. Los propios textos de jurisprudencia mesopotámicos, en lugar de consistir en la recopilación de diferentes leyes u ordenanzas, se basaban en la discusión de una casuística muy concreta.

El texto de Hipócrates (s. V - IV a C) llamado *Pronóstico*, aconsejaba que lo primero que debía ser tomado en cuenta por el médico era la cara del enfermo y describía el rostro del moribundo: los ojos y pómulos hundidos, las orejas frías, el tiritar, el color y la piel seca de la cara, su color plomizo. Así, la medicina hipocrática definió sus métodos reflexionando sobre la noción decisiva de síntoma (*semeion*). Se decía sólo observando atentamente y registrando minuciosamente todos los síntomas es posible elaborar precisas de las enfermedades individuales.<sup>20</sup> Los médicos califican al indicio como *síntoma*, lo estudian en la sintomatología, semiología o semiótica para evidenciar los fenómenos o accidentes que revelan las enfermedades (manifestaciones, señales, etc.), hay que señalar que el síntoma no es una forma sino una manifestación del contenido. De manera que la causa del síntoma es realmente un rasgo del contenido. En medicina se enseña al interrogatorio adecuado y la formación de la historia clínica, sobre la interpretación de síntomas y síndromes, para que se aprenda a hacer un diagnóstico que responda a la verdad acerca de la enfermedad del paciente.

En la evolución del paradigma del indicio, se establece que la fuerza de los indicios consiste en establecer un contacto existencial, tanto con el objeto que designa como con el sujeto que lo percibe.

El matemático y filósofo PEIRCE<sup>21</sup> realizó su aporte en el cual se da el salto desde las formas del razonamiento válido a la pregunta «¿cómo conocemos?» en el marco de una aproximación semiótica a la vez cognoscitiva y social. Por otra parte, su tenaz afirmación de la importancia de los índices es una severa crítica a la concepción del lenguaje como representación, que permite problematizar en qué consiste la relación entre lenguaje y experiencia.<sup>22</sup>

PEIRCE mostraba este doble direccionamiento en la siguiente definición: «... el segundo es el índice, que tal como un pronombre demostrativo o relativo, fuerza la atención hacia el objeto particular aludido sin describirlo». De esto se sigue que el poder de los índices consiste no en una capacidad representativa (descriptiva,

20. Es interesante examinar los informes de los médicos en tiempos pasados. A manera de ejemplo, se toma el de Alejandro Próspero Révérend (Falaise, Francia, 14 de noviembre de 1796 - Santa Marta, Colombia, 1 de diciembre de 1881) Cirujano mayor del Ejército Republicano y médico de cabecera de Simón Bolívar. Veamos informes parciales: Cuando llega a Santa Marta escribe: «Cuerpo muy flaco y extenuado, el semblante adolorido y una inquietud de ánimo constante. La voz ronca, una tos profunda con esputos viscosos y de color verdoso. El pulso comprimido. La digestión laboriosa. Las frecuentes impresiones del paciente indicaban padecimientos morales. Finalmente, la enfermedad de su Excelencia me pareció ser de las más graves, y mi primera impresión fue que tenía los pulmones dañados».

21. Peirce nació en Cambridge (Massachusetts) en 1839 y enseñó matemática, historia de las ciencias y lógica en la universidad más prestigiosa de ese estado, la de Harvard. En 1884 funda su cátedra de Lógica en la Universidad Johns Hopkins de Baltimore. Recién entre 1931 y 1932 comienzan a compilarse sus escritos, los que se publicaron bajo el nombre de *Collected Papers*.

22. BITONTE, María Elena. «Huellas: De un modelo epistemológico indicial», *El signo en Peirce*, publicado por el Programa de Semiótica y Epistemología de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México.



denotativa) sino en tocar al objeto en un punto, como el vértice de una flecha, un dedo índice o una erupción de la piel se conectan con aquello que apuntan.

Con la reformulación de la categoría de la segundidad, el índice es entendido ahora como un signo que pone en contacto directamente, «físicamente», con el objeto. Un índice designa, por tanto, el sujeto de una proposición, pero sin implicar absolutamente ningún carácter.<sup>23</sup> Es sólo algo que dirige la atención, pero sin contenido. Peirce pone el ejemplo de un relámpago de luz, que es como si dijese «¡Ahora!» Y este instante, que en sí es igual a cualquier otro instante, puede ser distinguido de otro sólo gracias a una intuición.

Realmente, es en la literatura, especialmente la policiaca (Conan Doyle con su personaje Scherlock Holmes, y Edgar Allan Poe), quien potencia en el mundo intelectual la idea de indicio. No obstante, haber sido aplicado en la ciencia médica y en el trabajo práctico de la criminalística, en el campo jurídico tuvo sus altibajos.

Lo parcialmente nuevo de esta forma de adquisición de conocimiento es, entonces, su admisibilidad como prueba, sobre todo en el proceso penal, porque si bien los romanos bajo la denominación de «indicia» o «signa» le dieron importancia para la demostración en asuntos netamente civiles, se la negaron en el ámbito penal donde no fue admitida como prueba autónoma, toda vez que su carácter intelectual e indirecto lo presentaba como un medio de conocimiento inseguro que despertaba desconfianza.<sup>24</sup>

El surgimiento de la indagación como método para buscar la verdad le abrió campo en la Edad Media a la sistematización de las pruebas, tarea en la cual la Iglesia Católica jugó un papel significativo con el Derecho Canónico; y con esa reglamentación legal también se benefició el indicio.

Fue la Constitución Criminal Carolina de Alemania (*Constitutio Criminalis Carolina*), reconocida como el primer Código Penal de la Edad Media (Código carolino), la que reguló en detalle los indicios, aunque negándole la capacidad de fundamentar una condena. Servían, sí, para que con base en ellos (por ejemplo, la mala reputación, la presencia en el lugar de los hechos y que tuviese la figura, las ropas, las armas, etc.) el juez acudiera a la tortura del sospechoso para provocar la confesión, que a la sazón era considerada como la reina de las

---

23. PEIRCE, Charles S. *Collected Papers*. Editorial Introduction by John Deely to the electronic edition of The Collected Papers of Charles Sanders Peirce Edited by Charles Hartshorne and Paul Weiss. (8.41)

24. GÓMEZ GALLEGU, Jorge Aníbal. *La Prueba Indiciaria y su Manejo Jurisprudencial*. Tomado de: <http://www.richard-gorky.com/ensayos/lapruebaindiciariaysumanejojurisprudencial.pdf>

pruebas (*Regina probatorum*), y una vez obtenida ésta, apoyada en los indicios, constituía plena prueba.<sup>25</sup>

La supresión de la tortura como método para la obtención de pruebas se constituyó en el punto de partida para aceptar el indicio como medio de convicción autónomo, fiable aún como soporte único para condenar, con tal de que no fuera a la pena capital.

Posteriormente se creó toda una doctrina del indicio en el campo jurídico, determinándose su naturaleza y eficacia probatoria por autores de la importancia de Jeremías Bentham, Francesco Carrara, Pietro Ellero y posteriormente Antonio Dellepiane, quienes consideran que todas las pruebas se reducen al indicio.

Estos autores, junto con Mittermaier, Framarino y Gorphe defienden su carácter de medio de prueba autónomo en condiciones de igualdad con los demás; y que en contra de esta corriente, entre otros, están Canelutti, Florián y Leone, para quienes el indicio en lugar de un medio de prueba es objeto de la misma, porque si se lo considera como un razonamiento lógico presupone la existencia de pruebas que le den solidez a la inducción o a la deducción que de él se haga, toda vez que para que el indicio sea válido es imprescindible que el hecho indicante o indicador esté probado, entonces lo que hace ese razonamiento es darle contenido, significación, o lo que es lo mismo, valor a los verdaderos medios de prueba que son los que sustentan la inferencia lógica. Para éstos la conclusión es clara: si el indicio debe ser demostrado, no es medio de prueba sino objeto de prueba, y el medio de convicción será aquél con el cual se demuestra el hecho indicador.

Quienes defienden el indicio como medio de prueba autónomo aducen que señalarlo como objeto de prueba es confundir la parte con el todo, toda vez que si para estructurarlo se requiere que el hecho indicante esté probado, con ello no surge más que una parte del conocimiento, porque a partir de ese momento empieza la construcción lógica que tiende a demostrar otro hecho desconocido que es el indicado, siendo esa totalidad la que constituye el indicio.

Pues bien, sobre esta controversia, finalmente los Más Altos Tribunales de Justicia por conducto de las Salas de Casación Penal tomaron bando en favor del indicio como medio de prueba autónomo. Ya hoy, en muchas leyes procesales, tanto civiles como penales, admiten el indicio como medio de prueba. Además, su empleo en los órganos de realización de justicia es permanente, aun cuando no haya una científica construcción indiciaria. En todo caso vale indicar que esa aceptación es pragmática sin construcción científica válida.

---

25. WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*, Bogotá, Editorial Temis, 1985, pp. 62-64.

### 3. Concepto y definición de indicio

Lo que para los médicos en patología es síntoma, signo y síndrome, revelador de la enfermedad; para los juristas es el indicio, en orden a conocer el hecho controvertido en juicio. Así, los síntomas de enfermedades somáticas o de trastornos psíquicos, son al foro jurídico, como los indicios respecto a los hechos controvertidos. Evidentemente en el campo jurídico se adopta la palabra *indicio* para expresar la fuerza indicadora de un hecho. Esto significa que hay una conexión existencial en lo que apunta.

Verdaderamente no es pacífico un criterio para definir el indicio. Hay diversas acepciones acerca del concepto indicio. Entre ellas: a) *el indicio es el hecho indiciario*: según esta visión se denomina indicio al hecho indicador e indicante o indiciario, por ejemplo: la huella, la mancha de sangre; b) *el indicio es la inferencia lógica*: el indicio no es el hecho indicador, sino el razonamiento, es decir, la operación mental de inferencia lógica que hace el juzgador; c) *el indicio es todo el proceso de aprehensión y razonamiento*: según esta concepción el indicio comprende tres elementos: el hecho indicador, el hecho indicado o desconocido y la inferencia lógica o relación de causalidad entre ellos.<sup>26</sup>

La mayoría de autores se pronuncia por sostener que el indicio es el hecho indicador. Así, pues, los indicios son hechos, datos o circunstancias ciertos y conocidos que nos sirven para aplicar el razonamiento y deducir otros hechos o datos desconocidos. Se parte de uno de los elementos que conforman el concepto.

GORPHE,<sup>27</sup> considera que ha sido mal definido y dice que «*consiste en recoger e interpretar todos los hechos y circunstancias que puedan conducir al descubrimiento de la verdad*». MITTERMAIER<sup>28</sup> escribe que «*un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural*» y agrega que «*el indicio es el dedo que señala un objeto*». AMO<sup>29</sup> dice que es «*un hecho cierto que indica o revela la existencia de otro hecho diferente, por la relación que los une, según sea lo necesario y natural en todos los casos, sea según lo normal en la generalidad de ellos*». DEVIS ECHANDÍA<sup>30</sup> lo define así: «*Un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales*

26. Por todos DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Bogotá, Editorial Temis, Tomo II, pp. 587 y ss.

27. GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas*, Bogotá: Editorial Temis, 1985. p. 202.

28. MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal*, ob. cit. p. 437.

29. AMO, León del. *La clave probatoria en los procesos matrimoniales (indicios y circunstancias)*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1978, p. 69.

30. DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Bogotá, Editorial Temis, Tomo II, pp. 587 y ss.

*de la experiencia o en principios científicos o técnicos».* El hecho conocido da un argumento probatorio que permite mediante una operación lógica establecer una relación (correspondencia) entre él y el hecho que se pretende probar. De esta definición se deduce que la prueba indiciaria está compuesta por el hecho indicador y el argumento probatorio. Estas definiciones describen la actividad mental que realiza el juez, pero no van a la esencia del concepto.

DEI MALATESTA<sup>31</sup> parte de que es una forma lógica del raciocinio, que va de lo conocido a lo desconocido, a la luz del principio de causalidad. MUÑOZ SABATÉ<sup>32</sup> expresa que para superar las ambivalencias consideraba inevitable limitar el concepto de indicio a la acepción puramente estática de su sentido etimológico como sinónimo de signo, señal, huella. Aquí se reduce el indicio al hecho indicador o indicante.

Por otra parte, con relación a la distinción entre presunción e indicio, expresa SERRA DOMÍNGUEZ<sup>33</sup> señala que en el análisis de las definiciones dadas por la doctrina sobre indicios y presunciones, revela claramente que nos encontramos ante una institución estudiada desde dos diversos puntos de vista». Agrega que en fin es que las conclusiones el estudio del indicio son enteramente aplicables la presunción y viceversa. Expresa que no tiene utilidad práctica considerar a la indicio como auténtico medio de prueba. Concluye expresando que entiende por indicio el hecho base de una presunción, y pro prueba indiciaria la presunción formada en el proceso penal.<sup>34</sup> Deja entrever que el indicio no es aplicable en el proceso civil, sino las presunciones, sobre lo cual observamos que hay una contradicción con su conclusión..

En mi criterio no es satisfactoria la definición que parta de uno solo de sus elementos, ni tampoco la que se contente con describir la operación de construcción inferencial. Decir que es un rastro, una huella, o que es una forma de raciocinio, no completa lo que es el indicio sino que simplemente señala uno de los elementos, para tratar de completarlo con la operación lógica. Creo que las definiciones dadas en verdad son juicios que nos describen la operación de descubrimiento de un hecho desconocido, pero no dan la esencia del concepto indicio.

Conforme a la doctrina tradicional al definir el indicio a partir del hecho indicador debe decirse que de nada sirve la existencia del hecho indicador si el hom-

31. FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *La lógica de las pruebas criminales*, Bogotá, Editorial Temis, 1964, Vol. I, p. 236.

32. MUÑOZ SABATÉ, L. *Técnica Probatoria*, Bogotá: Editorial Temis, 1967, p. 224.

33. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Revista de Derecho Privado-Edersa, 1991, Tomo XVI, vol.2, pp.617-618

34. *Ibidem*, pp. 645-646.

bre no aplica su conocimiento en forma lógica y crítica para relacionarlo con otro hecho. Obviamente, el hecho indicador, por sí solo, puede referirse a muchos hechos. Sólo mediante la abstracción el hombre puede aprehender la relación concreta y biunívoca (en el sentido uno a uno).<sup>35</sup>

Desde el punto de vista conceptual sostendré que el indicio es una evidencia inferencial. Una inferencia es una evaluación que realiza la mente entre proposiciones. En el caso del indicio al conceptualizarlo como evidencia inferencial lo que estamos afirmando es que el hecho concreto conocido (indicador) funciona como evidencia para la hipótesis presuntiva que explica su existencia. Es decir, el indicio en su integralidad es una inferencia.

Entonces, podremos definirlo así: *Indicio es un hecho concreto pensado síntesis de múltiples determinaciones, que por vía del pensamiento determina las relaciones entre hechos, construyendo una explicación de la existencia del hecho conocido develando el hecho desconocido.* En la definición que hemos construido se integran los siguientes aspectos: a) que *indicio es el concreto pensado*, b) *determina las relaciones entre hechos*, y c) *construye una hipótesis o teoría explicativa sobre la existencia del hecho.*

Es pues, un concreto pensado, un hecho cierto que llega a nuestro conocimiento, porque apreciamos su existencia a través de nuestros sentidos (*promis sensibus*) o por medio de otros medios de información y por vía de pensamiento (abstracción) concretamos el hecho desconocido como una reproducción material de la realidad acontecida.

Por vía del pensamiento examinamos sus apuntamientos (señal) para determinar la relación con otro u otros hechos. Estas relaciones las determinamos mediante inferencia apoyados en medios probatorios practicados. Obviamente, en la determinación de las relaciones empleamos las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y el conocimiento científico.

Se construye una explicación de la existencia del hecho conocido por su relación con el hecho desconocido y su pertenencia a la situación de estudio. Se asume en lo concreto como una evidencia inferencial. Esta evidencia inferencial es un concreto pensado, por cuanto es una reproducción mental de la realidad, que nos explica la presencia del hecho o hechos conocidos y el hecho desconocido. La evidencia inferencial indiciaria se conectará con otros medios de prueba para verificar y confirmar, y se valorará conforme a la sana crítica.

---

35. En términos matemáticos: todo elemento del conjunto de partida debe tener una imagen en el conjunto de llegada y además todo elemento de conjunto de partida debe tener una y solo una imagen. La relación biunívoca es cuando a cada elemento de un conjunto le corresponde un (y sólo un) elemento del otro.

## 4. Naturaleza del indicio

Lo primero que hay que expresar que indicio y prueba indiciaria son dos conceptos distintos. El indicio lo asumimos como evidencia inferencial de un hecho objetivo, que no puede reducirse al hecho indicador (huella, marca, rastro, vestigios, residuo, signo o símbolo). Debe dársele una connotación más amplia, pues, por ejemplo, cuando se formula que hay *indicio de capacidad*, se están tomando datos objetivos para revelar que había, por ejemplo, capacidad física o intelectual para realizar el hecho. En este sentido, se toma a la prueba indiciaria como el proceso de construcción indiciaria que permite construir la evidencia inferencial, esto es, al indicio.

En cuanto a la consideración probatoria de la prueba indiciaria existen dos corrientes principales para explicar su naturaleza jurídica: la que sostiene que no son medios de prueba y lo admiten como objeto de prueba y la que considera que es un medio de prueba.<sup>36</sup> Los primeros expresan que se trata de una operación mental, regida por la lógica y afecta por los aspectos psíquicos, todo lo cual conduce que más que prueba es una forma de apreciación del hecho. Los segundos, que está constituido mayoritariamente por la doctrina, argumentan que el hecho indiciario no surge de la nada sino que tiene que probarse, es decir tiene que estar mostrado en la causa, es obvio que no son representativos, ni muestra directamente el hecho desconocido, sino que lo indican; por ello uno de sus elementos es que aporte argumento probatorio. El indicio en ese sentido es el hecho conocido que nos muestra la existencia de otro desconocido.

En mi opinión ha existido una confusión en establecer su naturaleza jurídica, en la cual también incurri.<sup>37</sup> La confusión nace en la ausencia de distinción entre fuente de prueba, medio de prueba y prueba (resultado) para el tratamiento del indicio. DEVIS<sup>38</sup> en su crítica a FLORIAN y a SCHONKE se aproximó al señalar «su error consiste en contemplar el hecho en sí mismo, separado del argumento probatorio que de él obtiene el juez y que constituye su fuerza probatoria, y en confundir la prueba del hecho indicador que es necesaria con el indicio». Considero que lo expuesto por DEVIS es aproximación porque no se examina el indicio en su complejidad, en el sentido de estar formado por varios elementos, y uno de ellos (hecho indicador) en su existencia está relacionado con el hecho desconocido.

36. Cfr. DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo II, pp. 589-592. PARRA QUIJANO, J. *Tratado de Prueba Judicial. Indicios y Presunciones*, ob. cit. pp. 10-12. Vid CORDÓN AGUILAR, Julio César. *La prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*, San Sebastián (España), Editorial Instituto Vasco de Derecho Procesal, pp. 51-56

37. RIVERA MORALES, Rodrigo. *Las pruebas en el derecho venezolano*. Barquisimeto, Editorial Librería J. Rincón, 2009, pp. 365 y ss. En cita que hace el autor CORDÓN AGUILAR, Julio César. *La prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*, ob. cit. p. 51, me ubica entre los autores que defienden que el indicio es un medio de prueba.

38. DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*, ob. cit. tomo II, p. 589.

Ambos son hechos. Uno conocido, que puede ser objeto de prueba, al igual que cualquier otra fuente de prueba<sup>39</sup> y el otro el hecho desconocido (la acción o elemento psíquico) que es develado mediante la inferencia.

Lo primero que hay que examinar es que el indicio tiene un elemento indicador que contiene dato o información, constituyéndose en este sentido en una fuente en sí misma, lo que pudiera hacerse equivalencia al concepto de evidencia. Ahora bien como fuente que contiene información pertinente, si es relevante, debe ser trasladada al proceso. Su traslado se hará mediante un medio probatorio que sea conducente, así, manchas de sangre en la ropa será mediante la pericia y el elemento material (ropa); relación amorosa (*affectio*) mediante testimonio y/o documentos (cartas misivas). Ahora bien, puede ser que no se proponga premeditadamente, pero que surja el hecho indicador en la práctica de algún medio probatorio. Desde esta perspectiva, indudablemente el *hecho indicador* no tiene autonomía para trasladarse al proceso, requiere de un medio probatorio. El hecho indicador constituye fuente de prueba, pero no es medio de prueba.

Otra cosa es que voluntariamente se promuevan unos hechos indicadores y se establezca el razonamiento que determina otro hecho. En este caso se estará presentando un hecho como evidencia inferencial y apreciamos que bajo esa forma es un medio de conocimiento. Este sería un medio de conocimiento lógico y crítico, de carácter indirecto. Véase que en este caso como medio de conocimiento tiene que presentarse completo: el hecho indicador, el razonamiento lógico expresando las máximas de experiencia (*Ehrfahrungssatz*)<sup>40</sup> empleadas y si hay uso de método científico específico, y el hecho develado (desconocido). Aquí estamos en presencia de un medio de conocimiento que prueba, independientemente, de que se haya auxiliado de otros medios para describir con certeza el hecho indicador. Quizá un ejemplo, ilustre mejor el planteamiento: *Se encuentra una prenda manchada de sangre* (mediante pericia se ha determinado que es sangre humana y comparada con sangre de la víctima hay identidad). *Se promueve en proceso esa prenda como hecho que indica que hubo contacto en momento sangrante con la víctima, aplico reglas de la experiencia acerca de que con el contacto hay transferencia y establezco que A estaba presente y en contacto en el momento sangrante de B.* O, en Civil, promovemos experto médico para fijar el hecho de pérdidas ocasionales de memoria de *fulano de tal* y testimonio de... para fijar los hechos de diligencia inusitada en el otorgamiento de documento a favor del beneficiario. Se está promoviendo como medio de conocimiento el indicio en su forma de evidencia

39. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El control de la fiabilidad probatoria*. «Prueba sobre la Prueba» en el Proceso Penal, Valencia: Ediciones Revista General de Derecho. 1999.

40. STEIN, Frederick, *El conocimiento privado del juez*, Bogotá, 2ª edición (reimpresión), Edición Buenos Aires, Editorial Temis, 1999, p. 33.

inferencial. Obviamente, como todo medio será objeto de controversia, y si no es impugnado deberá valorarse conforme a la sana crítica.

En este momento retomo un aspecto indicado en la evolución del uso del indicio señalándolo como *el gesto intelectual más antiguo de la humanidad*.<sup>41</sup> Debe entenderse que ese gesto no se acabó sino que ha ido evolucionando hasta llegar hoy día a un nuevo paradigma epistemológico. En la ciencia ha surgido con fuerza en los últimos 70 años lo que se ha denominado las técnicas indirectas. Por ejemplo, para pesar los isótopos, se requiere una técnica indirecta, y para ello se emplea el *espectroscopio de masa*, instrumento que se puede calificar de indirecto si se compara con la balanza, antigua forma de medición, en la determinación de los pesos atómicos. ¿Qué indico con esta reflexión? Que el hombre al avanzar científicamente se ha encontrado con problemas muy complejos y de gran dimensión (tamaño, distancia, etc.) o pequeña dimensión (micrómetro), y para explicarlos se ha valido de técnicas indirectas con fundamento en la reflexión y un conocimiento discursivo.<sup>42</sup>

Bajo esta visión el indicio en el momento actual del conocimiento hay que conceptualizarlo como parte de esa nueva epistemología discursiva. Es una técnica indirecta<sup>43</sup> para adquirir conocimiento que hoy se apoya en los avances científicos para interpretar y desnudar ciertos hechos. Indudablemente que el indicio es un elemento probatorio complejo y compuesto.<sup>44</sup> Su estructura material requiere un hecho objetivo, debidamente examinado y sustentado en medio probatorio, una actividad racional de descubrimiento y un hecho a develar. Además está integrado por un conjunto de juicios que establecen la conexión entre el hecho conocido y el hecho desconocido, para afirmar una hipótesis explicativa.

Claro está que la explicación no es como en las ciencias empíricas que pueden ser experimentable, sino que se refiere a los hechos en su existencia y relaciones. Es una acción subjetiva, puesto que se trata de comprender cómo sucedie-

41. GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas, indicios*. ob. cit. p. 164, dice «pero detrás de ese paradigma indicial o adivinatorio, se vislumbra el gesto tal vez más antiguo de la historia intelectual del género humano: el del cazador que, tendido, sobre el barro, escudriña los rastros dejados por su presa».

42. Vid BACHELARD, Gastón. *Epistemología*. Barcelona, Editorial Anagrama, 1969, p. 18. Escribe el autor «Las trayectorias que permiten separar los isótopos en el espectroscopio de masa no existen en la naturaleza, hay que producirlos técnicamente. Son teoremas elaborados.»

43. Una cosa es hablar de una *Técnica indirecta de conocimiento* y, otra, referirse a la clasificación conforme a la percepción en medio directo o indirecto. En todo caso aclaramos que con relación a la percepción del juez medio directo solo es la inspección judicial que el realice, pues los otros medios son mediaciones entre él y los hechos. Ahora bien, en cuando a la fuentes como captan el hecho, obviamente directas serán solo las personales (partes o testigos) o técnicas (videos, fotografía, grabadoras, entre otras) que captan el hecho en el momento de producirse, e indirecta aquellas que captan datos circunstanciales o periféricos al hecho principal.

44. RAMÍREZ CARVAJAL, Diana. La prueba en el proceso: *Una aventura intelectual*, Medellín, Editorial Librería Jurídica Sánchez, 2013, p. 63.



ron unos hechos determinados, y sobre esa comprensión-interpretación construir unos juicios. Obviamente, que juzgar conducta humana supone una realidad de la cual el juzgador forma parte de ella, y es indudable que el fenómeno o los hechos examinados lo afectan de alguna manera (por ejemplo: un sicariato nos afecta emocionalmente, una estafa de igual forma), así como también la intervención del investigador produce un sesgo (un termómetro introducido en un líquido para medir su temperatura la altera; la presión sanguínea de un paciente puede aumentar cuando toma consciencia que se la están midiendo), que en cierto sentido es lo que se conoce como el fenómeno de Heisenberg.<sup>45</sup> Por otro lado, el juzgador o Ministerio Público, abogado litigante, nunca pueden despojarse de los valores que lo alimentan, guían, sustentan y dan sentido a su ejercicio profesional.

Debe reconocerse que se trata en el caso concreto de un conocimiento cualitativo que se obtendrá mediante unas reglas probatorias (metodología judicial), que es particular y que en su proceso de adquisición habrá que seleccionar los datos significativos (relevantes) y rechazar los datos no relevantes, los prohibidos por su obtención ilícita y los falsos, realizando una labor de separar (distingue o desarticula) y unir (asociar, identificar), para emitir un juicio. Notoriamente, para obtener los datos y para desarrollar esa labor de separación-unión el conocimiento es inferencial (indirecto).

Así pues, la prueba indiciaria (como resultado) es un elemento probatorio indirecto,<sup>46</sup> de carácter crítico y lógico, de naturaleza procesal. Es un medio de reproducción de la realidad, que parte de un hecho o hechos históricos (marca, rastro, signo, huella, vestigio, símbolo) para reproducir otro hecho histórico. Esta reproducción de la conexión de los hechos históricos y la explicación de la presencia del hecho histórico de punto de partida se formula a través de juicios lógicos, para concluir en una proposición concreta. El concreto pensado, como unidad de pensamiento, nos permite reproducir la realidad argumentativamente. Pero en sí no es una prueba histórica ni representativa del hecho indicado (desconocido), pues carece de las características que son propias a aquellas. Así, pues, el indicio, «no puede ser un medio de prueba resultante de una operación lógica», sino, precisamente, un hecho que a través de un concreto pensado nos permite traer al proceso otro hecho; así como cuando decimos

---

45. CROMBIE, A.C. *Historia de la ciencia*, Madrid, Edita Alianza Editorial, 1974, Tomo 1-2, tomo 1, pp. 108. En realidad se ha denominado como el principio de incertidumbre de Heisenberg. Fundamenta que «La incertidumbre en el sistema es intrínseca y no puede desaparecer nunca».

46. La clasificación de prueba directa e indirecta conforme a la percepción del hecho debe aclararse. Porque si tomamos como directo la impronta o registro del hecho serían solo las pruebas personales (testigos y confesión, en pericia en caso de exámenes de objetos acerca de sus características fenomenológicas), en el resto hay intermediación, si el criterio es con relación a la percepción del juez, indudablemente, que la única directa sería la inspección judicial acerca de los estado o formas de las cosas, en el resto hay intermediación.

que el testigo nos narra unos hechos. Todo esto confirma que el indicio es un medio probatorio de tipo indirecto. El indicio es entonces una actividad cognoscitiva probatoria de carácter inferencial que se sustenta en la realidad material. La prueba indiciaria (resultado, es de carácter procesal).

En el ámbito legal se ha mantenido la confusión y el legislador ha contribuido a mantenerla, además en las pocas regulaciones que ha realizado se ha mostrado temeroso.

En Venezuela el Código Procesal Civil en el artículo 510 dispone que los jueces deban apreciar los indicios que resulten de autos en su conjunto. En la Ley Procesal del Trabajo en el artículo 116 define el indicio como auxilio probatorio y en el artículo da una definición de indicio, ambos ratifican la confusión imperante acerca del indicio, en la Ley Procesal Penal hay un olvido total, a veces lo llaman elementos de convicción.

En Colombia, en la Ley Procesal Civil (Código General del Proceso) en el artículo 165 define claramente que el indicio es un medio de prueba; debe advertirse que en la Ley Procesal Penal hay una omisión total. En Uruguay, en el Código del Proceso Penal se define en el artículo 182.1.<sup>47</sup> En República Dominicana la influencia es fundamentalmente francesa empleando el término presunciones.<sup>48</sup> En Perú, señala Roberto Pérez Prieto que en «el proyecto de reforma Código Procesal Civil, realizado por una Comisión del Ministerio de Justicia presidida por Giovanni Priori, se regulan los indicios y las presunciones casi en el mismo nivel, concretamente en el art. 191». Opina Enrique Letelier Loyola que en Chile que «En la construcción de la presunción judicial, la doctrina comúnmente considera al indicio como el «hecho indicador» o «hecho base», es decir, el hecho conocido o probado a partir del que se presume un hecho desconocido».<sup>49</sup>

En España se trata en la LEC como presunciones. En la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LEcrim) no se regula la prueba de indicios,<sup>50</sup> no obstante

47. Indican Magdalena Prato y María Eugenia González que entre presunciones e indicios hay confusión «Como se aprecia en la reseña realizada, la legislación nacional es escasa en cuanto a la regulación de los indicios y presunciones judiciales, y se presenta como confusa o hasta contradictoria en cuanto a la distinción de ambos conceptos».

48. Expresa José Cruceta que «En la jurisprudencia civil dominicana no se trata los términos indicios y presunción como equivalentes. Usualmente la expresión indicio se utiliza para referirse a la evidencia que sirve de base a una presunción».

49. Enrique Letelier Loyola, relativo a distinguir indicios y presunciones sustenta «A mi juicio no se justifica una distinción clara entre presunciones e indicios, así como tampoco se justifica diferenciar la estructura probatoria entre las llamadas pruebas directas e indirectas».

50. Indica claramente Carlos de Miranda Vásquez que «no hay regulación específica y precisa de los indicios y/o de las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Agrega el Profesor De Miranda que «Por último, podría decirse que en los campos procesales penal y laboral, la expresión «presunción» es extraña. Específicamente en el primero, se maneja exclusivamente el término «indicio» y los demás derivados del mismo ('prueba indiciaria', 'prueba por indicios', etc.).»

existen diversos preceptos que regulan lo relativo a recogida de vestigios, circunstancias e indicios (LECrím: arts. 36, 327,330, 336. En a veces se incluye el término indicio como sinónimo de sospecha. En tal sentido, cabe citar el artículo 384 de la LECrím: «Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada [...]».<sup>51</sup> En la jurisprudencia se ha afirmado la licitud y constitucionalidad de la prueba de indicio (TSJ Sent 30 abril de 2001; TC 175/85, de 17 de diciembre de 1986. BOOE 15-1-89).<sup>52</sup> En Italia se trata como presunciones artículo 2727 «*Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato*. Pudiera entenderse como indicio lo establecido en el artículo 2729 «*Le presunzioni non stabilite dalla legge sono las ciatealla prudenza del giudice, ilquale non deveam mettere che presunzioni gravi, precise e concordanti*». En Alemania, se puede utilizar el indicio, no está prohibido, sin embargo, en la conciencia de la población todavía está firmemente anclada la noción de que una sentencia que se funda «solamente» en pruebas indiciarias es una sentencia sobre pies de barro. En Derecho alemán se habla de la prueba de presunciones, aun cuando el término empleado es el indicio (*Indizienbeweis*).

## 5. La aportación indiciaria en el proceso

Al afirmar que el paradigma indiciario en el proceso judicial es un método de conocimiento probatorio, concurrentemente se está sosteniendo que forma parte de la metodología judicial de conocimiento. En esta perspectiva su ingreso en el proceso está vinculado a toda la actividad probatoria, pues en los diversos medios van a verificarse hechos, bien primarios, bien secundarios.

Tiene que advertirse que el juez siempre va a tener mediación respecto a los hechos debatidos y los va a inferir de las medios de prueba que hayan sido practicados al trasladar al proceso las fuentes de prueba, salvo aquellos hechos que el perciba directamente en caso de inspecciones judiciales. De manera que, por un lado estarán las hipótesis que elaboren los litigantes con base a los hechos indicantes, por otro lado, los hechos indicantes que extraiga el juez de los diversos medios de prueba practicados y de los cuales podrá establecer inferencias indiciarias. Una segunda advertencia es que el indicio en el proceso siempre es contextual, solo se tomarán aquellos que resulten del material probatorio disponible, por supuesto, obtenidos conforme al debido proceso.

51. CORDÓN AGUILAR, Julio César. *La prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2012, p. 54

52. PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2003, pp.23-24.

Es claro que lo primero hay que pensar es que al proceso deben ingresar los hechos indicantes o indicadores, los cuales son elemento básico del indicio. En este sentido, la aportación de los hechos indicantes se puede dar de dos maneras: En primer lugar, mediante el aporte expreso de los litigantes.<sup>53</sup> Esto es, el litigante en sus alegatos formula un conjunto de hechos secundarios (*se entiende por secundario el hecho que no se relaciona directamente con el núcleo del supuesto fáctico normativo —hecho principal—*), o accesorios (*aquellos hechos que concurren con el hecho principal para completarlo, aun cuando no es necesario para que se dé el principal*), o circunstanciales (*son aquellos hechos que están en torno a alguien o algo. En este sentido, las circunstancias están vinculadas al contexto. Es decir, no provenientes de la observación directa de los hechos litigiosos sino de acontecimientos o circunstancias que los rodean*). En este caso razonará la conexión y pertinencia con el hecho principal o los hechos constitutivos. Por ejemplo, en un caso de demanda por menor medida o cabida, alegar que el vendedor fue secretario del condominio de esa urbanización durante varios años, alegar que el pago del condominio era proporcional al metraje de la parcela. El razonamiento que se expondrá que estos hechos indican conocimiento de la medida de la parcela; en caso penal, que el imputado había amenazado a la víctima, que el imputado estuvo averiguando sobre las costumbres de regreso a su casa de la víctima. En realidad por sí mismas son irrelevantes, pero en su articulación se concluye que hubo premeditación.

Los litigantes deben examinar cuidadosamente el caso concreto e ir construyendo una teoría del caso. Examinar los hechos y valorar su potencialidad heurística, siempre concibiendo el hecho como un proceso.<sup>54</sup> Deben procurar identificar y localizar las fuentes de prueba, determinar su potencialidad probatoria, analizar la factibilidad heurística de los hechos y el alcance interpretativo del supuesto fáctico de las normas jurídicas posiblemente aplicables. Con fundamento a su análisis científico podrá establecer una estrategia probatoria. Bajo esa perspectiva debe examinar los hechos en forma dinámica, para localizar los hechos constitutivos, accesorios, periféricos y circunstancias. Determinar el hecho en forma dinámica es identificar el *quis, quid, ubi, quando, quibus auxiliis, cur, quo modo, ad oculus, ad quis* (quién, qué, dónde, cuándo, con qué medios, por qué, de qué modo, a la vista, ante quién).<sup>55</sup> Para ello, se parte de un conjunto de preguntas: ¿cuándo —*quando*—? que es el elemento temporal; ¿dónde —*ubi*—?, que viene a ser el elemento de ubicación; ¿quién —*quis*—?, determina el sujeto activo del hecho; ¿qué —*quid*—?, que hizo como acción atri-

53. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, ob. cit. p.109

54. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, ob. cit. p.109

55. CALVO GONZÁLEZ, José. *El discurso de los hechos*, 2ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 3.

buida; ¿a quién se lo hizo?, sujeto pasivo del hecho; ¿cómo? Las circunstancias de ocurrencia del hecho; ¿con qué medios? determina los medios o instrumentos; ¿con quién? si hay cómplices o colaboradores; ¿Por qué? determina motivos; ¿de qué modo? identifica la acción u omisión en el sentido dinámico. Afirma CALVO, cuestión que compartimos, que *«los hechos han de ser entendidos como un proceso, o mejor aún, como un conjunto de procesos encadenados al flujo de diversos cursos de acción humana»*.<sup>56</sup> Los hechos tienen que mirarse como un curso de acción en el cual se van dando múltiples intersecciones temporo-espacial, que si bien son del pasado en la medida que se tengan datos se puede reconstruir la historia y elaborar una narración de carácter verosímil, persuasiva y argumental, además diseñar la fórmula probática, en la que incluirá los hechos indicantes para una construcción indiciara.

En segundo lugar, mediante los medios probatorios. Esto es, en los medios probatorios practicados aparecen hechos relacionados, directa o indirectamente, con los hechos alegados y con el supuesto fáctico de la pretensión. Por ejemplo, se promueve testigo para acreditar que *Pedro* tiene varios años poseyendo esa finca. En su testimonio el testigo dice *«Pedro en noviembre de 2008 construyó unas cercas de alambre púa con estantillos metálicos»*, este hecho indicante se confirma con *«recibos privados de ferretería que por noviembre de 2008 canceló tantos rollos de alambre púa y canceló tantos estantillos metálicos»*, tiene constancia (documento privado) que indica que se inscribió en la asociación local de productores agropecuarios en noviembre de 2008 y dio la dirección del inmueble en disputa. Articulados estos elementos se tiene un indicio de ejercicio de dominio sobre ese inmueble.

De los medios probatorios brotan muchos datos o informaciones que indican o apuntan hacia algo. BRICHETTI dice que el Juez debe tener siempre presente el precepto de Quintiliano al orador *«buscando todas las cosas, se llega alguna vez a descubrir la verdad allí donde menos se esperaba encontrarla»*. Y agregaba BRICHETTI, *el conocimiento de la verdad se debe alcanzar como resultado de la fatiga en la comprobación de los hechos, sin olvidar la enseñanza de Galileo, según la cual «determinar precisamente todas las particularidades es el verdadero entender de las cosas»*.<sup>57</sup> El juez tiene el deber de exhaustividad que implica el examen de todos los medios probatorios en forma integral determinando los diversos hechos que brotan de ellos, sean constitutivos, accesorios, periféricos o circunstancias.

56. CALVO GONZÁLEZ, José. «Modelo narrativo del juicio de hecho: *Inventio* y *Ratiocinatio*», en obra colectiva *Horizontes de la Filosofía del Derecho*, España, Universidad de Alcalá, 2002, tomo 2, p. 95.

57. BRICHETTI, Giovanni. *La evidencia en el proceso penal*, ob. cit. p. 29.

Afirma MIRANDA<sup>58</sup> que con fundamento en las definiciones formuladas por los tratadistas puede concluirse que la prueba indiciaria no es, por tanto, ni un medio de prueba ni tampoco un elemento probatorio. Se trata, en realidad, de un método probatorio, aunque algunos autores prefieran utilizar el término de procedimiento probatorio. Manifiesta MIRANDA que él prefiere emplear el término método probatorio, «pues es indicativo de que la prueba indiciaria responde a una determinada sistemática y estructura, de cuyo cumplimiento estricto depende su propia validez y eficacia probatoria».

Sobre esta apreciación compartimos el criterio que no es un medio de prueba, ni un elemento probatorio, aun cuando unos de sus elementos es fuente de prueba (hecho indicante). Vamos a sostener que el indicio es un método de conocimiento probatorio.

El método indiciario es una forma de estrategia epistemológica de aprehensión de lo real, que ha empleado el hombre desde tiempos remotos, en el manejo de su experiencia cotidiana. Ese seguir huellas, rastros e inferir *por aquí ha pasado un animal de tal tipo, hace más o menos tanto tiempo*, constituye una forma de abstracción concretizada como conocimiento, producto de experiencia, asociaciones, inducciones y deducciones. Bajo esa perspectiva el indicio se erige en una forma posible de cognoscibilidad de la realidad objetiva, en este caso hechos pasados.

Es una estrategia cognoscitiva nacida de la experiencia directa, pero que posee alcances estrictamente universales, que emplea el ser humano dado que tiene que conocer su realidad para sobrevivir. Obsérvese que algunos autores enseñan acerca de personajes en diferentes partes del mundo, por ejemplo, el caso SongCí, en China por allá en el 1200, sobre quien se especula fue el iniciador de la medicina forense,<sup>59</sup> o Morelli en Italia, Edgar Poe en Estados Unidos.

Así pues, del rescate de los indicios, como fuente también esencial de la generación de conocimiento humano, aplicable en la vida cotidiana y en todos los campos, permite plantear que es un instrumento cognoscitivo que ha sido aplicado en el campo jurídico sin sistematizarlo y comprender su esencia conceptual como medio de conocimiento probatorio.

El indicio como estrategia de conocimiento para llegar a la formación de la evidencia inferencial como concreto pensado, realiza procesos de análisis, sín-

---

58. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. «Prueba Indiciaria y Estándar de Prueba en el Proceso Penal», en Aequitas, Poder Judicial Sinaloa-México. Tomado <http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/>.

59. GARRIDO, Antonio. *El lector de cadáveres*, ob. cit. p. 518.

tesis, comparación, abstracción, generalización y particularización.<sup>60</sup> La generalización que se plantea no es el modo de formular una ley general de comportamiento, sino simplemente que ese hecho es regular en las conductas humanas, de suerte que es una especie de hipótesis presuntiva; en cuanto a la particularización es la proposición que ha ocurrido tal hecho en el caso concreto. Así se ha formado el indicio en el sentido material, como evidencia inferencial, por ejemplo, indicio de presencia.

Ahora bien, el indicio es un instrumento cognoscitivo cualitativo y particular que se va enriqueciendo con la práctica individual, pudiéndose asumir con base a las máximas de experiencia que la tesis de la práctica-práctica conduce a la práctica teórica, explicitándose en la realidad así: el buen juez extrae siempre lecciones generales de cada nuevo caso particular juzgado, así como el médico enriquece su visión general de una enfermedad con cada nuevo paciente individual tratado, mientras que el buen detective afina y perfecciona su conocimiento de los patrones criminales generales con cada nuevo crimen singular que resuelve.

Indudablemente, que este modo de conocimiento de la realidad se fundamenta en dos conocimientos constantes: la lógica y la psicología,<sup>61</sup> en la primera en la aplicación del pensar reflexivo formando identidades, asociaciones, comparaciones, entre otros; en la segunda, determinando las constantes del comportamiento humano y sus manifestaciones. Obviamente, puede fundamentarse en otros conocimientos o campos de ciencia, en especial, en nuestros días, con la prueba científica que permite evaluar una serie de realidades de difícil aprehensión mediante los sentidos.

Este tipo de conocimiento está inscrito en la epistemología reflexiva en cuanto el indicio es una objetivación reflexiva de la realidad particular. Se entiende por epistemología reflexiva aquella que en el marco de una práctica social construye conocimiento sobre una realidad compleja, y que es circular en ella misma y en el sujeto concedor.

Ahora bien, la adquisición de conocimiento se fundamenta en vivencias otorgadas por el mundo de la vida, en la cotidianidad del sujeto; pero son las constantes que se verifican en esas vivencias, en la adecuación y relación sujeto — objeto— sujeto, en la validez de los conceptos que surjan de dicha adecuación, y en la posibilidad de predecir o interpretar acciones estableciendo causas o

---

60. Magdalena Prato y María Eugenia González señalan que «es que el indicio es un conocimiento inicial, un punto de partida y de apoyo para lograr un nuevo conocimiento; se encuentra en el punto de partida de un proceso de conocimiento, es algo, pues, que se toma en cuenta para pensar e ir más allá del mismo pero con él».

61. MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Curso de probática judicial*, Madrid, Editorial La ley, 2009, p. 26.

comprensiones de hechos. En realidad es un conocimiento surgido de una práctica reflexiva y sistematizada, que no se aprende con reglas pre-existentes, sino en contacto con la realidad misma, entrando en juego elementos imponderables de intuición.

Hoy, día con el gran avance científico, tecnológico y técnico los hechos indicadores que para su evaluación requiere la aplicación de conocimientos especiales de ciencia o técnica, vendrán en el dictamen pericial.<sup>62</sup> No sólo el hecho indicador, sino incluso la determinación de la relación causal entre aquel y el hecho desconocido, o determinación del hecho desconocido como efecto de un hecho o circunstancia determinada (por ejemplo: corrosión del hierro por la humedad).

## 6. Una metodología en el razonamiento indiciario

Indudablemente que para el razonamiento indiciario en el proceso hay dos problemas que se plantean: ¿Quién y cómo se escogen los indicios y las máximas de experiencia a aplicar? No obstante, antes de ello se plantean las complicaciones que plantea la validez de la inferencia indiciaria, partiendo de la idea que una de las premisas es un hecho observado (hecho indicador o indicante). Lo cual gira en torno a la siguiente pregunta *¿cuál es la justificación de las inferencias a través de las cuales una cosa indica la existencia de otra cosa?*

Ofrecer una solución a dicho problema supone encontrar criterios se pueda establecer el grado de seguridad con que se establece tal inferencia. Obviamente a su alrededor se plantean diversos problemas epistemológicos, por ejemplo, que es un hecho probado, que es una prueba empírica, que es una percepción creíble.

En el campo probatorio (cualquiera sea la ciencia) el núcleo de la epistemología empírica gira en torno al *problema de la evidencia*.<sup>63</sup> A su alrededor gravitan diversidad de problemas, entre ellos tenemos: 1) Establecer criterios para determinar en qué momento algo cuenta como una «cosa observada o percibida». Esto es que esa percepción sea confiable. Obviamente la confiabilidad de la inferencia a partir de algo percibido depende de la confiabilidad de esa percepción, 2) Establecer en qué sentido una cosa percibida *indica* otra cosa, es decir con qué grado de seguridad una cosa observada o percibida indica la existencia de otra. Se trata de formular teóricamente como se alcanza ese grado de seguridad, y 3) La tercera cuestión radica en determinar la expresión la

62. GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas*, ob. cit. p. 31.

63. GUILLAUMIN, Godfrey. *El surgimiento de la noción de evidencia*. México: UNAM, 2005, p.18



*existencia de otra cosa*, con qué seguridad la cosa inferida es la indicada, ya que ella no es algo que se observa directamente.

Es claro que para el razonamiento indiciario hay que tener dilucidado las nociones de evidencia observacional (hecho probado), conocimiento probable o evidencia probable o inductiva y evidencia probatoria. Específicamente en el indicio aparece el concepto de *signo*. Este concepto es fundamental en la epistemología reflexiva en el ámbito probatorio, pues ello implica resolver las dificultades anotadas: establecer criterios respecto a los que es una percepción adecuada (observación confiable). El determinar el grado de fuerza de la inferencia y desarrollar consistentemente una idea de prueba indiciaria (empírica). Obviamente, el indicio debe estar apoyado en evidencia observacional y probatoria disponible.

Ahora bien, indudablemente, que el razonamiento inferencial, el análisis y la valoración de la prueba, la formación de juicios sobre lo que ha acaecido en el pasado o qué es viable que suceda en el futuro, son ineludibles para afrontar los problemas del acontecer cotidiano. Son habilidades humanas básicas que forman parte del ordenamiento práctico.<sup>64</sup> Dice SCHUM<sup>65</sup> que todos los seres humanos cada día hacen inferencias a partir de las pruebas que disponen. No obstante, para la aplicación en un campo específico del conocimiento la observación de un objeto o la identificación de fenómenos y/o su conceptualización y relación, requiere de un trasfondo de información adecuada. Obviamente, es posible la aprehensión observacional del *hecho brutus*, pero será narrado conforme el nivel de información cultural que tenga el sujeto que percibió.

Para la eficacia del indicio en el proceso debe haberse construido un razonamiento que conduzca de la probabilidad a la certeza moral. Para esta construcción debe partirse que el hecho indicador o indicante sea cierto, seguro y genuino. Debe estar claramente comprobado, lo que supone una valoración racional de los elementos probatorios que lo sustentan. La pluralidad no basta, puede haber falsificación,<sup>66</sup> debe examinarse cada uno, convergentes y divergentes, en forma integral con todos los medios de prueba.

Objetivamente la desintegración o separación del concepto indicio en elementos no es más que a efectos metodológicos y expositivos. El indicio es un concepto, esto es, una unidad cognitiva de significado. Lo definimos como un concreto pensado desde la epistemología, por tanto funciona como una uni-

64. ANDERSON, T., SCHUM, D., Y TWINING, W. *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 13.

65. SCHUM, D. *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*. Bogotá. Orión Vargas, 2016, p. XI

66. LEÓN DEL AMO, *Crítica valorativa de los indicios*. En QUICENO ALVAREZ, Fernando, *Indicios y Presunciones*, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá, 2002, p. 565-566.

dad conceptual cognitiva integral. Pensamos que el término más adecuado para referirnos a los distintos elementos que integran el indicio es el de estructura del indicio. Bajo ese término indicamos que se trata de una unidad conceptual integral. Cuando hacemos esta reflexión al dar ese concepto compuesto, en verdad estamos señalando que hay imposibilidad de división o separación como concepto pero que él es una expresión de conocimiento total de una realidad determinada. Indudablemente, como hecho concreto posee elementos singulares, cualitativos.

A los efectos apuntados se pueden distinguir en la estructura indiciaria. El hecho indicador, la operación inferencial y el hecho desconocido.

La prueba indiciaria supone un pensamiento complejo en el que se persigue la reconstrucción de un hecho concreto, ascendiendo de ciertos hechos indicadores a hechos que se hacen más o menos probables a medida que avanza el proceso de recolección y articulación de los hechos y de formulación de conclusiones basados racionalmente en tales elementos probatorios. Debe tenerse presente que el examen que se realiza en el caso concreto judicial siempre es cualitativo. Obviamente, en ese manejo deben estar presentes las reglas de la lógica, la aplicación correcta de las máximas de experiencia y el auxilio del método científico adecuado correspondiente al campo de la ciencia que se aplica.

Debe develarse la conexión o nexo entre el hecho indicador y el hecho desconocido, pero ello pasa, en caso de contingentes, por establecer la articulación entre ellos y su conexión con el hecho desconocido. En caso que el hecho indicador sea necesario debe definirse claramente el sustento de esa necesidad. Evidentemente, en el razonamiento para arribar a la conclusión (hecho desconocido) debe emplearse el método deductivo o inductivo, lo que supone disponer de una regla (norma) la cual está representada, por lo general, por una máxima de experiencia empírica.

Normalmente, en la inferencia indiciaria la norma que sirve de premisa mayor del silogismo, no es siempre una ley científica aceptada y validada, y de un carácter necesario, sino que es facilitada por la experiencia, como algo de sentido común y de carácter contingente.<sup>67</sup>

Los recursos más usuales para realizar la práctica reflexiva son los métodos cualitativos, y uno de los principales instrumentos es la observación. En el paradigma indiciario el instrumento fundamental de aprehensión es la observación reflexiva. Se parte por identificar con precisión el hecho indicante y a tra-

---

67. DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoría de la prueba*, Bogotá. Editorial Temis, 1997, p. 57.

vés de su señalamiento se aplican las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y el método científico específico, entendiendo que el conocimiento siempre es autorreferencial en tanto que nuestras ideas remiten a coordenadas simbólicas de tipo socio-histórico, que a su vez son consubstanciales a todo acto cognoscitivo, por ello, es fundamental la lógica y la psicología en el análisis de la conducta humana.

Así pues, que en el conocimiento indiciario se trata, mediante la abducción reducir la complejidad del ambiente a través de una hipótesis presuntiva y de allí que se considere que la mejor explicación siempre sea aquella que con menos contra-fácticos nos comprometa.

Vamos indicar que conocimiento probatorio obtenido por la aplicación indiciaria se valida por los grados de confirmación de los hechos mediante la valoración de la calidad epistemológica de los medios probatorios que los aportan, por ello, una de las exigencias en la valoración es la pluralidad y la convergencia. El carácter parcial o gradual de la conexión lógica que se establece entre el contenido proposicional de los medios de prueba y la hipótesis en cuestión, deriva del hecho de que los eslabones que unen a las cadenas inferenciales que se construyen al considerar los contenidos de los medios de prueba, están constituidos por criterios o reglas de inferencia que son, en mayor o menor medida, falibles o derrotables. Se trata de las denominadas generalizaciones empíricas. De estos elementos, FERRER<sup>68</sup> dice que «son la garantía de la inferencia que va de un hecho a otro y otorgarán mayor o menor fuerza a la inferencia en función del grado de corroboración que las propias generalizaciones tengan». Estas pueden ser de muchos tipos e integran lo que los juristas suelen denominar «*máximas de experiencia*», que incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas, o simples generalizaciones del sentido común. El grado de corroboración de las generalizaciones utilizadas en el razonamiento probatorio puede ser o no, objeto de discusión en el proceso.

Es evidente, que en la estrategia cognoscitiva indiciaria el resultado es de probabilidad. Debe señalarse que se trata de una probabilidad lógica en el sentido de que el conocimiento adquirido «resulta de la conexión lógica entre la prueba y la hipótesis sobre el hecho; esa conexión determina el apoyo inferencial sobre la base de la prueba convergente».<sup>69</sup> Así, en la medida que del material probatorio disponible se puedan fijar más hechos convergentes mayor será el grado de probabilidad de la inferencia. Claro está, que siempre será necesario disponer de elementos de juicio particulares sobre el hecho individual que

---

68. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoración Racional de la prueba*, Madrid, Editorial Marcial Pons, Pp. 107-108.

69. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 226.

acrediten la verdad de la inferencia,<sup>70</sup> independientemente de las generalizaciones extraídas de la experiencia común.<sup>71</sup>

Así en nuestra concepción el indicio como modo de conocimiento probatorio se aplica en el proceso, desde la actividad probatoria hasta la decisión judicial. Es obvio, que el indicio es la herramienta fundamental para la fijación de hechos probados, los cuales constituirán el sustento de la decisión judicial. Obviamente, mediante el resultado de ese conocimiento es la evidencia inferencial como concreto pensado, y que es el indicio prueba (resultado) en el sentido material.

Bajo esta perspectiva de ser el indicio medio conocimiento de prueba debe distinguirse de los demás medios y de conceptos afines.<sup>72</sup> En especial, con aquellos que se ha mantenido confusión o empleo como conceptos equivalentes, tales como: las presunciones, la conjetura y los medios imperfectos, o que ha estado asociado a otros conceptos como la presunción y evidencia. Modernamente se ha tratado de separarlo y darle su autonomía conceptual.<sup>73</sup>

Indudablemente que hay que distinguir entre el indicio y la prueba indiciaria. El indicio versa sobre el hecho, o sobre el agente causante de la impronta, La prueba indiciaria consiste en una actividad cognoscitiva probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta. Bajo esta visión tenemos que reconocer al razonamiento de la prueba indiciaria como una forma de adquirir conocimiento, específicamente de desarrollar en la práctica (procesal) un saber conjetural entendido como desciframiento de diversas clases de signos, desde los síntomas hasta la escritura. Bajo esta faceta tiene que irse desarrollando una metodología para el conocimiento indiciario que efectivamente brinde la garantía que el conocimiento adquirido (conclusiones en el caso concreto) es fiable.

El manejo inadecuado del razonamiento indiciario genera que la prueba indiciaria se constituya un cajón de sastre (el espacio para todo lo que no encuentra su espacio) donde se colocan retazos de múltiples hechos y presunciones para construir una versión a gusto de quien la requiere. Debe haber la determi-

70. Ferrer Beltrán, Jordi. Valoración Racional de la prueba, ob. cit. p. 108

71. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. ob. cit. p. 27.

72. En España opina el Profesor Carlos de Miranda V que «De forma mayoritaria, la doctrina científica, con el prof. Muñoz Sabaté al frente, los distingue netamente. Según esta postura, el indicio es un elemento constitutivo, bien que capital, de la presunción, considerada como argumento o inferencia. En la jurisprudencia, en cambio, se aprecia con frecuencia —que no siempre— cierta confusión entre los conceptos, en el sentido de equipararlos como si se tratase de términos sinónimos».

73. Vid sobre este aspecto DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*, ob. cit. Tomo II, p. 599.

nación y justificación de conexión en cada caso. El simplismo estropea la prueba y, por consiguiente, aniquila su valor probatorio, o también funda la arbitrariedad.

El razonamiento indiciario, necesariamente tiene que partir, del análisis exploratorio de los datos, que se enfoca en sugerir estrategias para una búsqueda posterior, contribuye al entendimiento conceptual y cualitativo de los fenómenos. Su mayor preocupación no es «qué tanto», sino «qué» y «cómo».<sup>74</sup>

Veamos una exploración de datos en la novela «A sangre Fría»:<sup>75</sup>

– *Mira eso, Wendle.*

*Lo que señalaba era una pisada sanguinolenta. Sobre la caja del colchón. La pisada de una media suela de zapato con dos círculos: dos agujeros en el centro, como un par de ojos (marca Cat 'sPaw, p. 113). ... Hay que proseguir hasta que conozcamos a los Clutter mejor de lo que ellos mismos llegaron a conocerse. Hasta que veamos un punto de contacto entre lo que encontramos aquella mañana de domingo y algo que sucedió quizá cinco años atrás. La conexión. Tiene que haber una. Tiene que haberla.*

Se trata de encontrar los datos (hechos indicadores) en el caso, bien en la investigación del caso, ya el caso desarrollado con la práctica probatoria en el proceso judicial. Un hecho indicador es un detalle, la estructura, una totalidad. Sabemos que las inmediaciones indiciales o semióticas tienen particularidad por los aspectos cualitativos, el caso, el hecho singular. Es indudable que los hechos de un caso son particulares, pero con base a la experiencia social es posible identificar una conducta, una anormalidad o normalidad. Ahora bien, ¿qué podemos hacer con esa prueba indiciaria escurridiza, incompleta y difícilmente manejable sin riesgo de arbitrariedad? ¿Cómo ese razonamiento indiciario puede convertirse en verdadera prueba? Me temo que esas preguntas son fundamentales. Afirmamos que sólo a través de una validación del conocimiento obtenido empleando la valoración racional de la prueba disponible y la expresión razonada como se alcanzó el descubrimiento y porque se seleccionó la hipótesis conclusiva. Es decir, validar un conocimiento que implica un recorrido que viene de la experiencia y transita hacia la verdad. Consecuentemente es una particular actividad cognoscitiva que busca la explicación de un fenómeno sorprendente y particular a través de la lógica reflexiva conforme la experiencia social y sentido común.

74. YU, Chong Ho: ¿Deducción? ¿Inducción? ¿Hay una lógica del análisis exploratorio de datos? Ponencia presentada al *Annual Meeting of American Educational Research Association*. New Orleans, Louisiana, Abril 1994.

75. CAPOTE, Truman. *A sangre fría*, Barcelona, Editorial Bruguera, 1980, p. 91.

Argumenta FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>76</sup> que toda prueba indirecta, sea presunción o indicio, presenta la forma lógica del raciocinio, siempre en ellas está presente la operación mental aplicando los métodos dialéctico, inductivo-deductivo. Agrega el autor citado que el raciocinio de la presunción va de lo conocido a lo desconocido, con el auxilio del principio de la identidad; el raciocinio del indicio, por el contrario, va de lo conocido a lo desconocido, a la luz del principio de causalidad. Afirma, también, que para conocer la fuerza probatoria del indicio es menester averiguar cuál es la fuerza de la relación lógica que establece el vínculo entre el hecho conocido y el hecho desconocido.<sup>77</sup>

Indudablemente, que determinar el vínculo que une a los hechos indicadores y el hecho desconocido muestra el carácter objetivo de la conclusión. Por ello, en el razonamiento indiciario, al igual que todo proceso reflexivo, se debe aplicar cuidadosamente las reglas del método lógico, las máximas de experiencia, el sentido común y la valoración científica correcta para asegurar la corrección de los razonamientos.

Hay que tener en cuenta que la metodología de conocimiento judicial es la actividad probatoria, y es necesario validar el conocimiento obtenido en esa práctica. Tampoco hay que olvidar que el conocimiento obtenido en el proceso judicial es de tipo cualitativo. En el razonamiento indiciario (el litigante o el juez) deben entender que el análisis debe ser dinámico, en el sentido de que la condición más decisiva para que sea válido, es que *cada* hecho (problema) se refiera continuo y sistemáticamente al estado del caso considerado como un todo. Así específicamente en el razonamiento para la determinación del hecho desconocido y fijarlo como hecho probado debe tener *validez interna y externa*.

La *validez interna* está relacionada específicamente con el establecimiento o búsqueda de una relación *causal* o *explicativa*; es decir, si el evento *x* lleva al evento *y*, o que el evento *y* aparece porque ha sucedido tal evento; excluyendo la posibilidad de que sea causado por el evento *z*. La *validez externa* trata de verificar si los resultados de la actividad probatoria (hechos fijados) pueden ser subsumidos en la hipótesis fáctica *general-abstracta* de la norma que se selecciona para aplicarla. La conclusión en el razonamiento indiciario tendrá un alto nivel de «*validez*» en la medida en que sus resultados *repro-*

76. FRAMARINO DEI MALATESTA, N. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ob. cit. Vol. I, p. 236.

77. *Ibidem*, pp. 240-241. En el indicio, la cosa que se presenta como conocida es siempre distinta de la cosa que se quiere hacer conocer. Ahora bien, una cosa conocida no puede probar una cosa desconocida diferente, sino en cuanto se nos presente como causa o como efecto de ésta, ya que entre cosas distintas, como lo hemos demostrado, solo la relación de causalidad puede conducirnos de la una a la otra. La cosa conocida que, en cuanto sirve para indicar la desconocida, puede llamarse también indicadora puede consistir, ya en un hecho interno de la conciencia, ya en un hecho externo del mundo.

*duzcan o reflejen* una imagen lo más completa posible, clara y representativa de la realidad o situación del caso concreto.

Bajo esta perspectiva, en el razonamiento indiciario proponemos un modelo de análisis de correspondencia. Reflexionamos que el hecho conocido da un argumento probatorio que permite mediante una operación lógica (no de lógica formal, sino de lógica dialéctica)<sup>78</sup> registrar la relación de correspondencia entre él y el hecho que se pretende probar. En el razonamiento para la construcción indiciaria debe darse la correspondencia indiciaria que permita reproducir conceptualmente la realidad. Entendemos por correspondencia —reproducción— el sentido que un modelo, cualquiera que sea, puede representar a un fenómeno o evento con todas sus determinaciones, que pueda verse como un reflejo de la representada. Así se hablaría de una correspondencia entre la realidad y el hecho develado, es decir, el hecho desconocido develado corresponde a la realidad. *Esa relación de correspondencia debe satisfacer las sub-relaciones de pertenencia, complementariedad, articulación y composición.*

La relación entre el hecho indicador y el hecho indicado no debe ser sometida exclusivamente a la relación causa-efecto, en esto diferimos de la doctrina tradicional, pues puede existir otro tipo de relaciones entre los hechos. El nexo de causalidad, si no es determinístico, no es suficientemente significativo por sí solo en el proceso indiciario para la construcción de un hecho desconocido. La relación de causalidad es necesaria, pero no suficiente. Hay hechos que no son suficientes para producir un hecho, pero pueden ser concurrentes para la concreción de un hecho, es lo que puede llamarse causalidad concurrente; puede ocurrir, también, que haya pluralidad causal o pudiera ser la denominada causalidad aparente. Además, los casos no pueden reducirse a una relación causa-efecto. Por ejemplo, en un documento puede aparecer el hecho «*precio irrito*» que no indica que sea causa o efecto de negocio fraudulento o evasión. Es claro, que en el campo jurídico el razonamiento no es en función teórica, sino en función práctica, pues, de lo que se trata es de identificar relaciones entre dos hechos individualizados. Esto es, esta acción o hecho produjo este resultado o hecho, o la conducta siguió este curso. En nuestro criterio la relación causal es una de las relaciones entre hechos, pero entre ellos pueden existir otras relaciones no necesariamente de causalidad, por ejemplo de correspondencia biunívoca.

---

78. Entendemos por método dialéctico como el examen crítico de los hechos confrontándolos entre su afirmación y negación y determinando cual tiene mayor grado de confirmación. Por ejemplo, se asume la tesis manchas de sangre en la ropa significa que hubo ataque violento, se contrapone la antítesis que las manchas de sangre están impresas por simple casualidad, pasaba y fue salpicado. El análisis crítico de estas formas en su manifestación y esencia dará una conclusión.

En razón de lo expuesto es que formulamos que en el razonamiento indiciario debe instituirse un examen de relaciones más amplia entre los hechos indicadores, por ello sugerimos que debe construirse un modelo concreto *de relaciones de correspondencia indiciaria*.

### Leyes o reglas de correspondencia

Ley de pertenencia

Ley de articulación

Hechos indicantes

Hechos indicados

Ley de complementariedad

Ley de composición

Asumiremos de una forma coloquial que la correspondencia es como una ley del orden: Un lugar para cada cosa y cada cosa en su lugar. Cuando se refiere a hechos determina el correspondiente tiempo, espacio, función y límites entre las distribuciones en el caso examinado. Formulemos un pequeño ejemplo: Si tenemos una serie de objetos, como un conjunto de cerraduras *pintadas* y de llaves *pintadas*, y diferenciamos por un lado *las cerraduras pintadas* y por otro *las llaves pintadas*, y asociamos a cada cerradura con la llave del mismo color que calza para abrir la cerradura, tenemos una relación de pintura y calzar entre *cada cerradura* y *cada llave* que tenga el mismo color.

Se tiene diversos tipos de correspondencia, entre la ellas la biunívoca. En este caso cada elemento del conjunto origen se corresponde con solo un elemento del conjunto imagen, y cada elemento del conjunto imagen se corresponde con solo un elemento del conjunto origen. Pero puede resultar que en un caso que se examina haya los tipos: unívocas, no unívocas y unívocas no biunívocas. Indudablemente que en un caso concreto pueden presentar diversos orígenes de los hechos, pero están relacionados con el hecho nuclear. Expresamos que un sistema de correspondencia proporciona una gran fuerza explicativa al caso concreto, siempre que se apliquen correctamente las reglas de la lógica y las máximas de experiencia.

Diremos que hay una relación de correspondencia cuando en forma sistemática se puede representar o reproducir el hecho, bien por vía de abstracción en un concreto pensado o bien en el hallazgo físico. En la relación de correspondencia indiciaria señalamos deben examinarse cuatro tipos de relaciones: *pertenencia*, *articulación*, *complementariedad* y *composición*. Asumimos esta estructuración en virtud de que en los casos concretos judiciales hay la acción del hombre de manera que hay que determinar las relaciones entre los hechos de



diverso origen. El sistema que propongo es justamente la aplicación de diversas leyes que posibilitan correspondiente tiempo, espacio, función y límites entre las distribuciones en el caso examinado.

Es preciso advertir que por lo general el hecho indicador tiene la característica de ser disipado, en el sentido que no es el mismo hecho que apunta sino que está conectado con él. Por otra parte, el indicio en sí mismo no da certeza sino probabilidad. Por ello, consideramos que dentro de un análisis racional indiciario su construcción debe ser científicamente sólida, mediante un sistema de verificación de relaciones.

Partiremos por señalar que *la pertenencia* se refiere a la inclusión en el caso de un hecho determinado. Es exigido que los hechos indicadores para que tengan eficacia deban estar acreditados. De manera que si se obtuvo un arma y hay una víctima, solo podrá decirse que esa arma pertenece al caso, si y solo sí, se comprueba su relación. Obviamente, los resultados de la determinación de la relación (calibre de la bala, ranuras o estrías en la bala, entre otros, nos dan la probabilidad, la cual será mayor o menor según los grados de confirmación). En este ejemplo dada la acreditación practicada sobre el arma se dirá que el *hecho arma* pertenece el caso concreto.

En cuanto a la *articulación* se trata de determinar la unión de distintos elementos que forman un conjunto, de manera que pueda establecerse el enlace, unión y orden de hechos que conforman una realidad. Es claro que cada elemento debe tener relación de pertenencia con el todo.

Referente a la *complementariedad* los hechos se completan mutuamente en la realidad del caso concreto, es decir, los hechos entre sí se añaden para completar o mejorar una hipótesis.

Y, finalmente, la *composición*, palabra que viene del latín, que significa la acción y efecto de componer (juntar varias cosas y colocarlas en orden para formar una; constituir algo). Se trata de elaborar las evidencia inferencial indiciaria desde el punto de vista fáctico-argumentativo, conlleva a la comprobación de información referente a un mismo fenómeno obtenida en diferentes fases de la investigación de fáctica. Se trata de triangular los hechos con el proceso de verificación de resultados, y con la contrastación en las diferentes fuentes disponibles. En últimas es la forma en la que se ordenan los hechos vistos dentro del encuadre o explicación del caso. La composición tiene que demostrar consistencia formal interna, esto es, que no presente contradicciones, y consistencia externa con otra teoría no contradictoria del mismo campo o de campos adyacentes en cuanto a los hechos que se explican.

Así las cosas, teniendo disponibles un conjunto de hechos indicadores contingentes se tratará de examinar si hay correspondencia entre ellos, en el sentido de que entre los hechos se verifiquen las relaciones que la conforman. Esto es, que los hechos indicadores puedan ser incluidos en el mismo entorno de existencia del hecho desconocido por su relación individual, en el sentido de la pertenencia; que se articulen los diferentes hechos de manera que sea posible el movimiento entre ellas en forma particular; que entre ellos haya complementariedad en cuanto que uno y otro se totalicen entre sí, es decir, constituyéndose en complemento uno de otro, y que en la determinación de esas relaciones se pueda establecer una composición mental de conexión entre el hecho indicador con el hecho desconocido, esto es que a cada hecho indicador le corresponde el mismo hecho desconocido dentro de ese escenario. Se trata de que en la aplicación del método de correspondencia haya coherencia entre los distintos hechos, y que éstos se apoyen y complementarse mutuamente. En la composición se trata de explicar cómo los hechos indicadores tomados en cuenta en el análisis se proyectan hacia otro hecho desconocido dentro de esa escena investigada.

Por supuesto, que el poder indicativo descansa, básicamente, en la experiencia social, bien sea por la práctica empírica o científica, expresado en conocimientos técnicos o científicos, en máximas de experiencia. En las ciencias *histórico-hermenéuticas* (ciencias interpretativas) producen el conocimiento *interactivo* que subyace en la vida de cada ser humano y de la comunidad de que forma parte, en especial lo que es normal o anormal en la conducta humana.

Por eso frente al hecho indicador el litigante y el juez, teniendo certeza de la existencia probatoria del hecho, debería aplicarle a él el raciocinio lógico y las reglas del método científico y de experiencia para obtener una conclusión, dentro del contexto de la relación de correspondencia que se propone. Dice GRANDA<sup>79</sup> que en realidad, la prueba indiciaria está muy cerca de aquello que los procesalistas clásicos llamaban *la sana crítica*.

El hecho desconocido obtenido por ese procedimiento, como se trata de una inferencia subjetiva, dará un grado de probabilidad. Si tenemos un conjunto de hechos relacionados que muestren probabilidad, evidentemente, se incrementa la probabilidad. De manera, que cuando la probabilidad se cierra se llega a la certeza, si se amplía apenas será verosímil y se aleja de la certeza. Con esto no afirmamos que la certeza se obtenga por la mayor probabilidad, sino que es un elemento que nos permite acercarnos a ella. Debe advertirse que el hecho indicador debe estar plenamente probado y que el hecho desconocido surja incon-

---

79. GRANDA, Fernando de Trazegnies Granda. «Teoría de la prueba indiciaria», tomado de <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.htm>.

trastablemente con certeza ante el juez, éste no podrá declarar probado el hecho, porque de los indicios resulte probable y haya lugar a la duda, de ninguna manera, tiene que tener certeza de ese hecho y fuera de toda duda razonable.

Examínese este ejemplo: alrededor de una próspera ciudad, en donde una hectárea de tierra urbanizable vale 4 millones de dólares, nos encontramos que un lote de terreno de 20 has., ha sido vendido a un familiar, según consta en documento por un precio de 6 millones en total, en el lote de terreno hay aviso que para negocio de venta indica el teléfono del vendedor; a primera vista el hecho que salta es *precio írrito* que puede estar indicando *fraude o simulación* y si lo conectamos con familiar y la circunstancia que la referencia de dominio sobre el inmueble apunta al vendedor, podremos develar lo *oculto* en ese negocio jurídico, que puede ser, por ejemplo, una donación disfrazada para evadir el fisco. Tenemos que hay los siguientes elementos disponibles: *affectio* entre los contratantes probado con documentos, *pretium vilis* probado con pericia valuadora e informe catastral, y *retentio possessionis* probado con fotografía del aviso, inspección judicial e informe telefónica. Con ellos elaboramos una explicación del caso. Entonces, podría decirse que la argumentación indiciaria es la composición narrativa o argumentativa de la relación entre cualquier hecho material o humano, físico o psíquico, del cual se deriva un argumento probatorio que nos revela una relación causal con otro hecho.

La inferencia lógica en la construcción racional del indicio es un proceso u operación mental que tiene como fin buscar la conexión entre el hecho indicante y el hecho indicado.

En la práctica del razonamiento válido existen diversos modos de inferencia. Esto es, alcanzar una conclusión verdadera a partir de unas premisas. Estas formas son: deducción, inducción y abducción. Es evidente que en el curso de la aplicación del método, cualquiera sea, debe tenerse presente el uso correcto de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y el método científico del campo de la ciencia que sirva de auxilio.

En especial, atendiendo a *la lógica* en ella hay principios de respeto absoluto en el razonamiento correcto, esto es, reglas del buen pensar, como son: el Principio de Identidad, Principio de Contradicción, Principio de Exclusión del término medio (o Principio del medio excluido o Principio del tercero excluido o Principio del Tercer término excluido) y Principio de Razón Suficiente.

Con relación a las *máximas de experiencia* debe precisarse que si lo tomamos como el *stock of knowledge* (acervo de conocimientos) que se aplican a una determinada situación. En parte, el saber experiencial se apoyará en una vivencia colectiva de todo pueblo o de comunidades menores, que tanto en el ope-

rante como en muchas otras personas, se habrá condensado en determinados conocimientos. No deben confundirse con las reglas de la lógica ni con las reglas de la argumentación racional, sino al conocimiento adquirido por la experiencia individual o social, que permiten hacer generalizaciones. Por medio de una sistemática y repetida observación de los sucesos sociales (conductas humanas) por la repetición uniforme de ciertos acontecimientos, el hombre por medio de algunos supuestos básicos puede considerar que un fenómeno, actitud o hecho se puede exteriorizar de determinada manera; por lo tanto es posible aseverar que se ha obtenido una máxima de experiencia absoluta o de probable validez. En consecuencia, ésta máxima o regla de la experiencia deben encontrarse fundada en las leyes científicas, las deducciones en los principios lógicos y la analogía<sup>80</sup>.

En todo caso hay que tener presente que las generalizaciones de las máximas de experiencia no tienen el mismo rango de validez. Así, hay generalizaciones válidas que parten de máximas de experiencia fundamentadas en conocimiento científico confirmado; y hay máximas de experiencia de carácter general sobre la base de una consideración o criterio social de comportamiento general, pero carecen de cualquier tipo de confirmación científica<sup>81</sup>.

En cuanto al método científico debe entenderse como la forma de producir conocimiento en forma sistemática. Cuando nos referimos a que en la inferencia debe tenerse en cuenta el método científico de la ciencia aplicada se trata de que en el caso concreto puede aplicarse auxiliarmente alguna ciencia, en cuyo caso debe examinarse si los métodos, técnicas y procedimientos son los adecuados y cumplen con las condiciones de reproducibilidad (es decir, la capacidad de repetir un determinado experimento, en cualquier lugar y por cualquier persona) y refutabilidad (la posibilidad de ser refutada o de demostrarse su falsedad).

En cuanto a los modos de inferencia, iniciaremos con la deducción. *La deducción* en la práctica no es más que la aplicación de una regla a un caso para establecer un resultado. Es claro que para que la conclusión sea verdadera deben ser verdaderas las premisas y correctamente interpretadas. Como es obvio, no todas las formas de razonamiento son reducibles a una deducción ni, por lo tanto, pueden expresarse con un silogismo de ese tipo<sup>82</sup>.

80. Afirma Carlos de Miranda V que «Entre el indicio y la conclusión del razonamiento —hecho presunto— debe mediar una máxima de experiencia —ajurídica, por supuesto—, cuya obtención es cometido del juzgador, confiándose a su propio conocimiento sobre el mundo y su funcionamiento».

81. TARUFFO, Michele. «Consideraciones sobre las reglas de la experiencia», en Memorias del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Universidad Libre-ICDP, 2008, pp.170-174.

82. BARRENA, Sara y NUBIOLA, Jaime. *Charles S. Pierce (1839-1914): Un pensador para el siglo XXI*. Pamplona, Editorial Eunsa, 2013, p. 54.

Con *la inducción* se construye una inferencia de una regla general o norma a partir de un caso y un resultado, siendo como una inversión del razonamiento deductivo. Parte de los hechos. En todo caso para llegar a una norma general se hace una extrapolación.

Así las cosas el razonamiento deductivo es analítico o explicativo, en cuanto que la conclusión no añade nada a lo que ya está en las premisas. En cambio en el razonamiento inductivo es sintético o ampliativo, pues lo que dice en la conclusión no estaba previamente en las premisas.

Existe el otro método que es el *abductivo*. Un razonamiento abductivo (del latín *abductio* y esta palabra de *ab*, desde lejos, y *ducere*, llevar) es un tipo de razonamiento que a partir de la descripción de un hecho o fenómeno ofrece o llega a una hipótesis, la cual explica las posibles razones o motivos del hecho mediante las premisas obtenidas. Es también una forma de invertir el razonamiento deductivo para producir un razonamiento sintético. Se trata de elaborar una hipótesis presuntiva a partir de una regla general (máxima de experiencia) y un resultado (hecho sorprendente). La inferencia hipotética tiene el carácter de meramente probable. Es conjetural, pero para el investigador es plausible, su experiencia se lo indica, asumiendo la validez del caso. En el proceso de construcción indiciaria en el inicio o descubrimiento se aplica el método abductivo. Así pues, la abducción

«es un proceso inferencial que va de la observación de hechos y fenómenos a la suposición de una proposición de carácter general, lo cual experimentado y verificado explica el hecho o fenómeno referido. La abducción es un razonamiento que va del efecto a la causa, de la experiencia al pensamiento, de la clasificación a la interrogación y cada uno de ellos, a la experimentación y a la explicación»<sup>83</sup>.

El estudio de la abducción en el campo jurídico no ha sido muy abordado por la literatura jurídica actual<sup>84</sup>. CALVO GONZÁLEZ<sup>85</sup> habla de la abducción como el tercer tipo de inferencia —distinguiéndolo de la deducción y la inducción—, el cual consiste en qué a partir de lo que ha quedado, de residuos de existencia, así los signos, señales, huellas (*vestigia pedis*), elaborar en lo que éstos nombran una reconstrucción de lo que no está nombrado, es decir, tratar de renombrar lo ausente, lo lejano hasta completar *post factum*, enteramente un

83. VILLEGAS MESA, Elkin Emilio Metodología de la investigación psicojurídica. Legal-psychologicalresearchmethodology. Revista Virtual de Ciencias Sociales y Humanas «Psicoespacios» Vol. 3- N 3/enero-diciembre 2009. <http://www.iue.edu.co/revistas/iue/index.php/Psicoespacios>.

84. GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo «La abducción en el campo jurídico», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 9, 2005/2006, ISSN 1575-7382, pp. 223-258.

85. CALVO GONZÁLEZ, José (1998), *El discurso de los hechos*, ob. cit. pp. 56-65.

acontecimiento del pasado<sup>86</sup>. Otros lo mencionan como una inferencia probabilística consistente en adoptar una hipótesis explicativa de ciertos hechos — que constituye el armazón de la prueba indirecta—<sup>87</sup>. Algunos pretenden señalar que este método es una mezcla de deducción-inducción, cuestión que no es cierta, es un método distinto a la deducción y la inducción, incluso ya antiguamente Aristóteles, con el nombre de *reducción* o *retroducción* lo contraponía no sólo a la deducción, sino también a la inducción<sup>88</sup>.

La inferencia indiciaria es un tipo de razonamiento en que se diferencian varios elementos: el hecho o hechos indicadores, el hecho desconocido que queremos probar, y una relación entre el hecho que queremos probar y los indicadores<sup>89</sup>. Para determinar el nexo o vínculo se examina retrodictivamente (abducción) el hecho o hechos para formular una regla o norma (máxima de experiencia) que nos permita explicar el hecho sorprendente. Se trata de formar una hipótesis plausible fundada en el hecho sorprendente. En otras palabras, la abducción es un esquema inferencial en que los fenómenos a explicar operan como evidencia para la hipótesis que los explica. En la formalización de la inferencia se tienen que dibujar las razones que apoyan el enunciado inferido. Estas razones deben contener las máximas de experiencia empleadas y el razonamiento lógico empleado en la justificación.

En efecto, *la evidencia racional es la última instancia de validación de toda prueba o verificación*. La *validación empírica* debe apoyarse siempre, en último análisis, en una validación «racional»; dicho de otro modo, no existe, en sentido estricto, algo que podamos llamar «evidencia empírica»; la evidencia será siempre intelectual, racional, algo que es «visto» en un contacto directo, inmediato, en un acto «intuitivo». Este acto implica invariablemente una interpretación, es decir, la captación de una relación en el marco de un contexto, y este contexto puede ser, en gran parte, construcción o añadidura del sujeto. La mente humana no puede trabajar de manera distinta; ésa es su forma natural de operar. Por supuesto, la evidencia racional y su consiguiente «validación» tienen la fragilidad de la limitación humana y, en fin de cuentas, valdrán tanto como la agudeza intelectual del investigador. No se debe olvidar en nuestra *validación* de las teorías explicativa que toda teo-

86. CONAN DOYLE, A (1998), *Estudio en escarlata*, ob. cit. p. 150. Recordamos que citamos en páginas anteriores la explicación que da Sherlock Holmes al Dr. Watson sobre su método.

87. GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010), *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, ob. cit., p. 97. Expresa también la autora que es un «tipo de razonamiento hacia atrás, distinto no sólo de la deducción sino también de la inducción».

88. Aristóteles (1964), «Analíticos posteriores» o «segundos» (La demostración científica), en *Obras Completas*, Madrid: Ediciones Aguilar.

89. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. «Apuntes sobre Prueba y Argumentación jurídica». Tomado en [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20531/1/apuntes\\_sobre\\_prueba\\_y\\_argumentacion\\_juridica.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20531/1/apuntes_sobre_prueba_y_argumentacion_juridica.pdf). (17/12/2013).

ría cualitativa será siempre *parcial* (incluso las teorías científicas), tratan sólo algunos aspectos de la realidad y *aproximadas* (contienen errores o apreciaciones parcialmente erróneas), por lo que siempre se debe examinar la no existencia de refutación<sup>90</sup>. La proposición surgida de la inferencia no puede ser falsificable.

Siempre hay que tener presente que no hay evidencia inferencial indiciaria si existe una alternativa razonable de explicación que no ha sido descartada y que pueda ser obtenida igualmente de los hechos indicadores disponibles. En la medida que subsista una presunción razonable y excluyente de la primera y que no existe elemento alguno para preferir a una sobre la otra, tenemos que concluir que el hecho de la proximidad de operaciones no es un hecho *indiciador*, porque no apunta o señala en una sola dirección sino en varias y opuestas y sin embargo todas razonablemente válidas<sup>91</sup>.

Con relación al método es interesante lo que señala ECO<sup>92</sup>:

–Adso-dijo Guillermo-, resolver un misterio no es como deducir a partir de primeros principios. Y tampoco es como recoger un montón de datos particulares para inferir después una ley general. Equivale más bien a encontrarse con uno, dos o tres datos particulares que al parecer no tienen nada en común, y tratar de imaginar si pueden ser otros tantos casos de una ley general que todavía no se conoce, y que quizá nunca ha sido enunciada.

Obsérvese que en cierto sentido para resolver un hecho sorprendente (misterioso), Eco rehúsa el empleo del método deductivo y del inductivo en la fase inicial. Una vez elaborada la hipótesis presuntiva se somete a verificación con fundamento a los hechos disponibles y las confirmaciones que se entretujan entre ellas (*confirmación inferencial*). Se pronuncia en una primera fase por el método abductivo. Efectivamente, en los casos judiciales, especialmente penales, son casos concretos que tienen su pequeña historia que hay que develar a partir de hechos que aparentemente no tienen algo en común, se trata de encontrar la unidad en la diversidad, es decir, el hilo que los une.

El primer paso en la construcción de la evidencia inferencial indiciaria, indicamos anteriormente, es la actividad exploratoria de datos, localizar el hecho en acción<sup>93</sup>. En esta etapa de descubrimiento expresamos que compartimos el

90. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho*. ob. cit. p. 196.

91. GRANDA, Fernando de Trazegnies Granda. «Teoría de la prueba indiciaria», tomado de <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.htm>.

92. ECO, Umberto. *El nombre de la rosa*, ob. cit. p. 434.

93. CALVO GONZÁLEZ, José. *El discurso de los hechos*, ob. cit. pp. 3-6.

criterio que la *abducción*, forma lógica sugerida por PEIRCE, puede verse como la lógica del análisis exploratorio de los datos. La abducción es la *búsqueda de un patrón de regularidades en el fenómeno estudiado y así poder sugerir una hipótesis* (PEIRCE, 1878a). Partiendo de los hechos (residuos de la existencia del hecho principal) *elabora en lo que estos nombran una reconstrucción de lo que no está nombrado*.

Para PEIRCE la abducción es primero (existencia, actualidad); la deducción va en segundo lugar (posibilidad, potencialidad); y la inducción en tercer lugar (generalidad, continuidad). La abducción juega el papel de producir ideas nuevas o hipótesis. La deducción funciona como una forma de evaluar las hipótesis. Y la inducción justifica a la hipótesis con datos empíricos (STAAT, 1993)<sup>94</sup>.

Debe aclararse que en el momento de elaborar la teoría del caso (teoría explicativa) en el hilo argumentativo se puede emplear el razonamiento deductivo o inductivo. Por ejemplo, al asumir como cierta las premisas la conclusión se afirma verdadera aplicando el método deductivo. Pero, también, puede suceder que frente a una realidad se apoye *lo descubierto* con inferencia inductiva, por ejemplo, apoyando la hipótesis presuntiva con datos estadísticos.

A efectos prácticos escudriñemos una leyenda que ha sido estudiada desde la lógica<sup>95</sup> y desde el derecho probatorio<sup>96</sup>, se trata del cuento filosófico de VOLTAIRE<sup>97</sup> *El perro y el caballo*.

En el cuento referido hay dos problemas a resolver: la pérdida de la perra y la pérdida del caballo. Ellos no son hechos indicadores. El hecho indicador es aquel al cual se le puede preguntar algo y él nos señala una dirección para resolver el caso. Hay que investigar cómo fue el conocimiento de Zadig. Como expresa GINZBURG<sup>98</sup> debe hacerse un *minucioso examen de una realidad tal vez ínfima, para descubrir los rastros de los hechos no experimentales directamente por el observador*.

94. GRANDA, Fernando de Trazegnies Granda. «Teoría de la prueba indiciaria», tomado de <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.htm>.

95. COHEN, Morris y NAGEL, Ernest. *Introducción a la lógica y al método científico*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Amorrortu, 1971, pp. 178-182. ECO, Umberto. *Los límites de la interpretación*, ob. cit. pp. 325-332.

96. PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial: Indicios y presunciones*. ob. cit. pp. 81-83. RAMÍREZ CARVAJAL, Diana. *La prueba en el proceso un aventura intelectual*, ob. cit. 77-86. RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: análisis racional y práctico*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2011, p. 230-232.

97. VOLTAIRE, François Marie Arouet. *Zadig y otros cuentos*. Madrid, Alianza Editorial, 2004. GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas, indicios*. ob. cit. p. 144. Da como referencia su origen en una leyenda oriental. Narra Ginzburg «Sin vacilar lo describen. Es blanco, tuerto, lleva dos odres en la grupa, uno lleno de vino y el otro de aceite. ¿Quiere decir que lo han visto? No, no lo vieron. Se les acusa de robo y son juzgados. Pero los tres hermanos se imponen, pues demuestran al instante que, por medio de indicios mínimos, han podido reconstruir el aspecto de un animal que nunca han visto».

98. Ginzburg, Carlo. *Mitos, emblemas, indicios*. ob. cit. p. 145.



Eco<sup>99</sup> habla que en las inferencias, concretamente con relación a la abducción, frente a unos hechos es posible que tengamos una regla ya codificada (hipercodificada), de manera que el indicador nos remite a un significado, pero a partir de conocimientos previos que tenemos (por ejemplo: huellas de un animal en la arena, que dicen que tipo de animal es). A partir de estas ideas veamos cómo se trata de examinar este cuento desde el punto de vista del razonamiento indiciario.

Eco examina así: «No es una casualidad que Zadig llame a la naturaleza *gran libro*: está interesado en ella como sistema de signos codificados. ... Zadig estudia *las propiedades de los animales y plantas, busca relaciones generales de significación* (quiere saber si todo S es P). Así, cuando Zadig ve huellas de un animal en la arena, las reconoce como huellas de perro o caballo. Señala Eco «interpretar una impronta significa ponerla en correlación con una posible causa física. Agrega que «una impronta puede estar en correlación bien con un género, bien con una especie. Zadig, por ejemplo, no sólo reconoce un perro, sino también un setter, y no sólo un caballo, sino también (gracias a una inferencia basada en la distancia entre las huellas de los cascos) el del mejor galope<sup>100</sup>.

De impronta de las huellas se remite a determinadas causas: huellas de animal: perro o caballo. En el examen del descubrimiento del caballo Zadig tiene los siguientes elementos sorprendentes sin conexión entre sí:

- un X que es un caballo ha pasado por aquel lugar
- un Y (no identificado) ha roto las ramas
- un K (no identificado) ha rozado un objeto de oro contra una piedra
- un J (no identificado) ha dejado rastros de plata en determinados guijarros
- un Z (no identificado) ha quitado el polvo de los árboles

Zadig tiene un conjunto de conocimientos (experiencias), por ejemplo: los caballos suelen barrer el polvo con la cola, las piedras retiene cuerpos de metal maleable cuando chocan violentamente contra ellas, entre otros. Con fundamento en ellos elabora una construcción.

Desde una perspectiva de la impronta del hecho, los hechos indicadores son los rastros que indican que los animales estuvieron por allí. Una análisis de

99. Eco, Umberto. *Los límites de la interpretación*, ob. cit. pp. 323.

100. *Ibidem*. Pp. 328-332.

cada versión sobre los animales nos presentan un rasgo que indican algo, y sobre ellos Zadig construye algo, Pero él hace la construcción sobre la exhaustividad y la congruencia, la convergencia y así construye el animal.

Obsérvese que los jueces no estudiaron la formulación de Zadig, ni vieron los hechos que él relataba. Muchos menos los antecedentes del hombre que juzgaban, que era precisamente un experto en huellas, en animales, que había sobrevivido en la montaña o bosque porque se convirtió en un experto en sobrevivir, a través de la lectura de la realidad naturaleza vegetal, suelo, animales, entre otros. Él como experto en sí era indicador de conocimiento en huellas —Zadig estudió las propiedades de los animales y las plantas, busca relaciones generales de significación—. Era una persona que podía acreditar su conocimiento —no es una casualidad que Zadig llame a la naturaleza gran libro—. Cuando Zadig ve huellas de un animal en la arena, las reconoce como huellas de perro o caballo. No tomar en consideración los antecedentes conductuales de Zadig, impidió que no pudieran enlazar los hechos indicantes y el narrador.

El cazador lo ve desde su praxis (práctica-conocimiento-ideología), lo mismo debe hacerlo el investigador policial, el litigante o el juez.

Ahora bien, obviamente el caso concreto deberá examinarse bajo el análisis de la probabilidad lógica una vez determinados los hechos indicadores y haber elaborado una hipótesis presuntiva. Véase que el caso del «Perro y el caballo» también lo han ensayado en el marco de la probabilidad lógica bajo la estructura formal de la inferencia probable. Entendemos por probabilidad lógica una determinada función lógica que asocia un valor de probabilidad a pares de proposiciones, donde el primer elemento del par puede corresponder a una evidencia empírica mientras el segundo puede presentar una hipótesis general.

Así, examinando el caso desde la inferencia probable, la pregunta sería ¿Por qué se consideran las conclusiones de Zadig como *razonablemente bien fundadas*, aunque los elementos de juicio en su favor no sean absolutamente completos?<sup>101</sup> Escudriñándolo bajo la perspectiva de la inducción probabilística, en cuyo caso los hechos observados no nos pueden indicar que todos tengan un mismo comportamiento, siempre se tendrá una probabilidad, es decir, que la conclusión es verdadera en una cierta proporción de los casos en los que son verdaderas las premisas. En el caso de Zadig se supone que este tiene múltiples observaciones y con base a su experiencia de casos observados formula su caso sobre la inducción.

---

101. COHEN, Morris y NAGEL, Ernest. *Introducción a la lógica y al método científico*, ob. cit. p. 180.

1. Exponen COHEN y NAGEL que el razonamiento según el cual el perro de la reina había pasado por allí puede formularse del siguiente modo.
2. Estas huellas sobre la arena tienen una forma determinada (proposición verdadera, que afirma un hecho observado).
3. Si un perro pequeño hubiera pasado por aquí, sus huellas en la arena tendrían esta forma (esta proposición expresa una *regla general* que se considera verdadera).

Por lo tanto, un perro pequeño ha pasado por aquí (*proposición inferida*).

Comentan los autores citados que este razonamiento no es formalmente válido. Aducen que no se sabe si es cierta la proposición: «*Si un perro pequeño hubiera pasado por aquí, sus huellas en la arena tendrían esta forma*» ni la que se infiere de ella en el caso concreto: «*Si hay en la arena una huella de esta forma, entonces ella ha sido producida por un perro pequeño*». Porque, si bien los perros pequeños dejan huellas de esa forma, puede que otras animales dejen huellas semejantes a las observadas. Sin embargo, sobre la base de las premisas, ella es altamente probable.

Agregan con fundamento en las premisas la conclusión es *altamente probable*, porque se supone que la regla general elaborada es fruto de muchas observaciones, por lo que «*pertenece a una clase de inferencias en la cual el número de veces en que a partir de premisas verdaderas se infieren proposiciones verdadera es una fracción muy grande del número de veces en que se usan tales inferencias*»<sup>102</sup>.

Desde la perspectiva inductiva, lo correctamente formal sería formularla de esta manera: *Las marcas en la arena que tienen tal forma se deben, en una proporción  $r$  de las veces, a perros pequeños*. Se parte de la tesis de que *una proporción  $r$  de las veces en que se utiliza tal inferencia se descubre que, cuando las premisas son verdaderas, la conclusión también lo es*. La conclusión es *probable* con base a los elementos de juicio (se había perdido la perra, buscaban junto al bosque, además los elementos que había observado —marcas sobre las huellas de las patas y a los lados de las patas).

El razonamiento, de esta forma, nos propone una probabilidad bajo la fórmula  *$r$  veces más probable si la huella  $x$  procede de la fuente  $f$  que si no procede de  $f$* .

---

102. *Ibidem*, p. 181.

También desde la perspectiva de la abducción —retrodictivo— se puede elaborar, una hipótesis presuntiva, con vocación de verificación, pues debe contener los elementos fácticos que puedan ser probados. Si el resultado de una deducción es un hecho cierto, el resultado de una abducción es un caso «plausible». Es decir que su poder no es el de demostrar sino el de proponer condiciones de inteligibilidad. En otros términos, el progreso cognoscitivo que comporta no es cuantitativo sino cualitativo.

En este sentido, el razonamiento según el cual el perro de la reina había pasado por allí puede formularse, muy similar al que se escrutó en la tesis de Cohen y Nagel, del siguiente modo:

1. Estas huellas sobre la arena tienen una forma determinada (proposición verdadera que se basa en un hecho observado- probado-). En este caso debe hacerse una descripción, para el proceso debe acreditarse con cualquier medio probatorio (resultado). Es el hecho sorprendente.
2. Si un perro pequeño hubiera pasado por aquí, sus huellas en la arena tendría esta forma (proposición que expresa una regla general que se considera verdadera). Obviamente se parte de una idea general como «todo perro deja unas huellas así...», «un perro pequeño de esta forma...». (regla). Nótese que es una proposición exclusiva para el caso singular, irreplicable.
3. Por lo tanto, un perro pequeño ha pasado por aquí (conclusión o proposición inferida-caso).

En la formulación abductiva esa afirmación probabilística se complementa con los fundamentos fácticos aportados por los testigos (eunuco y caballero), lo que significa que le da apoyo fáctico a la hipótesis que se anunciaba, y además de no existir ningún elemento que la rechace.

Como se ha podido observar son dos conceptos fundamentales en el razonamiento indiciario, por un lado, la inferencia como construcción racional con pretensión de validez; y por otro lado, el método de análisis, en el cual se incluye la evaluación del peso y fuerza probatoria de los medios probatorios disponibles. Es indudable, que la inferencia indiciaria se basa en conjunto de medios probatorios, así haya casos de hechos indiciarios necesarios, pues deben articularse y completarse entre sí, de tal manera que la fuerza de ellos debe estar apoyada en los elementos de credibilidad y la relevancia de la prueba.<sup>103</sup>

---

103. SCHUM, D. Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico. Ob. cit. p. 277.

La ciencia indiciaria es por naturaleza intuitiva, aprende por golpes de vista, nunca por la aplicación ciega de leyes generales. En eso radica precisamente el carácter particular de su conocimiento y el tipo de aproximación que nos proporciona de la realidad social.

Por ello, participamos de la idea de MUÑOZ SABATÉ<sup>104</sup> de construir una semiótica jurídica, que sería una especie de semiótica judicial aprueba por indicios. Dice el citado autor que «La semiótica nos puede dar acceso a nutridos inventarios de datos fácticos e indicios agrupados y dirigidos hacia la prueba de un determinado tema, permitiéndonos de este modo una más rápida y segura elaboración de la fórmula probática. Agrega el autor que «Como decía GIANTURCO<sup>105</sup> la clasificación indiciaria sigue todavía siendo útil para orientar al Juez en «la intrincada selva de la prueba indirecta».

---

104. MUÑOZ SABATÉ, Luis. «Taxonomía indiciaria», Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio. Número 4. Año XXXII • Número 7564 • Martes, 8 de febrero de 2011 [www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es).

105. GIANTURCO, *La proba indiziaria*, ed. Guiffré, Milán, 1958, p. 82.

# Presumption and its evidentiary relevance

---

*Takuya Hatta  
Kobe University*

## I. Introduction

The task assigned to this report is to clarify «evidentiary consequences of the presumptions in a process and, especially, in the judicial decision». To fulfill this assignment this report will first confirm the difference in light of law of evidence between common law countries (especially US) where juries are the pre-supposed factfinders and continental law countries where judges are the pre-supposed factfinders (II.). Then this report will clarify the different meanings of «presumption» (III.) and will analyze the function of presumption (IV.). Lastly a derivative problem of ex officio examination of evidence will be addressed (V.).

In finishing this report the author had support of national reports by Dr. María José Catalán Chamorro from Spain, Dr. Wannes Vandebussche from Belgium, Prof. Maite Aguirrezábal Grünstein and Prof. Álvaro Pérez Ragone from Chile. The author also had referential help from Prof. Richard Marcus, Prof. Roger Park and Prof. Scott Dodson regarding the situation in U.S. The author would like to express deepest gratitude to these outstanding scholars for their precious help.

## II. Confirming the premises of the following discussion

### 1) Difference resulting from who finds the facts

Different legal systems adopt different procedural structure as to who finds the facts to form the basis of the judgement. US (and also UK for very limited scope of cases at present if I am not mistaken) adopts jury system and the legal theory there has to base its argument on the premise that jury is the fact-find-

er, whereas most other legal systems don't have jury system and it's the judge who finds the facts. So there are 2 different structures of procedure: one where fact-finder also presides over and directs the proceeding (one-layered system) and one where the director of the proceedings doesn't find the facts (two-layered system). In the former director = fact-finder is the judge; in the latter judge directs the proceeding and jury finds the fact.

Two important consequences result from this difference that has effect on the discussion regarding presumption. One is whether or not the system has the momentum of instruction by the court to the jury. The other is the ability of the fact-finder to determine the fact properly. In one-layer system the fact-finder is trained to find fact properly so proper application of the rule of fact-finding can be expected of him, whereas juries are not trained so caution should be taken to form a sufficient basis for them to find fact properly in building evidential rules.

## **2) Meaning of standard of proof, burden of proof.**

Meaning of burden of proof and standard of proof could differ among countries, therefore it should be necessary to clarify the terminology used in this report. This report will use these terms in the following sense.<sup>1</sup>

### ***(a) Burden of proof***

Burden of proof consists of 2 burdens: burden of persuasion and burden of producing evidence.

In civil trials factfinders apply law to the found fact and draw conclusion. But factfinders cannot always be certain of the facts to be found. When they are uncertain about the facts, if the things are left as they are, they can't draw any conclusion because application of law is impossible since the base to which law is to be applied is not fixed. In order to avoid this situation, it is usual for the civil procedure to assume that the unfound fact is true or not, and apply the law to this assumed facts. This works to the detriment of either of the parties by increasing the risk to lose the case. This risk bourn by one of the parties is the burden of persuasion. So burden of persuasion works at the end of the procedure when all the examination of evidence is over.

---

1. The terminology used in this report is basically based on that by ROGER PARK, DAVID LEONARD, AVIVA ORENSTEIN & STEVEN GOLDBERG, *Evidence Law: A Students Guide to the Law of Evidence as Applied in American Trials*, 4th ed., US, 2018, pp.35-72.

On the other hand, burden of producing evidence is the necessity to present evidence. This usually results from the burden of persuasion. The party who bears the burden of persuasion to a certain fact is bound to produce evidence if he wants to avoid an unfavorable judgement. This necessity is the burden of producing evidence. But when this party succeeds in convincing the factfinder of the facts to be proven through producing evidence, the necessity to produce evidence then falls on to the opponent if he wants to avoid an unfavorable judgement. So the burden of producing evidence functions during the trial and goes back and forth between parties according to the state of certainty of factfinders about the facts to be proven.

In one-layered system in which judges also find facts, this necessity is usually purely a matter of fact and has no normative connotation.<sup>2</sup> But in two-layered system in which juries find fact, it also has normative significance. If a party who bears this burden doesn't satisfy it then he/she can't have the jury decide whether or not the fact to be found is true or not but the court will decide and direct the jury to treat this fact as none existent (or existent, in a way that works to the disadvantage of the party bearing the burden of producing evidence).<sup>3</sup>

### **(b) Standard of proof**

Standard of proof<sup>4</sup> has to do with the state of certainty of factfinders regarding the facts to be found. When factfinders are certain that a certain fact is true, it will base their judgement on this fact. When they are uncertain burden of persuasion applies. The threshold between these states is the standard of proof. As long as the degree of certainty about a given fact remains below standard of proof, factfinders have to apply burden of persuasion to decide what fact to base their judgement on. When they are sure that the fact is true or not true beyond standard of proof they can base their judgement on their impression about the fact.

It differs among legal systems how high the standard of proof is set. Within the same legal system the standard of proof is normally set differently between Civil Procedure and Criminal Procedure, the latter being higher. There are countless possibilities as to the degree of standard of proof, but for the sake of argument this report will base two possibilities: beyond a reasonable doubt and preponderance of the evidence. The standard of beyond a rea-

2. HIROSHI TAKAHASHI, *Juten Kogi Minjisoshoho*, 2nd supplemental ed., Japan, 2013, pp.526-9.

3. PARK, et al., *supra* note 1, at p.42.

4. PARK, et al., *supra* note 1, at p.38 uses the term burden of persuasion to include standard of proof, but in this report burden of persuasion is only used to mean the risk bourn by one of the parties in case of uncertainty of factfinders about the facts and not to include standard of proof.



sonable doubt means factfinders have to be certain beyond a reasonable doubt that the fact to be found exists/doesn't exist in order not to apply burden of persuasion, here for the sake of the argument we will set the percentage to be 80%. The standard of preponderance of the evidence means that if factfinders are even slightly more than 50% sure that a given fact exist/doesn't exist, he doesn't have to apply burden of proof. Here burden of proof works only when the certainty about whether or not a fact is true is a complete tie.

FIGURE 1

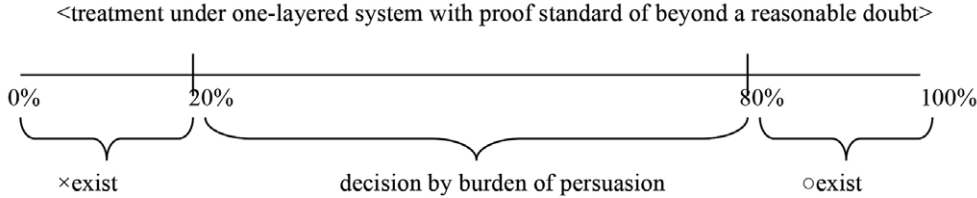
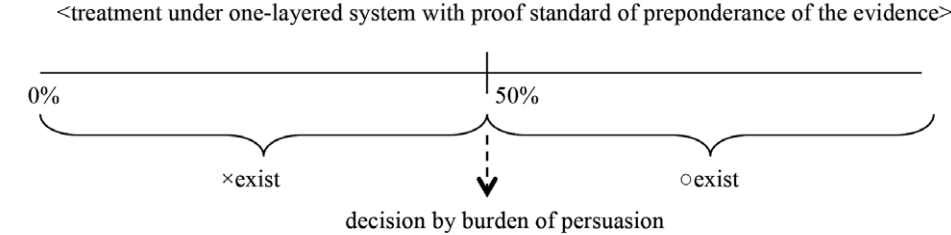


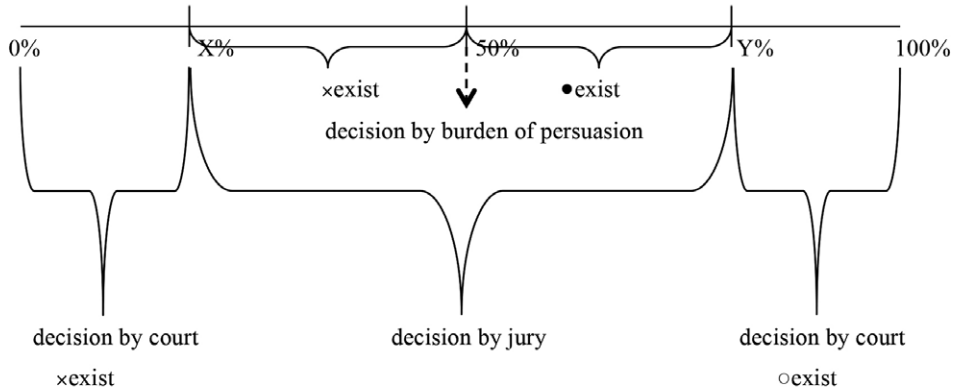
FIGURE 2



In two-layered system there is also degree of proof concerning burden of producing evidence. In this system in order to meet the burden of producing evidence and to enjoy the decision by the jury in his favor, the party bearing this burden is said to have to produce evidence and convince the judge that there is a possibility that the jury will decide in favor. So in order to meet the burden of producing evidence the party has to prove the existence of the fact to a certain degree of certainty. We can call this degree standard for jury decision.

FIGURE 3

<treatment under two-layered system with proof standard of preponderance of the evidence>



### III. Meaning of presumption

We should be able to say that the term «presumption» is used in 4 different ways in Civil Procedure: 1) presumption not allowing counter proof («conclusive presumption»<sup>5</sup>). 2) presumption as indication of burden of persuasion. 3) presumption allowing counter proof («true presumption»<sup>6</sup>). 4) Description of the act of inference by factfinders<sup>7</sup>.

#### 1) Presumption not allowing counter proof

Sometimes the substantive law provides that when fact A is proven then fact B is to be presumed and doesn't allow the proof to the contrary. In this case when A is proven then B is treated to exist. This is a legislative act of shifting the object of proof (from B to A) but it is done by substantive law by changing the element to provoke a desired legal effect (from B to A)<sup>8</sup>.

5. See the national reports by CATALÁN CHAMORRO (Spain), VANDENBUSSCHE (Belgium) and AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN & PEREZ RAGONE (Chile). See also PARK, et al., supra note 1, at p.53.

6. PARK, et al., supra note 1, at p.50.

7. See the national reports by CATALÁN CHAMORRO (Spain), VANDENBUSSCHE (Belgium) and AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN & PEREZ RAGONE (Chile). See also PARK, et al., supra note 1, at p.52.

8. PARK, et al., supra note 1, at p.53.

## 2) Indication of allocation of burden of persuasion

In Criminal Procedure in most countries the accused is presumed to be innocent. This statement wants to say that the burden of persuasion in terms of elements to be satisfied to convict the accused lies with the prosecutor side. In this case the word presumption wants to indicate who bears the burden of persuasion (allocation of burden of persuasion). Same usage is possible within the sphere of Civil Procedure.

## 3) Presumption allowing counter proof.

Sometimes the law provides that when fact A is proven then fact B is to be presumed and this times allows counterproof (presumption allowing counter proof or «true presumption»).

The treatment of this type of presumption differs between one-layered and two-layered systems.

In one-layered system jurisdiction this presumption is understood to involve a shift of burden of persuasion<sup>9</sup>. Fact B is the object of proof and initially burden of persuasion is on the party to benefit from fact B, prover of fact B (so existence of fact B has to be proven beyond standard of proof in order for factfinders to base their judgement on this fact). When fact A is proven (beyond standard of proof) then fact B is to be treated to exist. But the opponent is allowed to produce counter evidence and if he/she succeeds in proving that fact B doesn't exist then finally fact B is to be treated not to exist. In this case the burden of persuasion initially lies with the party to benefit from fact B but when A is proven the burden of persuasion shifts to the opponent (burden of persuasion for fact A still lies with the prover, so the opponent has the choice to bring the certainty of fact A below standard of proof to obtain the decision in his favor as to fact B, since in order for this presumption to function fact B must be proven beyond standard of proof).

In two-layered system true presumption is understood in two ways. One way of understanding is the same as the understanding of one-layered system: it involves shift of burden of persuasion ([ $\alpha$ ])<sup>10</sup>. But there is a second way and this understands the true presumption only to involve shift of burden of producing

9. See the national reports by VANDENBUSSCHE (Belgium) and AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN & PEREZ RAGONE (Chile). See ROSENBERG/SCHWAB/ GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, Germany, 2010, p.630 for Germany. See also, TAKAHASHI, supra note 2, at p.562 and YAMAMOTO, et al., supra note 5, at p.290 for common understanding in Japan.

10. PARK, et al., supra note 1, at p.58.

evidence and not burden of persuasion ( $[\beta]$ )<sup>11</sup>. Under this understanding if the prover of fact B succeeds in proving fact A beyond standard of proof and if the opponent doesn't present any counter evidence, then fact B is to be treated as existent. But if the opponent does present counter evidence, then effect of presumption goes off and the decision as to whether fact B exists is left to jury through evaluation of evidence with the burden of persuasion still on the prover of fact B. So called «bursting bubble» theory, or «exploding» presumption<sup>12</sup>.

There is argument in Japan arguing that even under one-layered system this type of presumption (presumption allowing counter evidence) doesn't involve shift of burden of persuasion<sup>13</sup>, just like  $[\beta]$  in two-layered system. But this doesn't seem persuasive. In two-layered system, even if the presumption doesn't involve shift of burden of persuasion, the presumption still had meaning in that it changes the burden of producing evidence, because the burden of producing evidence had normative significance that if you don't meet the burden you won't get to have jury decide whether the fact in question is true or not. But in one-layered system the stage of decision by jury doesn't exist. So if prover of fact B still has burden of persuasion even after he succeeds in proving fact A (beyond standard of proof), he won't get the fact-finding that fact B exists, since by definition he hasn't succeeded in proving fact B beyond standard of proof. The presumption would then have no meaning. The whole point of presumption allowing counter proof is to make the finding of fact B possible even under the situation of *non liquet* about this fact on condition that fact A is proven. If by proving fact A prover of fact B the prover succeeds in bringing the certainty of fact B beyond standard of proof, then this is just application of «permissive inference» or «judicial (or factual) presumption» (treated in 3) below) and there should be no need to establish the presumption allowing counter proof as a *rule*.

#### 4) Description of the act of inference by factfinders («permissive inference»<sup>14</sup>)

The last usage of the word presumption is to describe the act of inference by factfinders<sup>15</sup>. Sometimes facts are not found directly by evidence (Evidence b → Fact B) but through inference from another fact (Evidence a → Fact A → Fact

11. PARK, et al., supra note 1, at p.56.

12. PARK, et al., supra note 1, at p.57.

13. KOICHI MIKI, MASATOSHI KASAI, SHUSUKE KAKIUCHI & YUKYO HISHIDA, *Minjisoshoho*, 2<sup>nd</sup> ed., Japan, 2015, pp.273-4 (MIKI).

14. PARK, et al., supra note 1, at p.52.

15. See the national reports by CATALÁN CHAMORRO (Spain), VANDENBUSSCHE (Belgium) and AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN & PEREZ RAGONE (Chile). The report by VANDENBUSSCHE refers to it as «factual» presumption and the reports by CATALÁN

B). In the chain of inference the inference from Fact A to Fact B is sometimes or in some jurisdictions called presumption (Fact B is presumed from Fact A). This is just a description of the process of fact-finding. Here the factfinder is convinced of Fact B and this conviction comes from Fact A. So when there is evidence that, combined with Fact A, makes the factfinder no longer sure (or convinced) of Fact B, the factfinder is not to base his/her fact-finding on Fact B.

## 5) Presumption to be treated hereafter

Among these 4 different meaning or usage of presumption, the one which has normative significance worth looking into in the field of evidence is the second and the third<sup>16</sup>. The first one is just change in substantive law. The last one is just a description and has no normative connotation. This report, therefore, will focus on the second and the third one.

## IV. Significance of presumption

### 1) Within one-layered jurisdiction - function and significance of presumption 2) and 3)

Within one-layered system presumption 2) allocates the burden of persuasion. This means that it functions to allocate who bears the actual burden to prove the fact in question. The party with whom the burden of persuasion lies bears the actual burden to prove the fact in question.

Presumption 3) allows the prover to meet the burden of persuasion by proving a different fact. Normally this presumption is used when the original fact to be proven (fact B above) is difficult and the substitutive fact (fact A above) is easier to prove. Thus this presumption functions to alleviate the burden to prove.

So both have to do with burden to prove. «Burden to prove» here means having to lose the case in terms of fact B without sufficient evidence. When it seems irrational that one party bears this burden to prove, this irrationality can be cured through shifting the burden to prove by presumption 2) or alleviating it by presumption 3).

---

CHAMORRO and AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN & PEREZ RAGONE «judicial» presumption. In Japan «factual» presumption is the preferred terminology. See YAMAMOTO, et al., *supra* note 5, at p.278.

16. None of the 4 different presumptions mentioned above should be equated with indirect evidence or evidence itself. See the national report by AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN & PEREZ RAGONE (Chile).

The significance of these functions depends on how high standard of proof is set. When the standard of evidence is set as preponderance of the evidence, then the burden to prove is from the start not so heavy and even if presumed the burden to rebut of the opponent won't be so heavy. So it doesn't change much of the situation. But in jurisdiction of beyond a reasonable doubt as standard of proof, the burden to prove a fact is heavy, so both of the presumptions (2) and 3)) have big meaning.

## 2) Within two-layered jurisdiction

Within two-layered system it is possible to set standard of proof to be higher than preponderance of the evidence, but since as far as I know there are no such jurisdictions in terms of civil procedure, so I will assume that this system adops preponderance of the evidence as standard of proof.

Based on this premise, the presumptions (2) and 3)) has little function to set and alleviate the burden to prove, because the standard of proof is low. The two presumptions have more to do with burden to produce evidence (to get to have jury decide the fact). The party against which presumption 2) is set bears the burden to produce evidence so if he can't produce evidence to bring the certainty of fact B to X% (in the figure 3 of page 6), he won't have the chance to have fact B affirmed. This can be changed with presumption 3) through proving fact A by preponderance of the evidence, since through this the burden to produce evidence now lies with the opponent. But even if presumption 3) functions to turn over the burden of persuasion as well, this burden of proof only operates when the jury thinks the proof is a tie (exact 50%). So presumption in this jurisdiction has more to do with having the opportunity to a decision by jury.

This should be the base for the possibility of understanding presumption 3) as  $[\beta]$  (only changing burden of producing evidence and not changing burden of persuasion).

## 3) The limit and possibility of the function of presumption in one-layered jurisdiction

Even though presumption decides who bears the burden to prove (2)) and when this is alleviated (3)) in one-layered system, this function is limited because it is normally a legislative architecture and impossible to cope with concrete circumstances of individual cases, which means that even when there is

a case in which shifting or alleviating the burden to prove is deemed desirable according to the concrete situation surrounding the case (for example access to evidence), it is hard to meet this demand because legislation cannot cope with concrete cases.

This limitation can be overcome if presumption 2) and 3) through interpretation is allowed. This seems a little difficult because within one-layered system the factfinder interprets the law at the same time, so if we allow presumption through interpretation it means that the factfinder can decide the rule of fact-finding himself, which could lead to allowing arbitrary factfinding, whereas within two-layered system there seems no obstacle against presumption by interpretation because the entity which sets up the rule of presumption by interpretation is not the factfinder him/herself. But ironically the function of presumption in this legal system is low as we have seen above.

But if introduction of presumption through interpretation is allowed, we may be able to allocate it within a bigger picture. There are cases where a party who bears the burden of persuasion face difficulty in collecting evidence and where it seems unfair to impose full burden to prove on this party. In order to cope with the problem various measures have been proposed in many different jurisdictions. One measure could be to allow the court to set the standard of proof at a level which is adequate to the concrete case (even under 50%) [rule 1]. And also to allow the court to change the standard of proof if certain conditions are met [rule 2]. If we can adopt this rule then presumption 2) could be allocated as one of [rule 1] and presumption 3) as one of [rule 2].

Even under these rules the default standard of proof has to be set. And a study indicates that contrary to first appearance preponderance of the evidence is the closest standard of proof to truth. If we adopt preponderance of the evidence then the possibility of factfinding being true will be the highest. Simple comparison with beyond a reasonable doubt shows this. Suppose there is a 75% certainty of fact B. Under standard of proof of preponderance of the evidence the factfinder can determine that fact B exists even when burden of persuasion is against fact B. Under standard of proof of beyond a reasonable doubt, the factfinder have to determine that fact B doesn't exist as long as the prover of fact B bears burden of persuasion, even if the possibility of fact B being true is higher than being not true. Nonetheless many civil procedural laws adopt standard of proof higher than preponderance of the evidence. One may wonder if there is any reason to justify this. I personally can't find any. If it has anything to do with the ability of finding facts of factfinders, that could be a reason, but the fact that US with jury trial system, which means a legal system with fact finder of low ability, adopts preponderance of the evidence as standard of proof just proves against it.

## V. Prohibition of examining evidence ex officio

### 1) Overview

Understanding the problem of presumption effects how ex officio examination of evidence by court should be treated.

If we determine the function of presumption as setting and alleviating burden to prove, then presumption works in the field where principle of private autonomy governs.

Principle of private autonomy generally prohibits intervention by the court without request from parties (ex officio intervention by the court) as to forming the factual basis of a judgement. This leads to a question of whether ex officio examination of evidence should be allowed and if so to what extent.

### 2) Analysis

In many continental civil procedural law (= non common law countries), prohibition of ex officio examination of evidence is adopted as principle but there are also many exceptions<sup>17</sup>. Examination of evidence implies intervention by court into private autonomy of parties, so it should be generally be prohibited where principle of private autonomy dominates. So the basic principle of many continental civil procedural law seems rational. Question then comes down to how the exceptions (the exceptionally allowed ex officio examination of evidence) are justified. One justification could be the principle of free evaluation of evidence by factfinders, which is adopted by most modern legal systems<sup>18</sup>. Entire prohibition of ex officio examination of evidence could harm free evaluation of evidence by factfinders in that factfinders could be forced to make unnatural factual inferences because of lack of evidence which could be examined but the examination of which is requested by no party. But free examination of evidence just means that factfinders are free to evaluate the evidence presented. It doesn't give them right to find the object of evaluation by them-

17. This is true for Germany, Japan, Belgium and Chile. For Germany, see JAUERNIG/HESS, *Zivilprozessrecht*, 30. Aufl., Germany, 2011, p.208. For Japan, see YAMAMOTO, et al., supra note 5, at p.243. See also the national reports by VANDENBUSSCHE (Belgium) and AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN & PEREZ RAGONE (Chile). However it should be worth noting that according to them in Chile and Belgium ex officio examination of evidence is allowed but only when the fact is not cleared by evidences produced by the parties in both jurisdictions.

On the contrary Spain is very restrictive against permitting ex officio examination of evidence according to the national report by CATALÁN CHAMORRO (Spain).

18. Chile is one exception. See note 5.



selves. Another justification is defect of ability of factfinders to find facts: in order to cover this defect the court should be allowed to add evidence to the ones already presented by parties. This could be a reason to justify *ex officio* examination of evidence by court but this should apply only to jurisdictions where juries find facts, since otherwise we can expect factfinders to be capable of properly determining the factual basis even under scarcity of evidence.

It draws attention that in many continental civil procedural law expert knowledge and opinion can be gathered *ex officio*<sup>19</sup>. This leads to question as to whether distinction could be made between expert knowledge and other factual basis. Principle of private autonomy is the rule telling us to let the parties decide how to dispose of their own interest and matters. In this light expert knowledge/opinion is different from facts experienced by the parties. Expert knowledge/opinion is not subject to free disposal by the parties and that could form the basis for *ex officio* gathering of evidence regarding expert knowledge/opinion.

As a conclusion from this analysis I offer to justify *ex officio* examination of evidence focusing on the nature of the object of proof, that is whether it is a personal experience by either or both of the parties or not. If yes, then no *ex officio* examination of evidence should be allowed. If no, then *ex officio* examination of evidence should be allowed. One good example of the latter is expert knowledge/opinion. It is only a rough line but should be a reasonable one. So under this light present norm of many countries have reason in that they allow *ex officio* collection of expert knowledge/opinion, but cannot be justified and need to be changed as long as they also allow *ex officio* examination of evidence to clarify facts that belong to personal experience of the parties in dispute.

## VI. Conclusion

This report tried to clarify the different meanings and functions of presumption under the view point whether or not the entity to preside over and direct

---

19. Belgium, Chile allow *ex officio* examination of expert knowledge/opinion. See the national reports by VANDENBUSSCHE (Belgium) and AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN & PEREZ RAGONE (Chile). Japan prohibits it as a principle but allows loophole. See YAMAMOTO, et al., *supra* note 5, at p.241. Germany allows it explicitly. See ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *supra* note 11, at p.695, THOMAS/PUTZO/SEILER, *supra* note 19, at pp.357-8 and ZPO §144 Abs. 1. Spain, on the contrary, allows *ex officio* of gathering expert knowledge/opinion only for cases of «declaration or contest of kinship, paternity or maternity, on the capacity of individuals or in matrimonial proceedings» (LEC 339.5). See the national report by CATALÁN CHAMORRO (Spain). US, a common law country, also allows the court to take judicial notice *ex officio* (FRE 201 for federal courts). FRE 201 allows a court to establish certain kinds of adjudicative facts merely through taking judicial notice. Judicial notice can be taken for facts that are generally known or that can be accurately and readily determined from sources whose accuracy cannot reasonably be questioned. Prof. Richard has also provide me with information over recent activity in NY to form a bill to allow a court to take judicial notice of Google maps as rebuttable presumption. <https://www.nysenate.gov/legislation/bills/2017/s9061> (last visit: 28.6.2018).

the proceeding and the factfinder is the same. Through such analysis, setting and alleviation of burden to prove has been deducted as the function of presumption. This report also points out the possibility to adopt a rule regarding fact finding to the effect that the standard of proof can be changed allocating presumption as part of such rule. Even such rule requires a default standard of proof and the conclusion of this report regarding this point is the standard of preponderance of the evidence.

In addition, in light of principle of private autonomy which works in the field where presumption functions, this report would like to offer to limit *ex officio* examination of evidence regarding non personal experiences of the parties such as expert knowledge/opinion.

Back to the difference between one-layered system and two-layered system, two-layered system draws positive attention in that it opens up the possibility to adopt evidential rules such as standard of proof or burden of persuasion to concrete situation of the cases since courts can make such rules without being subject to criticism of factfinders creating the rule that should bind them themselves. And yet it has its limitation in that it has to base the evidential rules on the assumption that the ability of factfinders to find facts adequately is limited.



PONENCIAS SOBRE  
**PRUEBA ELECTRÓNICA: PROBLEMAS  
DEL PRESENTE Y RETOS DEL FUTURO**



# La prueba electrónica. Problemas del presente y retos del futuro. El uso de recursos tecnológicos y electrónicos durante la tramitación de procesos jurisdiccionales

Carina Gómez Fröde<sup>1</sup>

**Sumario:** I. La introducción de las nuevas tecnologías al proceso judicial II. Aproximación a la prueba electrónica III. Valor probatorio de los documentos electrónicos IV. La distribución de la carga de la prueba V. La garantía de origen, integridad, inalterabilidad y autenticidad de la prueba electrónica VI. Breve referencia a la prueba electrónica en Argentina, Panamá, Uruguay y México VII. Retos para el futuro. VIII. Bibliografía

## I. La introducción de las nuevas tecnologías al proceso judicial

Giovanni Papini en su cuento *El tribunal electrónico*<sup>2</sup>, el cual forma parte de «*El libro negro*» cuenta que...*las máquinas inventadas y fabricadas por el ingenio de los hombres habían logrado quitar la libertad y la vida a sus progenitores. Un complejo conjunto mecánico animado únicamente por la corriente eléctrica pretendía ahora resolver, en virtud de cifras, los misteriosos proble-*

---

1. Carina Gómez Fröde es doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Es actualmente Directora General de Arbitraje Médico en la CONAMED. Fue jefa de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y Directora del Seminario de Derecho Procesal. Fundadora de la videoteca jurídica de dicha institución. Abogada postulante en derecho procesal familiar y autora entre otros de Derecho Procesal Familiar (Porrúa) y El arte cinematográfico para la enseñanza del derecho y de la teoría general del proceso (Tirant Lo Blanch). Es miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Vicepresidente por México, Centroamérica y el Caribe del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y Ex Presidente del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal.

2. Papini, G. <http://www.librosmaravillosos.com/libronegro/index.html> (Fecha de consulta: 26 de mayo del 2018)

*mas de las almas humanas. La máquina se convertía en juez del ser viviente; la materia sentenciaba en las cosas del espíritu...Era algo demasiado espantoso, incluso para un hombre entusiasta por el progreso, como yo me jacto de serlo.* 50 años más tarde, Stephen Hawking auguraba que un ordenador de unos mil euros podrá ser tan complicado como el cerebro humano. Los procesadores podrán imitar el funcionamiento del cerebro y fabricar ordenadores que actúen de manera inteligente y consciente. Sin embargo, lo cierto es que los neurólogos todavía no están tan seguros de conocer a la perfección el cerebro humano.

Es un hecho que gracias a los avances de la ciencia y la tecnología, la forma en la que nos relacionamos los seres humanos se ha modificado radicalmente. Casi el 75% de la población mundial cuenta con un teléfono inteligente o con un ordenador o computadora.<sup>3</sup> Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) constituyen herramientas privilegiadas para el desarrollo de los individuos y de las sociedades al facilitar el manejo de información: crearla, compartirla, modificarla, enriquecerla y transformarla en conocimiento. El uso de las TIC se encuentra cada vez más difundido tanto por la aparición de nuevos dispositivos como por la reducción de los costos asociados. En virtud de la introducción de la tecnología a nuestros procesos jurisdiccionales nos hemos cuestionado si los futuros litigios serán resueltos por una computadora configurada con base a sistemas binarios que comprendan las diversas variables y automáticamente se obtenga la resolución final o por el contrario, ¿un juez de carne y hueso continuará en el vértice superior del triángulo procesal? ¿Será como hasta hoy, una persona con sentimientos y valores, una persona que respete los derechos humanos?<sup>4</sup>

En un pasado no tan remoto, los abogados escribíamos nuestras demandas, vistas, ofrecimientos de pruebas, alegatos o sentencias a mano; posteriormente las mecanografiábamos utilizando una máquina Remington, Olimpia, Olivetti, Smith Corona, Underwood (actualmente tesoros de los anticuarios). Le insertábamos papel calca para contar con copias de nuestros escritos. Acudíamos a la oficialía de partes del juzgado y se nos estampaba un sello que consignaba la fecha y la presentación del documento. Todavía hoy en México se suele utilizar hilo para coser los expedientes.<sup>5</sup>

---

3. <http://www.enter.co/cultura-digital/negocios/casi-el-75-de-la-poblacion-mundial-tiene-un-telefono-movil/>(Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018)

4. CHARRY GONZÁLEZ, A. «*Por un proceso civil con rostro humano*», *Escritos sobre diversos temas de derecho procesal*, [www.letrujil.files.wordpress.com](http://www.letrujil.files.wordpress.com) (Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018)

5. GOMÉZ FRÖDE, C. (Coord.) *El arte de litigar*. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, 2004, pp.101-120

Es una paradoja que actualmente muchos abogados contamos con una computadora con internet, tenemos correos electrónicos personalizados, usamos WhatsApp gracias al Wi fi, nos comunicamos por medio de mensajes, Twitter, Viber, Facetime, Skype, compramos libros y música gracias a App Store, llegamos a cualquier lugar del mundo gracias a Google maps, escaneamos fotos y documentos, ya no necesitamos ir a clases de idiomas pues podemos bajar aplicaciones como Duolingo, dictamos nuestros escritos y aparecen convertidos en letras automáticamente gracias a Dragon, y la imaginación no nos alcanzará para poder predecir lo que nos espera el futuro. Si la tecnología que actualmente utilizamos cotidianamente la aplicamos a nuestros procesos civiles y enviamos todos nuestros escritos por internet, celebramos las audiencias vía teleconferencias, notificamos vía electrónica a todos los que intervienen en el proceso, nos encontraremos ante un nuevo paradigma para el proceso jurisdiccional.<sup>6</sup>

Existen numerosos esfuerzos para modernizar nuestros sistemas procesales con la utilización de las nuevas tecnologías de información y comunicación, así como herramientas para que el proceso sea rápido, eficaz, e incluso se utiliza el calificativo de «neuro».<sup>7</sup> En Amsterdam, la juez Dory Reiling<sup>8</sup> sostiene que los niveles de implementación de las tecnologías de la información varían en Europa. Por ejemplo, en Holanda han servido para apoyar los procesos basados en formato de papel, pero no han usado la tecnología para cambiar radicalmente los procesos. Si bien, los jueces sí utilizan conexiones de internet para el correo electrónico y para consultar información. La conexión facilita el acceso a fuentes de investigación legal como leyes, decisiones de la corte o jurisprudencia. En cuanto a las videoconferencias en Europa y en Australia son utilizadas con mucha frecuencia primordialmente debido a las distancias, *la ventaja es que las personas no tienen que desplazarse, no solo los testigos, sino también los expertos y las partes*. La videoconferencia constituye una gran herramienta para el buen funcionamiento de un proceso y evita los desplazamientos inútiles. En España se utilizan desde la promulgación de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000. Alemania también cuenta con una modernización de las comunicaciones en materia jurisdiccional, además de registrar electrónicamente sus expedientes permite al juez dictar la sentencia a través de una computadora con firma y sellos escaneados.

6. GÓMEZ FRÖDE, C, *El proceso civil electrónico, una reflexión prospectiva*, en la Revista CONAMED, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, Vol.22, Número 1, enero-marzo,2017,p.23

7. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/normativa/electronico/documentos/110728.pdf> (Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018)

8. REILING, D. (2014) *E-justicia: experiencias con las tecnologías de la información en los tribunales de Europa*, [www.ijjusticia.com](http://www.ijjusticia.com). (Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018)



Muchos de nuestros tribunales han implementado sistemas de administración tecnológica de flujo de trabajo y sistemas de interacción entre los jueces y las partes. Se confeccionan firmas y archivos electrónicos para cada litigio, del cual se forman expedientes electrónicos. Si partimos de la base que no todos los procesos civiles tienen la misma complejidad, ya que existen áreas que se inclinan por sí mismas a la automatización como los procesos de pago, se podría afirmar que se abren diferentes oportunidades tecnológicas. Gracias a los diversos procesos de información, un proceso con resultados predecibles llevará fácilmente a la automatización del mismo, sin embargo igual sucederá si se trata de un proceso más complejo con más pruebas por desahogar. Es una realidad: los poderes judiciales en todo el mundo están utilizando las tecnologías para mejorar su desempeño y por tanto la administración de justicia. Pero reiteramos que en caso de mecanizar los procesos de pago, es probable que deje de intervenir la voluntad y la mente ser humano en la resolución del litigio.

Por su parte, el expediente electrónico contribuye de manera importante a la cultura de ahorro de papel y protección del medio ambiente. Es el medio informático por el cual se registran las actuaciones judiciales. En el expediente electrónico se almacenan las peticiones y documentos que las partes pretenden utilizar en el proceso. Las reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados que se agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria que en original. Estos expedientes electrónicos deben estar protegidos por medio de sistemas de seguridad de acceso y almacenados en un medio que garantice la preservación e integridad de los datos. Las actuaciones procesales podrán realizarse a través de medios electrónicos, informáticos, magnéticos, telemáticos u otros producidos por la tecnología.

## II. Aproximación a la prueba electrónica

La prueba electrónica constituye uno de los mayores retos del Derecho Probatorio.<sup>9</sup> Las comunicaciones habituales a través de redes sociales, correos electrónicos o teléfonos móviles ocasionan diariamente nuevos conflictos, los cuales han dado lugar a la creciente producción de leyes y jurisprudencia, no siempre uniforme, para interpretar y resolver los casos que se plantean ante los tribunales.<sup>10</sup>

---

9. ABEL LUCH, X y PICO, J, La prueba electrónica, ESADE, Bosch Editor, <http://www.esade.edu/es/articulos/valoracion-de-la-prueba-electronica/6756-286812> (Fecha de consulta: 5 de junio del 2018)

10. CARRANZA ABOGADOS, La prueba electrónica, <http://www.abogadoscarranza.com/content/la-prueba-electr%C3%B3nica> (Fecha de consulta: 16 de mayo del 2018)

La prueba electrónica conocida también como prueba digital, prueba tecnológica, prueba informática o ePrueba es un elemento cuya información se encuentra codificada en forma digital sobre un soporte lógico o físico en el cual se usan métodos electrónicos, fotolitográficos, ópticos o similares que se constituyen en la representación de actos, hechos o datos.<sup>11</sup> Es un medio de prueba presentada informáticamente y está compuesta de dos elementos, uno material que depende de un hardware, la parte física y visible de la prueba por ejemplo la carcasa de un Smartphone o una memoria USB, y por otro lado, un elemento intangible representado por un software consistente en los metadatos y archivos electrónicos modulados a través de las interfaces informáticas.<sup>12</sup>

En muchos países se reconoce como prueba, toda aquella información generada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza, en forma electrónica archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado, es decir, tanto las imágenes como los textos bases de datos y otros archivos pueden ser considerados pruebas electrónicas. A la prueba electrónica se le puede concebir como una prueba documental privada o pública, todo dependerá del origen de la misma. Para que la información almacenada de forma digital en un soporte electrónico tenga carácter de documento electrónico se exige que la información contenida pueda ser identificada de forma autónoma, constando tanto la fecha de su creación como la identidad del autor. Xavier Abel Lluch propone un concepto más amplio que documento, que incluya los documentos en soporte papel y en soporte distinto al papel (audiovisual, informático, o electrónico). En cuanto a su naturaleza existen tres teorías: a) Teoría autónoma: La prueba electrónica es una prueba independiente de la documental; b) Teoría analógica: La prueba electrónica es igual a la documental; c) Teoría de la equivalencia funcional: Ambas producen los mismos efectos jurídicos.<sup>13</sup>

**Características.** La prueba electrónica es volátil, es decir es fácilmente manipulable y vulnerable, además de intangible, sin que las modificaciones que en ésta se produzcan sean fácilmente detectables; es de fácil destrucción al ser una prueba frágil. La obtención de evidencias derivadas de un proceso comunicativo pudieran llegar a suponer una injerencia en el derecho al secreto de las

11. VÁZQUEZ PERROTA, M, *Crímenes y delitos de computadora y alta tecnología en la era de los convergentes*, Comisionado de apoyo a la reforma y modernización de la justicia, 2008, Santo Domingo, República Dominicana. [https://opacbiblioteca.intec.edu.do/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=113843&shelfbrowse\\_itemnumber=90209](https://opacbiblioteca.intec.edu.do/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=113843&shelfbrowse_itemnumber=90209) (Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018)

12. BUENO DE MATA, F. <http://www.conocimientojuridico.gov.co/red-expertos/la-prueba-electronica-desde-una-perspectiva-internacional/> (Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018)

13. PEREIRA, S, *La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*. Universidad de Girona, <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/104485/tspp.pdf> (Fecha de consulta: 4 de junio del 2018)

comunicaciones o a la intimidad de las personas que intervienen en el proceso comunicativo, por eso, los procedimientos de obtención de la prueba de las transacciones electrónicas deben evitar la vulneración de alguno de estos derechos, ya que si así sucede, la prueba obtenida se vuelve ilícita e inservible.

La prueba electrónica también es unilateral, ya que quien tiene una página web cuenta con el control técnico y los recursos informáticos, es decir, es el único habilitado para generar una prueba electrónica dentro de esa página web y por tanto, el único que tiene posibilidad de alterar o borrar los registros informáticos que acreditan lo que se muestra en dicha página. La prueba electrónica es de visualización mediata ya que requiere del hardware y software que permitan su visualización.<sup>14</sup>

La firma electrónica, sea avanzada o no, tiene el efecto jurídico equivalente a una firma manuscrita, por tanto, cualquier documento con firma electrónica resulta perfectamente admisible como prueba.

**Ofrecimiento o aportación.** Los documentos digitales deben de ofrecerse o aportarse en forma electrónica, es decir, en su formato original como lo es un USB, un CD, indicando el ordenador o computadora de dónde proceden. Existe además la posibilidad de certificar electrónicamente la prueba por un prestador de servicios de certificación, con lo cual se garantiza la integridad y autenticidad del documento. La firma electrónica está vinculada al firmante de manera única; se crea utilizando medios que aquel puede mantener bajo su control exclusivo. La firma digital garantiza la autenticidad e integridad del documento, así como posibilita detectar cualquier cambio o alteración del documento digital. Los sellos de tiempo son otra de las actividades relacionadas con la prueba digital. El sellado de tiempo Timestamping de acuerdo a estándares internacionales, es un mecanismo on-line que permite demostrar que una serie de datos han existido y no han sido alterados desde un instante específico en el tiempo.<sup>15</sup> Será recomendable para el que ofrezca la prueba presentarla en original o mediante una copia autenticada por fedatario público, obtener el certificado electrónico por un prestador de servicios de certificación, designar el equipo en donde se encuentra facilitando los datos para su identificación.

**Admisión y desahogo.** Para que una prueba electrónica sea admisible por los jueces, debe de cumplir con los requisitos que se exigen para cualquier otro

---

14. ANGUIANO JIMÉNEZ, JM, *La prueba electrónica en la banca digital. El soporte duradero*. <https://www.logalty.com/al-dia/2016/04/la-prueba-electronica-la-banca-digital-soporte-duradero/> (Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018)

15. VICENTE, A, *La prueba digital en la automatización de los procesos jurisdiccionales* en Nuevos paradigmas del Derecho Procesal, UNAM, México, 2016, p.612,613.

medio de prueba: la pertinencia, la utilidad y la licitud. La prueba electrónica deberá ser aportada bajo los principios de oralidad, contradicción, concentración, publicidad e intermediación, así como los principios de integridad, autenticidad, confidencialidad y claridad (comprensible, en un lenguaje que pueda ser entendido sin necesidad de conocimientos informáticos avanzados).

Si bien es admisible la transcripción y presentación en papel de una prueba digital, la exhibición de esa prueba debería limitarse a facilitar la lectura y valoración, sin embargo para otorgarle mayor valor probatorio sería recomendable acompañarla en su caso con el dispositivo electrónico correspondiente. Un problema que surge al ofrecer la prueba digital lo constituyen los sitios web de los poderes judiciales, cuya configuración impone un uso determinado de formatos o también sucede que existen limitaciones de tamaño. Al ofrecer una fotografía por ejemplo, quizá sea necesario reducirla de tamaño para que pueda ser incorporada en el sitio, y la pregunta que se formula Carrasco, es si dicha fotografía sufre entonces una manipulación, al perder su tamaño original. ¿Tiene esto alguna trascendencia? Cambios a las fotografías y videos pueden efectuarse con la ayuda de Photoshop o programas de diseño gráfico, por su parte, los hackers pueden alterar sitios web, manipular bases de datos y otros medios electrónicos. Después de hacerlo suelen cubrir sus rastros alterando también los registros de seguridad.<sup>16</sup> Lo mismo pasa con un correo electrónico, puede ser que, solamente utilicemos un fragmento de dicho correo y al ser así se deja de aportar y por tanto de valorar, la conversación completa que tuvieron en su caso las partes entre sí, lo cual podría consistir de una serie más extensa de cadena de correos, con lo que al sólo contar con un correo único y aislado se puede tergiversar o interpretar de manera equivocada el hecho que se pretende probar.

En muchos países son aplicables las reglas procesales generales sobre la actividad probatoria, entre ellas, la consistente en apercibir al oferente a proporcionar los medios de reproducción de instrumentos de filmación, grabación o semejantes ante el tribunal, a efecto de que las imágenes y sonidos sean captados directamente por el juez.

La prueba electrónica no sólo es común en los procesos jurisdiccionales y arbitrales, es incluso necesaria en la mayor parte de los casos dada las especiales características de las interacciones de los sujetos (comerciantes en distintas ubicaciones geográficas) que no siempre están en posibilidad de concurrir físi-

---

16. THOMSON, Lucy L., «Mobile devices, new challenges for admissibility of electronic evidence». *The SciTech Lawyer*, 2013, Volumen 9, No.3, Invierno/Primavera, P. [https://www.americanbar.org/groups/science\\_technology/publications/scitech\\_lawyer/2013/winter\\_spring\\_2013/mobile\\_devices\\_new\\_challenges\\_admissibility\\_electronic\\_evidence.html](https://www.americanbar.org/groups/science_technology/publications/scitech_lawyer/2013/winter_spring_2013/mobile_devices_new_challenges_admissibility_electronic_evidence.html) (Fecha de consulta:25 de mayo del 2018)

camente para celebrar actos jurídicos. La prueba electrónica tiene ventajas tanto en el aspecto económico (en relación a los inconvenientes de la manipulación y transporte de los documentos) como en el jurídico. En un futuro resultará más fácil evaluar la autenticidad del documento con ayuda de los metadatos que se generan con los archivos, de forma que será más ágil acudir ante una sola categoría de profesionales para verificar el origen y atribución de los documentos ofrecidos por las partes.

### III. Valor probatorio de los documentos electrónicos

¿Acaso la informática constituye un factor de cambio respecto al fenómeno probatorio?

*Julio Téllez*<sup>17</sup>

La información que circula por internet puede ser importante para acreditar o probar la vulneración de un derecho fundamental como la intimidad, el honor, la imagen, el secreto de las comunicaciones, así como el uso ilegítimo de la propiedad intelectual, fotos, textos, videos. Puede servirnos para probar en juicio, la comisión de delitos dentro de la red, como lo son entre otros, las amenazas, la revelación de secretos, fraudes, estafas, injurias y calumnias, uso no autorizado de datos personales, incumplimiento de contratos etc.<sup>18</sup>

Producto de la actividad digital se crean rastros o evidencias que pueden servir para probar conductas como ciber-acoso laboral, competencia desleal, fugas de información confidencial, uso indebido de medios tecnológicos, propiedad de las empresas.<sup>19</sup>También funciona para acreditar conductas de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, captación de grabaciones de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imágenes, registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, así como los registros remotos sobre equipos informáticos están ya reguladas y permitidas siempre y cuando éstas sean ordenadas judicialmente y bajo los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

---

17. TÉLLEZ VALDÉS, J. *Derecho informático*. México, 2009 Cap. 16: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1941/18.pdf>(Fecha de consulta 2 de mayo del 2018)

18. OLIVA LEÓN, R. *Presentación de la Prueba Electrónica, Validez y eficacia probatoria*. p.10, <https://www.juristasconfuturo.com/desafios-legales/> (Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018)

19. ROJAS ROSCO,R. La prueba digital en el ámbito laboral. ¿Son válidos por pantallazos? <http://raulrojas.es/234-2/> (Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018)

Sin embargo, la mayor parte de la información digital que se utiliza como prueba en los procesos judiciales carece del rigor suficiente para ser considerada legalmente como documento digital. En la práctica se observa que, gran parte de los operadores jurídicos aporta tanto una prueba copia impresa o transcrita, así como el documento electrónico; sin embargo, el principal problema aparece cuando convertimos esta prueba original en soporte electrónico a una copia impresa y únicamente facilitamos ésta última. Un acto en apariencia tan inocente como la impresión de una imagen, un pantallazo, un correo o mensajes enviados por WhatsApp, para su posterior aportación al proceso judicial supone la omisión de importantes datos de los que puede depender la valoración que finalmente se haga de los mismos.<sup>20</sup> La prueba electrónica al ser ofrecida mediante la aportación de un mero documento privado, por ejemplo, la impresión directa del equipo de informática particular sin la intervención de un funcionario público, puede constituir la impresión de un correo electrónico o un pantallazo de un mensaje de WhatsApp. Al presentarla de esta forma, al juez le podrían surgir serias dudas en cuanto a la autenticidad, por lo que en su caso deberá ser administrada y valorada en su conjunto con otras pruebas, como puede ser el interrogatorio de parte o testimoniales. Para poder realizar una correcta apreciación sobre el valor probatorio y alcance de la evidencia digital, tribunales españoles han establecido por ejemplo, cuatro supuestos en los que una captura de pantalla puede constituirse como una prueba digital: **CONVERSACIÓN DE WHATSAPP COMO DOCUMENTO EN EL PROCESO LABORAL**. El TSJ establece cuatro supuestos para aceptar como documento una conversación o mensaje de este tipo: a) cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); d) cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores.<sup>21</sup>

Existe poco material escrito dedicado expresamente a las percepciones de los jueces en relación a la prueba digital<sup>22</sup>. Varias investigaciones coinciden en que se suelen presentar complicaciones al momento de obtener información

20. CARRASCO MAYANS, S., *La alegalidad o limbo legal de* (Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018) *la prueba electrónica*, p.43, <https://www.faseconsulting.es/legal/la-alegalidad-o-limbo-legal-de-la-prueba-electronica> (Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018)

21. <https://www.iberley.es/jurisprudencia/whatsapp-proceso-laboral-sentencia-n-556-2016-tsj-galicia-sala-social-sec-1-rec-4577-2015-27-01-2016-47577258> (Fecha de consulta: 1 de abril del 2018)

22. KESSLER, GARY C., «Judges awareness, understanding, and application of digital evidence». *Journal of Digital Forensics, Security and Law*, Vermont, 2011, Vol. 6, [Phttp://commons.erau.edu/db-security-studies/25](http://commons.erau.edu/db-security-studies/25) (Fecha de consulta: 1 de junio del 2018)

por las siguientes razones:<sup>23</sup> Su alto *status* social, sus deberes de confidencialidad y el distanciamiento profesional, reticencia a participar en estudios que puedan mostrar las áreas en las que les son intelectualmente desfavorables, falta de relaciones y desconfianza en los investigadores o la academia. El problema se complica cuando no todos los jueces han tenido contacto con la evidencia digital, o tienen poca experiencia al valorar este tipo de pruebas.

Con el propósito de lograr la autenticidad de la información en la transcripción de un correo electrónico, mensajería instantánea y *chats*, se ha sostenido por una corte de Estados Unidos de Norteamérica que «la presencia de obvias omisiones» en algunas comunicaciones tiende a quitarle peso probatorio a la evidencia. *U.S. v. Lebowitz* 647 F. Supp. 2d 133 (N.D. Ga. 2009). Sin embargo, una corte federal en Nebraska excluyó completamente una versión «copiada y pegada» de un chat, al encontrar que las omisiones convertían a la evidencia en «no auténtica» *United States v. Jackson*, 2007 WL 1381772 (D. Neb. 2007).<sup>24</sup>

El sistema de valoración de la prueba electrónica en muchos países de tradición hispánica es el de la libre valoración de la prueba bajo las reglas de la sana crítica, son aplicables las reglas generales de valoración y adminiculación de las pruebas. El juez además puede contar con el apoyo del perito informático que acredita la existencia o no de manipulación del medio de prueba y con el apoyo de un prestador de servicios de certificación, determina la integridad de los datos y la corrección del origen de los mismos. Es decir, el valor probatorio de la evidencia digital dependerá del procedimiento elegido para su aportación en el juicio, así como las garantías ofrecidas para la verificación judicial de su autenticidad e integridad de la evidencia. Si del cotejo no se dedujera la autenticidad de una prueba electrónica el tribunal debería valorarla conforme a los principios de la sana crítica sin perjuicio de utilizar también testimoniales, interrogatorios a las partes y reconocimientos judiciales.

#### IV. La distribución de la carga de la prueba

Si la prueba digital no es objetada o impugnada, o si incluso es aceptada por la parte contraria, hará prueba plena. Si bien, todavía en ninguno de nuestros países está clara la existencia de alguna regla para la distribución formal de la carga de la prueba.<sup>25</sup> En el supuesto de que alguna de las partes dude sobre

---

23. ANLEU Y MACK, The professionalization of Australian magistrates Autonomy, credentials and prestige <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1440783308089169> (Fecha de consulta: 29 de mayo del 2018)

24. Idem.

25. DELGADO, M, La valoración de la prueba digital, Diario La Ley, No. 6, Sección Ciberderecho, 11 de abril de 2017, Editorial Waters Kluwer.

la autenticidad, alcance o valor probatorio, así como la integridad de la prueba electrónica; ésta podría ser objetada, incluso impugnada con el ofrecimiento de otra prueba sobre su falta de autenticidad, a través del cotejo pericial de letras, como en España. Se procede al cotejo de letras siempre que se niegue o se ponga en duda la autenticidad de un documento privado o público que carezca de matriz y no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiere expedido.<sup>26</sup> Por otro lado, para otorgarle mayor valor a la prueba digital, las partes interesadas podrán solicitar el reconocimiento judicial de dicha prueba. En la práctica hay ocasiones en que concurre una mera manifestación impugnatoria sin respaldo alegatorio. En caso de impugnación de falsedad de la firma electrónica reconocida con las que hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico: se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple con todos los requisitos y condiciones establecidos en la ley para este tipo de certificados. La carga de realizar las citadas comprobaciones correspondería a quien haya presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. De esta forma la parte oferente podría presentar la certificación de su firma.

## V. La garantía de origen, integridad, inalterabilidad y autenticidad de la prueba electrónica

La ciencia nos proporciona herramientas tecnológicas destinadas a garantizar el origen e integridad de los datos incorporados en un documento electrónico, la prueba electrónica por excelencia, gracias a los sellos de tiempo electrónico. Las funciones del hash constituyen una técnica informática de máxima importancia en lo relativo al aseguramiento de la prueba informática. Se basan en la obtención de datos a través de una copia espejo e identificando la información que se copia de forma única.<sup>27</sup> Así mismo, en muchas legislaciones se encuentran contempladas disposiciones relativas a la labor de los diversos profesionales especializados, dedicados a dotar de las máximas garantías a las pruebas obtenidas por medios digitales: notarios, los peritos informáticos, prestadores cualificados de servicios de confianza así como prestadores de servicios de certificación. El apoyo que estos auxiliares de la justicia brindan al proceso es muy

26. Artículo 349 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española señala: 1. Se practicará por perito el cotejo de letras cuando la autenticidad de un documento privado se niegue o se ponga en duda por la parte a quien perjudique. 2. También podrá practicarse cotejo de letras cuando se niegue o discuta la autenticidad de cualquier documento público que carezca de matriz y de copias fehacientes según lo dispuesto en el artículo 1221 del Código Civil, siempre que dicho documento no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiese expedido o por quien aparezca como fedatario interviniente. 3. El cotejo de letras se practicará por perito designado por el tribunal conforme a lo dispuesto en los artículos 341 y 342 de esta Ley.

27. PEREIRA,S, op.cit. p.268



importante si pretendemos dotar de validez y eficacia procesal a la prueba electrónica, es decir contar con la seguridad de que la prueba es fidedigna y descartar cualquier posibilidad de manipulación en el contenido de la información a efecto de estar en la aptitud de acreditar la autenticidad de la misma ante la autoridad judicial.

En Estados Unidos de Norteamérica, las Barras de abogados de los Estados de Florida y Carolina del Norte,<sup>28</sup> pretenden capacitar a sus miembros para convertirlos en expertos tecnológicos. Contrarios a dicha postura, abogados como jueces, no pretendemos convertirnos en peritos informáticos. El perito experto asesor del juez y de los abogados debe ser la persona idónea que podrá acceder al sistema e informar fehacientemente sí se ha producido una modificación a la prueba original. Es común que algunos especialistas (expertos en evidencia digital y/o electrónica) ofrezcan sus servicios privados para empresas. Estos peritos llamados informáticos se encargan de una labor de rastreo de la evidencia. Sin embargo, si esta actividad de rastreo o recuperación de información es realizada sin el conocimiento de la autoridad, la prueba podría estarse manipulando y tratándose de procesos penales se rompería la cadena de custodia, directriz esencial en materia electrónica.<sup>29</sup> Si la evidencia es manipulada u obtenida de manera ilegal corre el riesgo de ser inadmisibile.

Algunas de las pruebas que pueden ser autenticadas con la ayuda de la informática forense son: correos electrónicos, agendas electrónicas, teléfonos celulares, computadoras portátiles, grabaciones de voz con análisis de sonografía y espectografía, correo fotográfico, nóminas digitales, pagos por medios electrónicos. Pese a que los jueces y abogados no buscamos ser expertos en tecnología, cierto es que actualmente manejamos un ciberhabla, como un vehículo comunicativo virtual por excelencia, y no hay duda que por ejemplo, el emoticón es un importante elemento del mismo que debe ser estudiado de cara a comprender sus implicaciones en el futuro. Su uso e interpretación no es algo que se adquiera de manera natural y tampoco es universal, tal y como ocurre con la expresión e interpretación de las emociones en el lenguaje no verbal.<sup>30</sup>

---

28. GREENE, Michael, Do attorneys need mandatory Technology CLEs? N.C.Bar Says Yes, <https://biglawbusiness.com/do-attorneys-need-mandatory-technology-cles-n-c-bar-says-yes/8> (Fecha de consulta:21 de mayo del 2018)

29. NAVA GARCÉS, A. La prueba electrónica en materia penal, México, Porrúa, 2015,p. 232

30. CUADRADO, MARTÍN, FERNÁNDEZ, La expresión de las emociones en la comunicación virtual: El ciberhabla, <http://dehesa.unex.es/handle/10662/5647> (Fecha de consulta:5 de junio del 2018)

## VI. Breve referencia a la prueba electrónica en Argentina, Panamá, Uruguay y México

### A) Argentina

#### **Ángela Ester Ledesma**

*(Catedrática de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UBA, jueza de Cámara Federal de Casación Penal)*

**María Elena Godoy Berrocal** *(Profesora de Derecho Procesal Penal de la UBA y funcionaria de la Procuración General de la Nación).*

En general en Argentina, todas las demandas se presentan en soporte papel, incluso en jurisdicciones como la provincia de Buenos Aires, donde el resto de los escritos solo se incorporan en soporte electrónico. A modo ilustrativo nos referimos a ese estado provincial, dado que representa, por su extensión y densidad, más de un tercio de la república y fue uno de los primeros en informatizar los tribunales. En el sistema de administración de justicia de la Provincia de Buenos Aires, el portal de *Notificaciones y Presentaciones Electrónicas* de su Suprema Corte de Justicia Provincial, se constituye como parte esencial del modelo de expediente electrónico que está siendo implementado en los fueros Civil y Comercial, Contencioso Administrativo, de Familia, del trabajo y los organismos de la Administración de Justicia y dependencias de la Suprema Corte provincial al proporcionarle a los letrados, Auxiliares de la Justicia y organismos que participan del proceso, las herramientas para interactuar con el expediente electrónico desde la red Internet.

Entre las características del sistema se pueden destacar: Espacio de almacenamiento de documentos digitales accesible solo por el certificado de firma digital. Único para toda la Provincia de Buenos Aires. Confeccionar escritos, oficios o cédulas. Firmarlos Digitalmente. Presentar escritos u oficios en el organismo. Diligenciar digitalmente las cédulas a las partes. Realizar un seguimiento del estado y tratamiento en el organismo. Adjuntar documental firmada digitalmente en formato PDF. Acceso de solo lectura sin certificado digital. Firma electrónica o digital de presentaciones conjuntas.

La Suprema Corte de Justicia reglamento el uso *obligatorio y paulatino*, mediante el Acuerdo SCBA N° 3733, de fecha 20 de noviembre de 2014. El documento electrónico tiene valor en la medida que pueda ser verificada su autenticidad y confiabilidad, en cada caso según el documento de que se trate. En el punto más allá de la reglamentación provincial, a nivel nacional la emisión del Decreto 27/2018 de enero de 2018, cuyo objetivo fue desregular, desburocratizar y simplificar los trámites en el Estado, estableció la necesidad de incorpo-

rar las nuevas plataformas tecnológicas que faciliten la vinculación y las transformaciones entre los distintos organismos del Estado y, principalmente, con los ciudadanos, significó un gran avance que impacta en la valoración de dichos documentos.

En cualquier supuesto su impugnación puede atacar la validez y habilitar que por otros medios de prueba, sea pericial o informativa sea verificada su autenticidad, originalidad o confiabilidad de la copia, según el caso.

En el orden nacional, la regla que brinda marco general emana de la ley N° 26.685, ya referida por cuanto confiere a todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. El valor probatorio respecto a la utilización de firmas y certificados digitales se encuentra en la Ley N° 25.506, que iguala la firma digital con la firma ológrafa y otorga valor probatorio a los documentos firmados digitalmente. En cuanto a las certificaciones, deben gozar de firma digital y dan cuenta de su propia autenticidad y, en cuanto contengan la repetición exacta de lo que se quiere certificar, tal contenido estará abarcado por la firma digital del certificador. El documento electrónico ha sido definido como la información generada, enviada, recibida, almacenada y comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares. Al igual que la unidad documental expediente judicial incluye los proveídos, resoluciones, sentencias y todo otro tipo de comunicaciones, los que conjuntamente con los registros de audios y/o videos de las audiencias, conforman el Registro Electrónico del Caso Judicial (REC). En ello, hay dos aspectos que atender. El primero es proporcionar los requerimientos para el almacenamiento seguro en soportes o medios apropiados. El segundo solicitar a los equipos técnicos informáticos la adecuación a estándares y normas de seguridad, de datos y medios, proporcionando el mantenimiento e inalterabilidad de los registros en el transcurso del tiempo como los medios para su recuperación y gestión.

En suma, cualquier magistrado bien asesorado técnico-informáticamente debería darle una muy alta valoración ya que un documento firmado digitalmente tiene las características que obtiene de la firma digital que son: Identificación del autor. Asegura la integridad del contenido. Garantiza el no repudio. Actualmente se realizan videoconferencias, tanto usando tecnologías de uso privado y en su defecto tecnologías de uso público (ej, Skype) Respecto del uso del sistema de videoconferencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante la Acordada N° 4/2014, de fecha 26 de marzo de 2014, dispuso que es facultad exclusiva del Máximo Tribunal de la Nación, *la captura y transmisión de toda actividad procesal que se desarrolle en el Poder Judicial de la Nación*, que por su naturaleza merezca difusión pública, quedando a su disposición los recursos tecnológicos necesarios de toda la jurisdicción para su concreción.

En la Acordada N° 20/2013, de fecha 2 de julio de 2013, Corte Suprema de Justicia de la Nación, en uso de las facultades que le otorga la Constitución Nacional, reglamentó e implementó el uso de la videoconferencia en causas en trámite en los juzgados, tribunales orales y cámaras de apelaciones, nacionales y federales del Poder Judicial de la Nación, *cuando una persona que se halle fuera de la jurisdicción de un tribunal deba comparecer como imputado, testigo o perito, en caso de que no sea oportuno o posible que acuda personalmente en la sede del tribunal, éste podrá disponer que la audiencia se realice por videoconferencia.* Los operadores judiciales (peritos, consultores técnicos, etc.) implementan la entrega de actuaciones electrónicas utilizando el cálculo de «hash». Cada operador judicial tiene un equipo de examinadores forenses, y en caso de ser necesario se solicitan profesionales externos los cuales se inscriben en listas de espera para participar en causas.

## B) Panamá

**María Cristina Chen Stanziola,**

*Doctora en derecho por la Universidad Católica Santa María La Antigua. Doctoranda por la Universidad de Salamanca. Profesora Titular de la cátedra de derecho Mercantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.*

En Panamá, tanto el Código Judicial, como la ley de informatización de los procesos judiciales, regulan la presentación de una demanda, a través de los medios electrónicos de comunicación. Es así como la ley 75 del 18 de diciembre de 2015<sup>31</sup>, que subroga la ley 15 de 2008, que adopta medidas para la informatización de los procesos judiciales y dicta otras disposiciones, crea el Sistema Automatizado de Gestión Judicial y el Expediente Judicial Electrónico, que permite la presentación de la demanda, por medios electrónicos.

Una vez digitalizado los escritos e incorporados al Expediente Judicial Electrónico, en el plazo de cinco días hábiles, contados a partir de su presentación, las partes podrán retirar los escritos. Con excepción de las pruebas, poderes y evidencias, que se preservarán en el Centro de Custodia de Expedientes Vigentes o en su defecto, por el tribunal de la causa. (art. 21). La ley 51 de 2008<sup>32</sup>,

31. Panamá. De informatización de los procesos judiciales. Ley 75 de 18 de diciembre de 2015, que subroga la ley 15 de 2008, que adopta medidas para la informatización de los procesos judiciales y dicta otras disposiciones, Gaceta Oficial 27931 B, de 18 de diciembre de 2015.

32. Panamá. De documentos y firmas electrónicas. Ley 51 de 22 de julio de 2008, que define y regula los documentos electrónicos y las firmas electrónicas y la prestación de servicios de almacenamiento tecnológico de documentos y de certificación de firmas electrónicas y adopta otras disposiciones para el desarrollo del comercio. Gaceta Oficial 26090, de 24 de julio de 2008.

que regula las firmas y documentos electrónicos en Panamá, categoriza al documento electrónico, como una prueba documental.

Así mismo, el Código Judicial, Libro II, Título VII, Pruebas, Capítulo III, Documentos, en su artículo 873, habla del documento electrónico almacenado tecnológicamente, en los siguientes términos: Los documentos que se acompañen a los escritos o aquéllos cuya incorporación se solicite a título de prueba, podrán presentarse en su original, en copia en los casos del artículo 857, en copia fotostática, fotográfica o fotocopia o mediante cualquier otro procedimiento similar. Las copias fotográficas y similares que reproduzcan el documento y sean claramente legibles, se tendrán por fidedignas, salvo prueba en contrario. Si el juez o la parte contraria lo solicitare, deberá ser exhibido el documento original, siempre y cuando éste no haya sido almacenado tecnológicamente conforme a la ley. Se exceptúan los documentos negociables y cualquier otro que contenga crédito cedible o endosable. La ley 51 de 2008, contempla el documento electrónico, como una prueba documental y les otorga el mismo valor que sus originales. Así las cosas, el artículo 7 de la ley, afirma que: Admisibilidad y fuerza probatoria de documentos electrónicos. Los documentos electrónicos serán admisibles como medios de prueba y tendrán la misma fuerza probatoria otorgada a los documentos en el Libro Segundo de Procedimiento Civil del Código Judicial. En todo caso, al valorar la fuerza probatoria de un documento electrónico se tendrá presente la confiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado, y la confiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información.

Al asimilar el documento electrónico a la prueba documental, le son aplicables, las reglas probatorias para los documentos, establecidas en el Código Judicial, que distingue entre documentos públicos, (art. 834 C.J.) y privados, (art. 856 C.J.). Siendo entonces, que el documento electrónico público, es el que emana de una Institución Estatal y el privado, el que generan las partes, sin intervención de autoridad pública. La ley 75 sobre la informatización de los procesos judiciales, la cual tiene prelación sobre cualquier otra ley procesal aplicable a una controversia relativa la tramitación de los procesos en la República de Panamá, señala en su artículo 8 que las audiencias y diligencias podrán realizarse, a través de videoconferencias u otro medio de comunicación electrónica, cuando la comparecencia personal, no sea posible. Asimismo, en su artículo 34, esta ley contempla la celebración de audiencias y diligencias, en el Sistema Automatizado de Gestión Judicial, en el cual las audiencias y diligencias, serán grabadas en soportes tecnológicos y anexadas al Expediente Judicial Electrónico.

## C) Uruguay

*Margarita de Hegedus*

*Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Montevideo (UM) y Directora del Postgrado de Derecho Procesal Aplicado y de la Especialización en Derecho Procesal y Litigación de la misma Facultad. Presidenta de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal «Eduardo J. Couture»; miembro del Instituto iberoamericano de Derecho Procesal; y miembro honorario del Instituto uruguayo de Derecho Procesal.*

*Valeria Seines*

*Profesora Asistente en el Curso de Postgrado en Derecho Procesal de la Universidad de Montevideo. Cursando actualmente Máster en Derecho (LL. M.) con énfasis en derecho procesal en la Universidad de Montevideo.*

La Acordada de la Suprema Corte de Justicia N° 7731 de fecha 13/12/2011 establece pautas para el funcionamiento del Sistema de Gestión de los Tribunales (SGT), que establece como uno de sus pilares el expediente electrónico. El movimiento de los procesos puede consultarse vía Internet por cualquier persona. Para obtener los datos necesarios para realizar la consulta por Internet, se puede consultar telefónicamente o personalmente ante la Oficina de Recepción y Distribución de Asuntos los datos individualizantes de los procesos iniciados en Montevideo contra un sujeto determinado o por un sujeto determinado.

En relación al concepto de documento electrónico, el artículo 2 de la Ley N° 18.600 dispone que: «A los efectos de esta ley se entenderá por: (...) H) Documento electrónico o documento digital: representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo». No existe norma que los catalogue como prueba documental. Sin perjuicio de ello, el art. 175.1 del Código General del Proceso (CGP) establece que «Podrán presentarse toda clase de documentos, aunque no sean manuscritos, como ser fotografías, radiografías, mapas, diagramas, calcos, películas cinematográficas y otros similares». Los medios de prueba en formato digital constituyen prueba documental, o son medios de prueba no previstos en la legislación procesal, pero admisibles en tanto sean lícitos. El documento electrónico va desde la conversación por «sms», a través de una red social (ejemplo, Facebook, Twitter, WhatsApp, etc.), el envío y recepción de mails o la historia clínica electrónica (específicamente regulada en nuestro medio). En cuanto a la valoración de los documentos, la regla general a aplicar es la prevista en el artículo 140 del CGP, que refiere al criterio de la sana crítica. Sin perjuicio de ello, el documento electrónico suscripto con firma electrónica avanzada (art. 6 de la Ley N° 18.600) tendrá idéntico valor probatorio al documento público o al documento privado con firmas certificadas en soporte papel, por lo que en este caso, entendemos que se trata de prueba legal o tasada, o sea, aquella que la ley determina su eficacia probatoria. Adicionalmente, el

documento electrónico no hará fe respecto de su fecha, a menos que ésta conste a través de un fechado electrónico otorgado por un prestador de servicios de certificación acreditado.

La Ley N° 18.600 regula la admisibilidad, validez y eficacia jurídica del documento electrónico y de la firma electrónica. Se prevé dos tipos de firma electrónica, la común y la avanzada. El artículo 2 dispone que: «...se entenderá por *firma electrónica los datos en forma electrónica anexos a un documento electrónico o asociados de manera lógica con el mismo, utilizado por el firmante como medio de identificación, y por firma electrónica avanzada: «la firma electrónica que cumple los siguientes requisitos: 1) Requerir información de exclusivo conocimiento del firmante, permitiendo su identificación unívoca, 2) ser creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control, 3) ser susceptible de verificación por terceros, 4) estar vinculada a un documento electrónico de tal modo que cualquier alteración subsiguiente en el mismo sea detectable; y 5) haber sido creada utilizando un dispositivo de creación de firma técnicamente seguro y confiable y estar basada en un certificado reconocido válido al momento de la firma».*

En el caso de la firma electrónica común, las partes deben convenir cual va a ser el mecanismo de identificación que consideren seguro, dentro de los cuales podrán utilizarse claves, contraseñas, huella dactilar, etc. En cuanto a por quién y cómo se expide la firma digital, cabe destacar que la firma electrónica avanzada consiste en la firma creada por un sistema técnico de creación de firmas emitido por un Prestador de Servicios de Certificación acreditado ante la Unidad de Certificación Electrónica (art. 2 inc. K de la mencionada ley). Los requisitos para ser un prestador de servicios acreditado se encuentran determinados por la Ley N° 18.600 en su artículo 17. Pueden ser personas físicas o jurídicas constituidas y domiciliadas en Uruguay, que presenten garantía económica y solvencia suficiente para la prestación de los servicios, debiendo contar con personal calificado tanto en lo que hace a la prestación de servicios, seguridad y gestión, así como utilizar las herramientas y los estándares indicados por la UCE. En relación a los estándares técnicos se requieren para garantizar la seguridad, calidad y plena validez de la firma electrónica avanzada. En nuestra opinión existen amplias garantías en cuanto a la seguridad digital y a la identidad del otorgante. En la criptografía asimétrica existen dos claves, una es pública y la otra es privada. La clave pública es conocida por todos mientras que la clave privada es conocida únicamente por el titular. La clave privada es utilizada únicamente por el firmante para suscribir un documento. El receptor del documento accede a él mediante la clave pública correspondiente y puede identificar al firmante. Adicionalmente, la clave pública es la clave que permite acceder a los documentos firmados electrónicamente.

Por su parte, el certificado electrónico es un documento electrónico firmado electrónicamente que da fe del vínculo entre el firmante o titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica (art. 2 de la Ley N° 18.600). Se trata de un documento electrónico emitido por una Autoridad de Confianza que asocia una clave pública con la identidad de su propietario.

Por lo tanto, un documento electrónico firmado con un certificado garantiza:

- La autenticidad de las personas y entidades que intervienen en el intercambio de información.
- La integridad de la información intercambiada, asegurando que no se produce ninguna manipulación de datos.
- El no repudio, que garantiza al titular del certificado que nadie más que él puede generar una firma vinculada a su certificado y le imposibilita a negar su titularidad en los documentos o mensajes que haya firmado.

La Ley N° 18.600 que regula el instrumento electrónico, consagra en sentido amplio la admisibilidad tanto de los instrumentos electrónicos públicos, como privados. El artículo 8 se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de confeccionar instrumentos electrónicos públicos. Tales instrumentos tendrán análoga tasa legal que los instrumentos públicos expresados en soporte papel. A partir de la Ley N° 18.600 se consagra expresamente la firma electrónica avanzada, la cual dota al documento que la contenga con análogos efectos que el documento privado con firmas certificadas (art. 6°, inc. 2°). Por ende, se reconoce una nueva forma de obtención de autenticidad respecto de los instrumentos electrónicos privados, consistente en la certificación de firmas, recurriendo a prestadores de servicios de certificación acreditados.

## D) México

El Código Civil Federal reconoce la celebración de actos jurídicos a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, mientras que el Código Federal de Procedimientos Civiles contempla como prueba la información contenida en los medios electrónicos, ópticos o de cualquier tecnología y otorga una serie de reglas al juzgador para su debida valoración.<sup>33</sup> Para valorar la fuerza probatoria de la información se estimará primordialmente la fiabilidad del método con el que se haya obtenido la prueba. Los documentos digi-

33. OLMOS JASSO, M. Valor probatorio de los documentos electrónicos, <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/valorprobatoriodelosmedios electronicos.pdf>, (Fecha de consulta: 3 de abril del 2018)



tales que no contengan firma digital deberán de valorarse como indicios y deberán ser administrados con otros medios de prueba. Para otorgar certeza jurídica y seguridad informática a aquellos actos realizados a través de medios digitales se utilizan los certificadores electrónicos emitidos por un prestador de servicios de certificación.<sup>34</sup>

Una de las leyes más avanzadas en cuanto a la regulación de las pruebas electrónicas en México es la Ley Federal del Trabajo, la cual entró en vigor en diciembre del 2012 y ha incluido como elementos probatorios a todos aquellos aportados por los avances de la ciencia. El oferente deberá proporcionar los instrumentos, aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el contenido de los registros y reproducirse los sonidos e imágenes, por el tiempo indispensable para su desahogo. Así mismo se han definido los conceptos siguientes: **a)** Autoridad Certificadora: **b)** Clave de acceso: **c)** Certificado Digital: **d)** Contraseña: **e)** Clave privada: **f)** Clave pública: **g)** Destinatario **h)** Documento Digital: la información que sólo puede ser generada, consultada, modificada y procesada por medios electrónicos, y enviada a través de un mensaje de datos; **i)** Emisor **j)** Firma electrónica **k)** Firma Electrónica Avanzada **l)** Firmante **m)** Medios de Comunicación Electrónica, **n)** Medios Electrónicos **ñ)** Mensaje de Datos **o)** Número de identificación personal (NIP) **p)** Sistema de información.

La parte que ofrezca algún documento digital o cualquier medio electrónico, deberá cumplir con lo siguiente: I. Presentar una impresión o copia del documento digital; y II. Acompañar los datos mínimos para la localización del documento digital, en el medio electrónico en que aquél se encuentre. En el desahogo de la prueba de medios electrónicos, se observarán las normas siguientes: El juzgador designará el o los peritos que se requieran, a fin de determinar si la información contenida en el documento digital se encuentra íntegra e inalterada, tal y como fue generada desde el primer momento, ubicándola en tiempo y espacio entre el emisor y destinatario. Se podrá comisionar al actuario para que asociado del o los peritos designados, dé fe del lugar, fecha y hora en que se ponga a disposición de éstos, el medio en el cual se contenga el documento digital. Si el documento digital o medio electrónico, se encuentra en poder del oferente, éste deberá poner a disposición del o los peritos designados, los medios necesarios para emitir su dictamen, apercibido que de no hacerlo se decretará desierta la prueba. Si el documento digital o medio electrónico se encuentra en poder de la contraparte, se deberá poner igualmente a disposición del o los peritos designados, con el apercibimiento de que, en caso de no hacerlo, se establecerá la presunción de ser ciertos los he-

---

34. <https://www.gob.mx/tramites/ficha/acreditacion-como-prestador-de-servicios-de-certificacion-de-firma-electronica-avanzada-para-notarios-y-o-corredores-publicos-y-o-personas-morales-y-o-instituciones-publicas-en-el-servicio-de-sellos-digitales-de-tiempo/SE2411> (Fecha de consulta: 2 de febrero del 2018)

chos que el oferente exprese, en relación con el documento digital. Si el documento digital o medio electrónico se encuentra en poder de un tercero, éste tiene la obligación de ponerlo a disposición del juzgador.

Cada día son más las pruebas digitales que se ofrecen a diario en tribunales de todas las materias sustantivas y por ello se han establecido algunos criterios jurisprudenciales que resultan útiles para los operadores jurídicos: Ejemplo de ellos es la exigencia de la licitud de la prueba a efecto de no violentar derechos humanos. *«La prueba electrónica o digital en el proceso penal. Las evidencias provenientes de una comunicación privada llevada a cabo en la red social vía mensajería sincrónica (Chat) para que tengan eficacia probatoria deben satisfacer como estándar mínimo haber sido obtenidas lícitamente y que su recolección conste en una cadena de custodia.»*<sup>35</sup> Pruebas en el incidente de suspensión derivado del juicio de amparo indirecto. Naturaleza y características de los videos contenidos en medios electrónicos para que puedan producir convicción plena...*resulta imprescindible atender al avance actual de los conocimientos científicos y tecnológicos pues los datos, imágenes, palabras o signos ya no constan solamente en documentos de papel sino que pueden fácilmente contenerse en aparatos electrónicos, una vez reproducido queda desahogado...el video contenido en medios electrónicos es útil para constituir un indicio.*<sup>36</sup>

## VII. Retos para el futuro

Entre jueces y magistrados predomina la duda y la desconfianza ante los conceptos de ciber-seguridad. Se cuestionan si es un mito o una realidad, pues parece que todo puede ser tan manipulable<sup>37</sup>. De ataques cibernéticos tenemos varios ejemplos que nos preocupan: Cambridge analytica y Facebook<sup>38</sup>; o los servicios digitales de la salud pública inglesa que sufrieron un ataque cibernético que inhabilitó en el año 2017 la disponibilidad de informaciones importantes como los registros de pacientes, horarios de consultas y líneas y correos electrónicos internos.<sup>39</sup> El Banco de México en mayo del 2018 acaba de sufrir un ciberataque en sus sistemas bancarios de diversas instituciones financieras, debido a ello, **\$300 millones de pesos fueron desviados desde tres bancos,**

35. <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2013/2013524.pdf> (Fecha de consulta: 4 de junio del 2018)

36. <http://poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/b2detesis-aislada-comun-11.pdf>

37. DOLADO PÉREZ, A. Prólogo de La prueba electrónica, <https://ecija.com/wp-content/uploads/2016/09/EBOOK-Sept-16PruebaElectronicagran-final.pdf> (Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018)

38. <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/jorge-g-castaneda/cambridge-analytica-en-mexico> (Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018)

39. <http://www.24horas.cl/internacional/hospitales-son-afectados-por-hackeo-masivo-en-inglaterra-2381947#> (Fecha de consulta 28 de mayo del 2018)

**una casa de bolsa, y una caja de ahorro.**<sup>40</sup> Los Panama papers no fueron la única filtración de secretos bancarios. Hubo otras antes y seguirá habiéndolas. A pesar de que la información y las tecnologías móviles han mejorado las vidas de miles de personas, no se debe olvidar el derecho básico a la privacidad y la confidencialidad.<sup>41</sup>

No podemos más que preocuparnos y sobre todo ocuparnos. Si partimos del hecho de que todo puede ser manipulable; ¿los medios de auxilio técnico serán suficientes para detectar entre lo dubitable e indubitable, entre lo lícito y lo ilícito? El gran reto dentro de la moderna administración judicial es sin lugar a dudas la protección de datos y la seguridad del sistema para garantizar su eficacia en términos de confiabilidad y perdurabilidad. Paralelamente muchos de nuestros países debemos dar cumplimiento a los requerimientos impuestos a nivel internacional a través del Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest,<sup>42</sup> primer tratado internacional que busca hacer frente a los delitos informáticos y los delitos en Internet mediante la armonización de leyes nacionales, mejora de las técnicas de investigación y aumento de la cooperación entre las naciones. El convenio significa igualar en todos los países las reglas relacionadas con el derecho penal y disposiciones conectadas al área de los delitos informáticos, así como medidas para que la cooperación entre países sea rápida y eficaz.

Para parte de la doctrina resulta vital, en aras de la protección del debido proceso y las garantías constitucionales de los sujetos sometidos a proceso, una regulación específica en todas las legislaciones procesales de la prueba digital detallándose en forma precisa y exhaustiva los procedimientos a realizarse en: 1. La pre-constitución de prueba digital, mediante: a. La prueba digital en los correos electrónicos (e-mails), b. La prueba digital en los teléfonos inteligentes (Smartphone), c. La prueba digital en las imágenes digitales, d. La prueba digital en las redes sociales, e. La prueba digital en la Computación de la nube (Cloud Computing); como así también los métodos de pericia sobre la prueba digital y la debida y correcta conservación de la prueba digital<sup>43</sup>. Sin embargo, si bien las regulaciones procesales presentan lagunas en relación a la regulación de la prueba electrónica, una regulación muy detallada podría quedar en desuso por la rápida evolución de estos medios probatorios. Como la tecnolo-

40. <https://www.poderpda.com/seguridad/banxico-confirma-robo-de-300-millones-de-pesos-tras-ciberataque-a-la-banca-mexicana/> (Fecha de consulta: 5 de junio del 2018)

41. *HIV status disclosure in a digital age*, The Lancet HIV Published: June 2018, DOI: [https://doi.org/10.1016/S2352-3018\(18\)30109-7](https://doi.org/10.1016/S2352-3018(18)30109-7) (Fecha de consulta: 5 de junio del 2018)

42. La Ley N° 27.441, de fecha 22 de noviembre de 2017 y promulgada el 15 de diciembre de 2017, aprobó el *Convenio sobre ciberdelito* del Consejo de Europa, adoptado en la Ciudad de Budapest, Hungría, el 23 de noviembre de 2001.

43. SUEIRO, CARLOS, C., *La prueba digital y el nuevo código procesal penal*, en DPI Doctrina Penal de fecha 29 de mayo de 2015.

gía no va a dejar de avanzar, las distintas regulaciones deberán plantearse diferentes cambios tecnológicos, por lo que convendría considerar si será más conveniente contar con una legislación exclusiva que regule de manera autónoma los medios y pruebas electrónicos.

Otro reto a perseguir es el cambio cultural que se requieren los distintos operadores de justicia acostumbrados al papel, como forma de documentar los distintos actos del proceso. Se debe trabajar en capacitación en forma conjunta entre profesionales en informática y en derecho, para brindar todas las garantías necesarias a los usuarios del sistema judicial. Aún nos queda mucho por hacer.

## VIII. Bibliografía

- ABEL LUCH, X y PICO, J, *La prueba electrónica*, ESADE, Bosch Editor, <http://www.esade.edu/es/articles/valoracion-de-la-prueba-electronica/6756-286812>
- ANLEU y MACK, The professionalization of Australian magistrates *Autonomy, credentials and prestige* <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1440783308089169>
- ANGUIANO JIMÉNEZ, JM, *La prueba electrónica en la banca digital. El soporte duradero*. <https://www.logalty.com/al-dia/2016/04/la-prueba-electronica-la-banca-digital-soporte-duradero/>
- BUENO DE MATA, F. <http://www.conocimientojuridico.gov.co/red-expertos/la-prueba-electronica-desde-una-perspectiva-internacional/>
- CARRANZA ABOGADOS, La prueba electrónica, <http://www.abogadoscarranza.com/content/la-prueba-electr%C3%B3nica>
- CARRASCO MAYANS, S., *La alegalidad o limbo legal de* (Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018) *la prueba electrónica*, p.43, <https://www.faseconsulting.es/legal/la-alegalidad-o-limbo-legal-de-la-prueba-electronica>
- CHARRY GONZÁLEZ, A. «*Por un proceso civil con rostro humano*», *Escritos sobre diversos temas de derecho procesal*, [www.letrujil.files.worldpress.com](http://www.letrujil.files.worldpress.com)
- CUADRADO, MARTÍN, FERNÁNDEZ, La expresión de las emociones en la comunicación virtual: El ciberhabla, <http://dehesa.unex.es/handle/10662/5647>
- DELGADO, M, *La valoración de la prueba digital*, Diario La Ley, No. 6, Sección Ciberderecho, 11 de abril de 2017, Editorial Woters Kluwer,
- DOLADO PÉREZ, A. Prólogo de *La prueba electrónica*, <https://ecija.com/wp-content/uploads/2016/09/EBOOK-Sept16PruebaElectronicagran-final.pdf>
- HAWKING, S., *El universo en una cáscara de nuez*, Planeta, Barcelona, 2001, p.170
- KESSLER, GARY C., «*Judges awareness, understanding, and application of digital evidence*». *Journal of Digital Forensics, Security and Law*, Vermont, 2011, Vol. 6, [Phhttp://commons.erau.edu/db-security-studies/25](http://commons.erau.edu/db-security-studies/25)
- GÓMEZ FRÖDE, C. (Coord.) *El arte de litigar*. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, 2004, pp.101-120
- GÓMEZ FRÖDE, C, *El proceso civil electrónico, una reflexión prospectiva*, en la Revista CONAMED, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, Vol.22, Número 1, enero-marzo, 2017, p.23

- GREENE, Michael, *Do attorneys need mandatory Technology CLEs?* N.C.Bar Says Yes, <https://biglawbusiness.com/do-attorneys-need-mandatory-technology-cles-n-c-bar-says-yes/>
- NAVA GARCÉS, A. *La prueba electrónica en materia penal*, México, Porrúa, 2015, p. 232
- OLIVA LEÓN, R. *Presentación de la Prueba Electrónica, Validez y eficacia probatoria*. p.10, <https://www.juristasconfuturo.com/desafios-legales/>
- OLMOS JASSO, M. *Valor probatorio de los documentos electrónicos*, <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/valorprobatoriodelosmedios electronicos.pdf>
- PAPINI, G. *El tribunal electrónico en El Libro negro*, <http://www.librosmaravillosos.com/libro-negro/index.html>
- PEREIRA, S. *La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*. Universidad de Girona, <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/104485/tspp.pdf>
- REILING, D. (2014) *E-justicia: experiencias con las tecnologías de la información en los tribunales de Europa*, [www.iijusticia.com](http://www.iijusticia.com)
- ROJAS ROSCO, R. *La prueba digital en el ámbito laboral. ¿Son válidos por pantallazos?* <http://raulrojas.es/234-2/> (Fecha de consulta: 2 de mayo del 2018)
- SUEIRO, CARLOS, C. *La prueba digital y el nuevo código procesal penal*, en DPI Doctrina Penal de fecha 29 de mayo de 2015
- TÉLLEZ VALDÉS, J. *Derecho informático*. México, 2009 Cap. 16: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1941/18.pdf>)
- THOMSON, Lucy L., «*Mobile devices, new challenges for admissibility of electronic evidence*». *The SciTech Lawyer*, 2013, Volumen 9, No.3, Invierno/Primavera, P.
- VÁZQUEZ PERROTA, M. *Crímenes y delitos de computadora y alta tecnología en la era de los convergentes*, Comisionado de apoyo a la reforma y modernización de la justicia, 2008, Santo Domingo, República Dominicana. [https://opacbiblioteca.intec.edu.do/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=113843&shelfbrowse\\_itemnumber=90209](https://opacbiblioteca.intec.edu.do/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=113843&shelfbrowse_itemnumber=90209)
- VICENTE, A. *La prueba digital en la automatización de los procesos jurisdiccionales en Nuevos paradigmas del Derecho Procesal*, UNAM, México, 2016, p.612,613.

Agradezco a mis amigas profesoras procesalistas Ángela, María Elena, María Cristina, Margarita y Valeria su generosa participación.

Ciudad de México, a 15 de junio del 2018.

# Challenges of Electronic Taking of Evidence: Old Problems in a New Guise and New Problems in Disguise

---

Xandra Kramer<sup>1</sup>

*«If it's a 'winkie' there's flirtatiousness or a sort of a fun to it ...  
With smiles, there might be a politeness or a friendliness. If there's a 'frowny' face,  
it's indicating you don't like what's happening.»<sup>2</sup>*

- *New York Times* article on the meaning of emojis as evidence

## 1. Introduction

The rapid evolution of technology and the digitisation of our society are without doubt the biggest accelerators of change in the law and practice of evidence taking.<sup>3</sup> In the United States, electronic discovery has been referred to as the hottest topic in litigation.<sup>4</sup> Electronic evidence taking not only raises legal

---

1. Professor of Private Law, Erasmus University Rotterdam, and Professor of Private International Law, Utrecht University (The Netherlands). This research has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme (grant agreement No 726032), ERC consolidator project 'Building EU Civil Justice: challenges of procedural innovations - bridging access to justice'; see <[www.euciviljustice.eu](http://www.euciviljustice.eu)>. I am grateful for all the information and insights provided by the national experts for the purpose of this paper, see Section 2.1.

2. B Weiser, 'At Silk Road Trial, Lawyers Fight to Include Evidence They Call Vital: Emoji' *New York Times* (quoting linguist Tyler Schnoebelen, New York, 28 January 2015) <<https://www.nytimes.com/2015/01/29/nyregion/trial-silk-road-online-black-market-debating-emojis.html>> accessed 30 August 2018.

3. CH van Rhee and A Uzelac, 'Evidence in Civil Procedure: The Fundamentals in Light of the 21st Century' in CH van Rhee and A Uzelac (eds), *Evidence in Contemporary Civil Procedure: Fundamental Issues in a Comparative Perspective* (Intersentia 2015) 4; B Schafer and S Mason, 'The Characteristics of Electronic Evidence' in S Mason and D Seng (eds), *Electronic Evidence* (4th edn, Institute of Advanced Legal Studies 2017) 23-25.

4. RL Marcus, 'Introduction' in S Scheindlin and D Capra (eds), *The Sedona Conference, Electronic Discovery and Digital Evidence, Cases and Materials* (2nd edn, West Academic Publishing 2015) 1.

questions but also has societal implications. People share their thoughts and—usually insignificant—daily events through wide-reaching social media, often with little forethought, and, for most of us, our smart phone contains a rich body of information on many aspects of our lives. In recent years, the gathering of electronic evidence has also attracted media attention. One topic that has gained attention is the use of information gathered from social media and networks such as *Facebook*, *Twitter*, and *WhatsApp*, and by accessing electronic devices for the purpose of collecting evidence. Well known is the public dispute between the FBI and *Apple* resulting from FBI requests to unlock iPhones for the purpose of criminal investigations, where national security, data protection, civil liberties, and of course commercial interests come into play. The most noteworthy example perhaps is the encryption dispute following the terrorist attack in Bernadino (CA, United States) in 2015, when the FBI requested that *Apple* unlock the shooter's iPhone, and *Apple* refused – supported, among others, by *Facebook* and *Twitter*.<sup>5</sup> The recent *Facebook* privacy scandals, including *Cambridge Analytica*, only show how vulnerable our social network information is. Another related topic that has received attention in legal scholarship and the media is the use of emoticons and emojis as evidence in courts, as referenced in the quote above from the *New York Times*, and coming from a linguist. It reports on the high-profile *Silk Road* case, concerning a trial in the Federal District Court in Manhattan, in which a person was charged with running an online black-market bazaar, and it was considered crucial that emojis be included in the oral presentation of written evidence.<sup>6</sup>

The topic of electronic or digital evidence raises legal and practical questions that are not in all respects new or unique. Tangible evidential material of a highly technical or personal nature (e.g. DNA) has raised similar questions, and already in the paper age, in many common law countries, discovery and disclosure were often considered time-consuming, complicated, and expensive. However, the immense volume of electronic information, the rapid and unprecedented technological developments, the role of electronic devices in our daily lives, and the unlimited possibilities of connecting devices and data – the Internet of Things – also pose new challenges, some of which we might not yet be fully aware.

---

5. See e.g. D Yadron, Spencer Ackerman and Sam Thielman, 'Apple Accuses FBI of Violating Constitutional Rights in iPhone Battle' *The Guardian* (San Francisco/New York, 25 February 2018) <<https://www.theguardian.com/technology/2016/feb/25/apple-fbi-iphone-encryption-request-response>> accessed 30 August 2018.

A Holpuch, 'Tim Cook Says Apple's Refusal to Unlock iPhone for FBI Is a 'Civil Liberties' Issue' *the Guardian* (New York, 22 February 2016) <<https://www.theguardian.com/technology/2016/feb/22/tim-cook-apple-refusal-unlock-iphone-fbi-civil-liberties>> accessed 30 August 2018.

6. *United States of America v. Ross William Ulbricht* USA33s-274 (Ed. 9-25-58) (United States District Court, Southern District of New York 2014).

The topic of electronic evidence is a very broad and raises a range of issues. Following the designated topic within the context of this conference book on evidence, this paper will focus on the present problems and future challenges of electronic evidence. It is to a great extent based on the eleven national reports and overviews collected for this purpose.<sup>7</sup> It aims to map the legislative frameworks, to discuss the most important legal issues electronic evidence has raised in the different jurisdictions, and to point to some of the future challenges.

## 2. Electronic Evidence: National Approaches and Definition

### 2.1. Jurisdictional Approaches: National Reports and Topical Issues

For the purpose of this paper, a brief survey was prepared and distributed, requesting concise reports to obtain basic information on the legal framework and on problems and challenges regarding electronic evidence. In the introductory part of the survey, it is acknowledged that the topic of electronic evidence is extensive, and may spur a wide array of diverse issues ranging from the collection, storage, and preservation to the authentication, validation, and application of electronic evidence, and raising questions on privacy, cost, ethics, and procedural management. The survey was kept open on purpose to enable national experts to address the issues that were considered most pertinent in their jurisdictions. They were asked to: (1) provide a short description of the legal framework in place and of recent legislative amendments regarding electronic evidence; (2) discuss briefly the relevant recent case law on important aspects of electronic evidence; (3) indicate what they consider to be the most important current problems and future challenges relating to electronic evidence in their jurisdictions.

More extensive reports and brief overviews were obtained from eleven jurisdictions in Europe, Asia, and North America.<sup>8</sup> For *Europe*, these include Belgium (Wannes Vandebussche, Leuven University); England & Wales (John Sorabji, University College London); France (Etienne Vergès, University Grenoble Alpes); Germany (Gabriel Prado Ojea and Christian Heinze, Hannover University); Italy (Fabio Rota and Elisabetta Silvestri, University of Pavia); the Netherlands (Marten

7. See Section 2.1 for acknowledgements.

8. The selection excluded Latin America and Spain, as these are covered by the general report included in the present volume by Carina Gómez Fröde, *La Prueba Electrónica Problemas del Presente y Retos del Futuro el Uso de Recursos Tecnológicos y Electrónicos Durante la Tramitación de Procesos Jurisdiccionales*.



Voulon, ABN Amro);<sup>9</sup> Norway (Magne Strandberg, University of Bergen); and Poland (Kinga Flaga-Gieruszyńska and Aleksandra Klich, University Szczecin). For *Asia*, reports have been prepared on China (Zhang Zhong and students,<sup>10</sup> China University of Political Science and Law; Jiao Feng, Zhejiang University of Finance and Economics) and Japan (Shusuke Kakiuchi, University of Tokyo; Nozomi Tada (Seinan Gakuin University). For *North America*, a report has been prepared on Canada (Cléa Iavarone-Turcotte and Fabien Gélinas (McGill University). In addition, Richard Marcus (Hastings University) kindly provided information on topical issues in the United States.<sup>11</sup> In support of this report, Eris Themeli (Erasmus University Rotterdam) authored a short paper on e-evidence derived from data obtained from personal electronic devices and on privacy rights.

From the national reports, it is clear that the developments and issues regarding electronic evidence to a great extent run parallel. This is only logical, since the technological advancements do not have geographical boundaries, and legislators and adjudicators cannot do other than respond to these. The recognition of electronic documents as legally valid in the various jurisdictions is in part also based on or inspired by international and regional instruments on contract law, e-commerce, and e-signatures: for instance, in Europe the e-Signature Directive and its successor, the Electronic Identification and Trust Services (eIDAS) Regulation.<sup>12</sup> In some countries, the status of electronic evidence in civil law cases has not yet been explicitly recognised. This is most notably the case in Japan, as is clear from the national reports.

The importance of electronic evidence in court practice, the issues it raises, and the legislative framework, however, differ somewhat per country. As is evident from the reports, in some countries, electronic evidence is discussed primarily in the area of criminal law, and to date has received relatively little attention in the area of civil law and procedure. This seems to be the case in China in particular, but electronic evidence in criminal law is also treated more extensively in Belgium and the Netherlands among others. In common law countries, and in particular the United States and England and Wales, electronic discovery and

9. Home jurisdiction of the author. Information was also gathered by Kyra Hanemaayer, student assistant at Erasmus University Rotterdam.

10. Gao Pengzhi, Huang Yage, Liao Siyun, Li Yaocheng, Ju Liangge, Ren Rushi, Li Yanling, Xu Yujie, Suo Zixuan, Gao Pengzhi, Zu Sifan, Jia Menglu.

11. These are primarily updates from the Bloomberg BNA E-Discovery News. An extensive handbook on the topic in the US is by S Scheindlin and D Capra, *The Secona Conference, Electronic Discovery and Digital Evidence, Cases and Materials* (2<sup>nd</sup> edn, West Academic Publishing 2015).

12. Regulation (EU) 910/2014 of 23 July 2014 on Electronic Identification and Trust Services for Electronic Transactions in the Internal Market and Repealing Directive 1999/93/EC, OJ 2014, L 257/73 (Electronic Identification and Trust Services (eIDAS) Regulation) [2014] OJ L257/73 (eIDAS Regulation). This Regulation became applicable on 1 July 2016 and Directive 1999/93/EC and replaces the 1999 eSignature Directive.

disclosure, respectively, are the focus of the discussion. In civil law countries, the focus seems to be not so much on the gathering of evidence, but rather discussions evolve primarily around the authentication and evaluation of the evidence, while also concerns regarding privacy are more at the forefront.

## 2.2. Defining Electronic Evidence

Electronic evidence, also called digital evidence or computer evidence, is a broad term, and different definitions are used.<sup>13</sup> While many civil procedural and criminal codes specifically mention electronic documents or other digital materials as means of evidence, the term electronic evidence is usually not defined.

At the international level, in the area of criminal law and for the purpose of collecting electronic evidence, the Council of Europe Convention on Cybercrime (Budapest Convention) refers to 'evidence in electronic form', without further specification.<sup>14</sup> In the 2018 EU Commission proposal on a European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters, which builds on the Budapest Convention, electronic evidence is defined as 'evidence stored in electronic form by or on behalf of a service provider at the time of receipt of a production or preservation order certificate, consisting in stored subscriber data, access data, transactional data and content data'.<sup>15</sup> The terms 'subscriber data', 'access data', 'transactional data', and 'content data' are also defined. While the first three refer to the purpose and the type of data, the latter is defined as 'data stored in a digital format such as text, voice, videos, images and sound'.<sup>16</sup> In the eIDAS Regulation on electronic signatures, electronic documents are defined as 'any content stored in electronic form, in particular text or sound, visual or audiovisual recording'.<sup>17</sup>

Both for civil and criminal cases, Mason and Seng (2017) have proposed the following useful definition of electronic evidence: 'data (comprising the output of devices or data in digital form) that is manipulated, stored or communicated by any manufactured device, computer or computer system or transmitted over a communication system, that has the potential to make the factual account of either party more probable or less probable than it would be without

13. SCHAFFER and MASON (n 2) 18-20.

14. CoE, Convention on Cybercrime, Budapest, 23.XI.2001. See e.g. Article 14(2)(c).

15. European Commission, 'Proposal for a Regulation on European Production and Preservation Orders for Electronic Evidence in Criminal Matters' COM (2018) 225 final, art 2(6).

16. *ibid* art. 2(7-10).

17. eIDAS Regulation, art. 3(35).

the evidence.’ In the Draft Convention on Electronic Evidence, a private initiative promoted by Mason, electronic evidence is defined as ‘evidence derived from data contained in or produced by any device the functioning of which depends on a software program or from data stored on or communicated over a computer system or network’.<sup>18</sup>

National civil procedural rules seldom define electronic evidence, though in some countries procedural rules contain a definition of ‘electronic document’ and related terminology relevant for electronic evidence and other types of modern communications. This, for instance, is the case in Canada,<sup>19</sup> England and Wales,<sup>20</sup> and Italy.<sup>21</sup> In the United States, the Federal Rules of Civil Procedure for the purpose of discovery provide a broad definition including examples for ‘electronically stored information’ (ESI).<sup>22</sup> In some other countries, electronic evidence is specifically included as a means of evidence, but is not defined.<sup>23</sup>

In view of rapid technological advancements, a broad definition of electronic communications and evidence is required,<sup>24</sup> in order to cover all sorts of existing and future electronic text communications, images, and audio and video files,<sup>25</sup> as well as the different types of devices, servers, and networks used to produce, process, store, and exchange these data.

---

18. S Mason, ‘Draft Convention on Electronic Evidence’ (2016) 13 Digital Evidence and Electronic Signature Law Review <<http://journals.sas.ac.uk/deeslr/article/viewFile/2321/2245>> accessed 30 August 2018 Article 1 (Draft Convention on Electronic Evidence).

19. Canada Evidence Act, Section 31.8, containing definitions of ‘computer system’, ‘data’, and ‘electronic document’.

20. 31B Practice Direction 5.3, stating that electronic document ‘means any document held in electronic form’ and providing examples, including ‘email and other electronic communications such as text messages and voicemail, word-processed documents and databases, and documents stored on portable devices such as memory sticks and mobile phones’, and ‘documents that are readily accessible from computer systems and other electronic devices and media’. PD 5.4 also contains a brief definition of ‘electronic image’.

21. Art. 1(p) Codice dell’amministrazione digitale (*Code of Digital Administration*), defining electronic document as ‘la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti’ (the digital representation of documents, facts or legally relevant data). It also contains definitions of electronic signature.

22. Federal Rules of Civil Procedure, Rule 34(a)(1)(A), referring to ‘designated documents or electronically stored information—including writings, drawings, graphs, charts, photographs, sound recordings, images, and other data or data compilations—stored in any medium from which information can be obtained either directly or, if necessary, after translation by the responding party into a reasonably usable form’.

23. See e.g. § 371a Code of Civil Procedure (*Zivilprozessordnung*). In Norway, the Dispute Act, Section 26-1 makes reference to electronically stored information.

24. The Canadian report in the present volume refers explicitly to the broadness of the definitions used in the federal Canada Evidence Act; Iavarone-Turcotte and F Gélinas, *National report Canada*, 1.

25. Schafer and Mason (n 2) 19.

### 3. Legal Framework for Digital Evidence and Equivalence Rules

#### 3.1. The European and Global Setting

A comprehensive international legal framework is lacking. In the previous section, the private initiative for a Convention on Electronic Evidence, a draft of which was published in 2016, was mentioned. This has not yet resulted in the actual establishment of such a convention, but nevertheless provides a useful framework. It aims to pursue a common policy as regards electronic evidence at the international level, by promoting the understanding of electronic evidence, fair and adequate proceedings, and international cooperation. The Draft Convention lists a set of definitions, and gives rules on the admissibility and authentication of electronic evidence, as well as on 'best evidence',<sup>26</sup> the digital evidence practitioner, the use of good practice guidelines, the treatment of electronic evidence upon receipt, and the international exchange of electronic evidence.

As referenced in the previous section, for criminal law, the CoE Budapest Convention provides some rules on cybercrime. In the EU, the proposal on a European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters builds on this, with the goal of securing a framework for the cross-border collection of evidence, and in particular for preserving or producing data stored by a service provider located in another jurisdiction.<sup>27</sup> Particularly important for authentication purposes are the rules on e-signatures. In the EU, the eSignature Directive of 1999 and the present eIDAS Regulation regulate legal recognition of the electronic signature for various purposes, including for evidence.<sup>28</sup> In other parts of the world, the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures of 2001 has been influential and implemented into national law. In arbitration, institutional rules and guides enable and facilitate electronic evidence, as do the IBA Evidence Rules.<sup>29</sup>

As far as privacy issues in relation to electronic evidence are concerned, in particular when it has to do with personal devices and social media, the General

---

26. This is a common law concept, referring to the original document. For electronic evidence, it usually refers to a printout or, in the absence thereof, a proof of authenticity (see Article 5 in conjunction with Article 4 of the Draft Convention on Electronic Evidence). This principle is also described in the national report on Canada (n 23); see Sub-section 31.2(1)(a) of the Canada Evidence Act stating that the best evidence rules is satisfied 'on proof of the integrity of the electronic documents system by or in which the electronic document was recorded or stored'.

27. See n 14, Explanatory Memorandum, Section 1.

28. See Section 2.1 and n 11.

29. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (adopted 29 May 2010) Definitions, Article 3. An example of an institutional guide is the ICC Commission Report (International Chamber of Commerce, 'Managing E-Document Production' (ICC 2012)) and ICC Commission Report (International Chamber of Commerce, 'Information Technology in International Arbitration' (ICC 2017)).

Data Protection Regulation (GDPR)<sup>30</sup> comes into play, while the norms set by Article 8 European Convention on Human Rights (ECHR) on the right to private life are also important.<sup>31</sup>

In terms of international cooperation in the collection of evidence in civil matters, the Hague Evidence Convention<sup>32</sup> and the European Evidence Regulation<sup>33</sup> are most prominent. The 1970 Hague Convention obviously does not refer to electronic communications or evidence, but an expert group and country reports on the use of videolinks and other technology are available on the Evidence Section of the website.<sup>34</sup> The 2001 European Evidence Regulation also makes no reference to electronic evidence, but work is ongoing in this area.<sup>35</sup> Other Regulations, and most notably the European Small Claims Regulation, do refer to electronic communications, and enable the taking of witness statements using videoconferencing or other means of distance communication.<sup>36</sup>

### 3.2. The National Legal Framework: An Overview

The legislative framework with regard to electronic evidence is divergent among the jurisdictions for which national reports were prepared. The overall picture is that electronic evidence is more strictly regulated in the area of criminal law, which goes back to the general differences between evidence law in

30. Regulation (EU) 2016/679 of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L119/1.

31. See E Themeli, 'Challenges to the Collection of Evidence in an Overly Technological Society' in the present volume. For a study on the impact on human rights, see Center for Research Libraries, 'Human Rights Electronic Evidence Study' (Final Report, 2012) <<http://www.crl.edu/grn/hradp/electronic-evidence>> accessed 5 September 2018.

32. Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters (concluded 18 March 1970, The Hague).

33. Council Regulation (EC) 1206/2001 of 28 May 2001 on Cooperation between the Courts of the Member States in the Taking of Evidence in Civil or Commercial Matters [2001] OJ L174/1.

34. Hague Conference on Private International Law, Evidence Section <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/evidence>> accessed 4 September 2018. One of the options discussed in the expert group was to amend the Convention, but this was not considered desirable; instead, the mapping of the state of the art in country reports and providing a guide have been chosen as the preferred ways to deal with electronic forms of evidence: Report of the experts' group on the use of video-link and other modern technologies in the taking of evidence abroad, 2-4 December 2015.

35. An expert group was established in 2018. See also EU, 'Public Consultation on Modernisation of Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters in the EU (Revision of Regulation (EC) 1393/2007 on service of documents and Regulation (EC) 1206/2001 on taking of evidence)' <[https://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-modernisation-judicial-cooperation-civil-and-commercial-matters-eu\\_en](https://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-modernisation-judicial-cooperation-civil-and-commercial-matters-eu_en)> accessed on 4 September 2018.

36. Regulation (EC) 861/2007 of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure [2007] OJ L199/1, amended by Regulation (EU) 2015/2421 of 16 December 2015 amending Regulation (EC) 861/2007 establishing a European Small Claims Procedure, and Regulation (EC) 1896/2006 creating a European order for payment procedure [2015] OJ L341/1, art. 8 and 9. See also the e-Justice Portal section on Videoconferencing <[https://e-justice.europa.eu/content\\_videoconferencing-69-en.do](https://e-justice.europa.eu/content_videoconferencing-69-en.do)>.

criminal law and in civil law. The permitted means of evidence in criminal cases and the evaluation of the evidence are usually subject to strict rules, while IT forensics for the prevention, detection, and investigation of criminal offences have been developing over the past few decades. In civil law cases, most countries rely on the principle of free assessment or evaluation of evidence. For instance, the Dutch Code of Civil Procedure provides that, unless the law provides otherwise (e.g. for notarial evidence), evidence can be given using any means, and the judge can freely evaluate the evidence.<sup>37</sup> This evidently also includes electronic documents. The free assessment of evidence has limitations, however, and certain types of evidence or illegally obtained evidence may be inadmissible.<sup>38</sup> In Belgium, for instance, digital evidence can be excluded if it is obtained by violating the right to privacy or by committing a criminal offence, though, in practice, invoking grounds seldom leads to the inadmissibility of the evidence.<sup>39</sup>

In Europe, very few countries have more comprehensive rules on electronic evidence in civil matters. Most rules only or primarily concern e-signatures that were implemented into national legislation as a result of the eSignature Directive, now replaced by the eIDAS Regulation that has direct effect in the Member States. This is the case in Belgium, France,<sup>40</sup> Germany,<sup>41</sup> Italy,<sup>42</sup> and the Netherlands. The Polish Code of Civil Procedure in addition contains a number of rules on electronic documents, records of image, sound or image, and sound.<sup>43</sup> In Norway (non-EU), there is only one rule that refers to electronically stored information.<sup>44</sup> The most widely inclusive framework seems to be in place in England and Wales, and in particular as regards electronic disclosure.<sup>45</sup>

---

37. Article 152 Dutch Code of Civil Procedure. See e.g. CH van Rhee, 'Evidence in Civil Procedure in the Netherlands: Tradition and Modernity' in CH van Rhee and A Uzelac (eds), *Evidence in Contemporary Civil Procedure: Fundamental Issues in a Comparative Perspective* (Intersentia 2015) 257, 266-267.

38. See for a comparative overview of European countries V Rijavec and T Keresteš, 'Restrictions on the Admissibility of Evidence' in CH van Rhee and A Uzelac (eds), *Evidence in Contemporary Civil Procedure: Fundamental Issues in a Comparative Perspective* (Intersentia 2015) 87-104.

39. Vandenbussche, *National report Belgium*, 1, 2.

40. The French Act no 2000-230 of 13 March 2000 also includes a rule stating that electronic writing has the same probative force as written material, provided that the author can be identified, and the integrity of the electronic document can be guaranteed.

41. § 371a of the German Code of Civil Procedure (*Zivilprozessordnung*) does, however, have a rule referring to electronic documents as means of evidence; see also Section 2.2 and n 26.

42. Italy does have a rule defining and thus admitting electronic evidence, Art. 1(p) *Codice dell'amministrazione digitale* (Code of Digital Administration); see Section 2.2 and n 24.

43. Article 245 and 308 of the Polish Code of Civil Procedure.

44. Norway Dispute Act Section 26-1; see also Section 2.2 and n 26.

45. The primary provisions are laid down in CPR 31 and supplemented by Practice Direction 31B dealing with electronic disclosure.

Likewise, electronic discovery in the US is well regulated at the federal level, and is of considerable importance in legal practice.<sup>46</sup> In Canada, discovery as part of civil law matters is regulated at the provincial and territorial level. Most of the provinces and territories have enacted provisions on electronic evidence, which are similar or identical to those of the federal Canada Evidence Act for criminal law matters.<sup>47</sup> For e-discovery, the Sedona Canada Principles Addressing Electronic Disclosure are also important as an expert commentary.<sup>48</sup> Disclosure and discovery as such do not exist in civil law countries, though in some countries there are somewhat similar – but more limited – mechanisms to disclose information. In the Netherlands, for instance, a request can be made pre-trial to order a party to produce evidence; a draft proposal to expand this rule is currently under discussion.<sup>49</sup>

As regards Asia, China has had rules on electronic evidence in both Criminal Procedure Law and Civil Procedure Law since 2012, including definitions, rules on the collection of evidence and on its transfer and production, as well as on the authentication of electronic evidence.<sup>50</sup> In Japan, discovery and disclosure do not exist, and neither do general rules on electronic evidence. There is, however, an act on Electronic Signatures and Certification Business, and the Notary Act and Commercial Registration Act contain a number of relevant rules.<sup>51</sup> In addition, the Code of Civil Procedure contains a provision stating that the rules on documentary evidence shall apply *mutatis mutandis* to, among other items, audiotapes, videotapes, and other objects that are not documents but were prepared for the purpose of indicating information.<sup>52</sup>

### 3.3. Equivalence of Digital and Paper Evidence

Despite the limited legislative framework and the lack of any rule on electronic evidence in some codes, it is clear that electronic documents are currently on an equal footing with paper documents. In most jurisdictions, other forms

---

46. The primary federal rules are contained in FRCP, Rule 16, 26, 30, 33, 34, 37, 45.

47. Iavarone-Turcotte and Gélinas, *National report Canada*, 11.

48. The Sedona Conference Working Group 7, 'The Sedona Canada Principles Addressing Electronic Discovery' (2<sup>nd</sup> edn, 2015) <[https://www.canlii.org/en/info/sedonacanada/2015principles\\_en.pdf](https://www.canlii.org/en/info/sedonacanada/2015principles_en.pdf)> accessed 5 September 2018 (The Sedona Canada Principles Addressing Electronic Discovery).

49. Article 843a Dutch Code of Civil Procedure. Draft proposal simplification and modernisation evidence law (*Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht*). The explanatory memorandum also makes reference to discovery. Consultation documents available at <<https://www.internetconsultatie.nl/bewijsrecht>>.

50. Feng, *National Report China*, 1.

51. Tada, *National Report Japan (2)* 2-3.

52. Kakiuchi, *National Report Japan (1)* 2-3.

of non-documentary evidence have also been recognised as acceptable means of evidence.<sup>53</sup> In the US, for instance, Rule 34(a) of the FRCP was amended in 2006 to equate electronically stored information with paper documents.<sup>54</sup> The rules on electronic signatures that have already been in place for twenty years in Europe, and that have been implemented in many other countries over the past two decades, have been crucial in validating and securing the authenticity of these documents.<sup>55</sup> At the European and international level, also in the context of contract law, in particular e-commerce,<sup>56</sup> arbitration agreements,<sup>57</sup> and choice of court agreements electronic documents and signatures have been validated.<sup>58</sup>

## 4. A Selection of Topical Issues: Old and New Problems

In the national reports, the existing literature, and in case law, a number of issues come to the fore in relation to electronic evidence. A selection and categorisation has been made for the following topics: (1) the collection and production of evidence by means of e-discovery and e-disclosure; (2) the admissibility, reliability, and authentication of electronic evidence; and (3) the interpretation and evaluation of electronic evidence. Another important theme is privacy, but this will be addressed in the context of the other topics. This discussion is intended as an overview highlighting a number of topical issues only, and cannot do full justice to the complexity and diversity of the issues as they appear in practice, and to the legal questions they raise in the different jurisdictions.

### 4.1. Discovery and Disclosure: Costs, Volume, Intrusiveness

Discovery (US, Canada) and disclosure (England and Wales) as such only exist in common law based jurisdictions. However, they are of great importance in

---

53. See Section 2.2 and 3.2 for national references; S Mason and U Rasmussen, *The Use of Electronic Evidence in Civil and Administrative Law Proceedings Proceedings and Its Effect on the Rules of Evidence and Modes of Proof* (A comparative study and analysis Report of the European Committee on Legal Co-operation (EDCJ), Council of Europe 2016) CDCJ(2015)14 final <<https://rm.coe.int/1680700298>> accessed 5 September 2018 28. See also Section 2.2 and 3.2.

54. *Marcus* (n 3) Introduction, 9-10.

55. See Section 3.1 (in particular the eIDAS Regulation and the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures).

56. Directive 2000/31/EC of 8 June 2000 of the European Parliament and of the Council on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market [2000] OJ L178/1.

57. The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (adopted 10 June 1958, entered into force 7 June 1959) 330 UNTS 3 (the New York Convention).

58. Regulation (EU) 1215/2012 of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement in Civil and Commercial Matters [2012] OJ L351/1 art. 25(2).



legal practice, and have resulted in advanced legal frameworks and rich case law, addressing issues that are in part also relevant for other jurisdictions. Moreover, in international litigation, these rules can come into play in other countries as well. For instance, pursuant to Section 28 United States Code, § 1782, discovery can also be ordered for use in foreign and international proceedings.<sup>59</sup> The Dutch Supreme Court has ruled that, despite the present limited possibilities of obtaining evidence pre-trial in the Netherlands, evidence obtained in US discovery proceedings is admissible in Dutch civil proceedings.<sup>60</sup> In line with this, the Rotterdam District Court dismissed the request for an order to forbid discovery (the claimant arguing that it was against the rules of the Dutch Code of Civil Procedure) which had been ordered by a US District Court at the request of a Dutch party against a US party.<sup>61</sup>

In the United States, discovery has developed over the last century, and especially since the 1970s when several constraints to discovery were removed. In the same period, concerns about the costs and intrusiveness of discovery were voiced, resulting in the introduction of the proportionality requirement (reasonable cause) in Rule 26(b)(2)(C).<sup>62</sup> In the 1990s, after the 'first major E-mail trial'<sup>63</sup> – an antitrust suit filed by the government against *Microsoft*, where Bill Gates' statements by email were central – electronic discovery became important. In 2006, rules on electronic discovery were introduced in the Federal Rules of Civil Procedure, and these were revised in 2015. It was recognised that the existing problems of volume, burden, and intrusiveness of discovery were also pervasive in electronic discovery, though computerized systems were – and still are – expected to make discovery more manageable.<sup>64</sup> As a lawyer described it, 'Basically, the e-discovery problem involves too much information in too many formats on too much media managed by too many applications'.<sup>65</sup> In *Da Silva Moore v. Publicis Groupe*, a 2012 judgment of the Southern Court of New York,<sup>66</sup> the Court approved the use of predictive coding, machine learning techniques that can determine accurately which documents are relevant. Technology Assisted Review (TAR) software has meanwhile been established in the e-discovery process. In the leading

59. KJ Krzeminski, 'U.S. discovery for use in Dutch civil proceedings' [2008] TCR 47.

60. Supreme Court (*Hoge Raad*) 6 February 1998, NJ 1999, 479. See also n 64.

61. District Court (*Rechtbank*) Rotterdam 8 June 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX4521.

62. *Marcus* (n 3) Introduction, 5-9.

63. S Lohr, 'Antitrust Case Is Highlighting Role of E-mail' *New York Times* (New York, 2 November 1998).

64. *Marcus* (n 3) Introduction, 9-10 with further references.

65. CJ Griffith, 'E-discovery: The Source, the Problem, the Cure' (*Law Crossing*) <<https://www.lawcrossing.com/article/381/E-discovery-The-Source-the-Problem-the-Cure/>> accessed 4 September 2018.

66. *Da Silva Moore v. Publicis Groupe*, 287 F.R.D. 182, 183 (S.D.N.Y. 2012).

case *Winfield et al. v. City of New York*, the transparency of the predictive coding process used by the City of New York in a public housing discrimination dispute was reviewed and approved.<sup>67</sup>

To these, more specific issues requiring legislative intervention are added, and that are not specific only to the discovery process. These include problems of accessibility of electronic forms of evidence, authentication, discovery from non-parties, judicial interpretation, and the preservation of electronic evidence.<sup>68</sup> Recent cases and research focus, among other elements, on the use of social media, privacy aspects, and emojis.<sup>69</sup> Despite the digital processing of huge amounts of data subject to discovery, the time burden and the costs are still considered problematic. Limiting the scope of discovery and cost-sharing and cost-shifting rules have been the main responses to these concerns.<sup>70</sup> In Canada, the Sedona Principles for E-Discovery to some extent contain rules similar to the US. The Sedona Principles of 2016 contain a five-part test – distilled from the case law – for reasonableness, with a view to securing proportionality.<sup>71</sup> As in the US, e-discovery is expensive, and makes up a large portion of the litigation costs.

Disclosure in England and Wales is distinct from discovery in the US, and is generally more limited.<sup>72</sup> Some issues that arise in e-disclosure, however, are the same as those surfacing in US e-discovery, and in disclosure and discovery in general. Attempts to reduce the scope of disclosure in 1999 and again in 2013, in order to make it more proportionate to the value and complexity of the case, have failed.<sup>73</sup> In 2016, a working group was established with the aim of reforming the disclosure process, in particular to ensure its fitness to deal with electronic data and to prevent searches from being wider than necessary. The new discovery scheme should be available for piloting in late 2018. Following US case law, the English courts have approved the use of predictive coding in the disclosure process, as it is in line with the overriding objective of the CPR

---

67. *Winfield, Stewart, Noel v. City of New York*, Case no. 15-CV-05236, 2017 U.S. Dist. LEXIS 194413 (S.D.N.Y., Nov. 27, 2017) This longstanding case has resulted in a series of orders, see for an overview <<https://dockets.justia.com/docket/new-york/nysdce/1:2015cv05236/444418/>> accessed 4 September 2018.

68. *Marcus* (n 3) Introduction, 10-19.

69. See further Sections 4.2 and 4.3.

70. *Scheindlin and Capra* (n 10) 533-623. Two guiding cases upon which the case law on cost sharing and shifting is built are *Zubulake v. UBS Warburg*, 217 F.R.D. 309 (S.D.N.Y. 2003) and *Rowe Entm't, Inc. v. William Morris Agency, Inc.*, 205 F.R.D. 421, 429 (S.D.N.Y. 2002).

71. See also Iavarone-Turcotte and Gélinas, *National report Canada*, 16.

72. See for an introduction J Sorabji, 'Fact-Finding in Tort Litigation: Discovery, Disclosure, Proof-taking' [2013] *International Journal of Procedural Law* 295.

73. John Sorabji, *National Report England and Wales* 4.

to deal with cases justly and at a proportionate cost.<sup>74</sup> In issuing judgment, the judge considered, among other factors, the need to search a huge number of documents (3 million), the unreasonable costs of a manual search, and the agreement of the parties to the use of predictive coding and how to apply it (including, for example, the search terms). It is clear from a later decision that its use can also be ordered by a court and – in line with New York case law – is not subject to the parties' consent.<sup>75</sup>

The costs of collecting and reviewing electronic evidence are not only an issue in discovery and disclosure proceedings in common law jurisdictions but are also reported in other countries.<sup>76</sup>

#### 4.2. Reliability, Authenticity, and Admissibility: The Origin of Means and Illegality

Under the heading of reliability, authentication, and admissibility, many questions are gathered, only a few of which will be discussed briefly here. While electronic evidence is generally accepted, and electronic documents in particular, the reliability and authenticity of electronic forms of evidence is still an issue. Electronic documents and other types of electronic evidence are often considered less reliable than paper documents, as they are easier to manipulate. In the 2003 case of *Zubulake v. UBS Warburg*, a US judge opined that 'Electronic evidence only complicates matters. As documents are increasingly maintained electronically, it has become easier to delete or tamper with evidence (both intentionally and inadvertently) and more difficult for litigants to craft policies that ensure all relevant documents are preserved'.<sup>77</sup> Though fifteen years later technological advancement and IT forensics have made it easier to review the authenticity and origin of documents, it is still not always easy to establish the origin of the information – for instance, that shared through social media.

The issue of reliability and document integrity, and, in relation thereto, the admissibility of electronic evidence, is mentioned in most of the national reports. Especially in common law countries, the traditional hearsay exclusion rule has complicated the admissibility of electronic evidence in criminal and

---

74. *Pyrrho Investments Ltd v. MWB Property Ltd* [2016] EWHC 256 (Ch); see Sorabji, *National report England and Wales*, 3.

75. *Brown v. BCA Trading Ltd* [2016] EWHC 1464 (Ch), see Sorabji, *National report England and Wales*, 3.

76. See for instance in the national reports on Belgium, Norway, and Japan: Vandenbussche, 6-7; Strandberg, 2, 3; Kakiuchi, 6.

77. *Zubulake v. UBS Warburg*, 217 F.R.D. 309 (S.D.N.Y. 2003).

civil matters.<sup>78</sup> In the US, however, it has been concluded in relation to the admissibility of electronic evidence that courts have not treated digital evidence differently from other kinds of evidence, and that the basic evidential rules apply, in that it must be reliable, probative, and authentic.<sup>79</sup> Electronic evidence has been excluded on the basis of hearsay and authenticity, but not because it is electronic.<sup>80</sup> In relation to evidence obtained from chatroom conversations and webpages, the general rules also apply, including on authenticity, which needs to satisfy the requirements laid down in the Federal Rules of Evidence 901. The US federal courts have often only required prima facie evidence that the data have been entered by the person charged.<sup>81</sup> The Canada Evidence Act contains a rule on proving the integrity of the electronic document system, relying on three presumptions.<sup>82</sup> In the US, the source of emails coming from trusted sources – for instance, work email addresses – is self-authenticated. Where this is not the case (e.g. self-registered gmail addresses and emails from different private email addresses), the origin can be proven by the ordinary means of evidence. In a criminal case, a US District Court decided that authentication could take place through an examination of the content, distinctive characters, appearance, and comparison.<sup>83</sup> These would also be useful criteria for other devices and media, including social media.

The evaluation of the reliability of electronic data is to a great extent a matter of IT forensics as well as of common sense, and will not be discussed further at this point. The free evaluation of evidence in civil procedures as a principle common to most systems provides the necessary flexibility to decide on a case-by-case basis whether the materials are trustworthy. From a legal perspective, the most important response to the authenticity issue of documents is the regulation of e-signatures.<sup>84</sup> As mentioned earlier, in the EU, the eIDAS Regulation provides a detailed framework for e-signatures, whereas other countries have national legislation setting standards for electronic identification.<sup>85</sup>

An issue that has been raised in relation to the admissibility of electronic evidence lies in how far illegally obtained evidence can be excluded. The free assessment of evidence in civil proceedings is understood as giving the neces-

---

78. C Gallavin and S Mason Evidence' in S Mason and D Seng (eds), *Electronic Evidence* (4th edn, Institute of Advanced Legal Studies 2017) 71-87.

79. *Scheidlin and Capra* (n 10) 936.

80. *Ibid* 941.

81. *ibid* 936-952.

82. Canada Evidence Act, Section 31. *Iavarone-Turcotte and Gélinas* (n 23) 2.

83. *United States v. Safavian* 435 F. Supp. 2d 36 (D.C. 2006). *Scheidlin and Capra* (n 10) 945.

84. This was underlined in particular in the national reports on Belgium, China, France, Germany, and the Netherlands.

85. Sections 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, and 3.3.

sary freedom to decide whether or not materials can be considered as evidence. For instance, in Belgium the exclusion of electronic evidence has been considered in particular in the case of evidence (1) obtained in violation of privacy rules and (2) as a criminal offence.<sup>86</sup> However, this seldom leads to exclusion of the evidence. The Court of Cassation ruled that it is important whether the author could reasonably have expected an interference in his private life.<sup>87</sup> For example, a Labour Court decided that comments placed by an employee on the public part of his Facebook page could be used.<sup>88</sup> Another Belgian Labour Court went further to say that invoking privacy rights in relation to information that is intended for 'friends of friends' on Facebook is not possible.<sup>89</sup> In a case where an act was at stake that penalises making use of information sent via electronic means that is not intended for that person, a Belgian Labour Court held that an employer was allowed to make use of an e-mail exchange that the employee had forwarded to a third person, and that this third person had in turn forwarded to the employer.<sup>90</sup> Also in the Netherlands, illegally obtained evidence may be excluded from civil proceedings. However, truth seeking is considered to be important, and the principle of free evaluation of evidence leaves it up to the court to decide whether evidence obtained illegally can be taken into account.<sup>91</sup> In a maintenance procedure where a woman had illegally accessed the e-mail account of her ex-partner, the obtained correspondence with his lawyer and accountant regarding his income could be used as evidence.<sup>92</sup>

### 4.3. Interpretation and Evaluation: Social Media, Emojis, and Tech-Savviness

Case law increasingly deals with evidence obtained from various social media, with *Facebook* featuring prominently. In particular in the US, a rich body of case law is developing in the context of discovery proceedings.<sup>93</sup> It raises the general issues of admissibility of (electronic) evidence, requiring that it is relevant, is not

86. Vandebussche, *National report Belgium*, 1, 2.

87. Cass. 9 September 2008, AR P.08.0276.N.

88. Labour Court (*Arbeidshof*) Brussels, 3 September 2013 JTT 2013 497, RW 2013-14 1586, note W.R.

89. Labour Court (*Arbeidshof*) Leuven 17 November 2011, RDTI 2012, 79.

90. Labour Court (*Arbeidshof*) Luik 23 March 2004, RRD 2004, no. 110, 73.

91. *Van Rhee* (n 36) 257, 268-270.

92. District Court Noord Holland, 9 September 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7802.

93. See also report ABA *Acquiring, Preserving and Authenticating Social Media Evidence* (Old Dominion Bar Assn. 2015) <<http://www.olddominionbarassociation.com/Resources/Documents/2015%20Mid-Winter/CLE/Electronics/CLE-Social%20Media%20Old%20Dominion%20Bar.pdf>> accessed on 4 September 2018.

hearsay, is probative, and authentic. As to authentication,<sup>94</sup> it is important to prove that the person in question owns the account, and that this person posted the information. As to the relevance, in a recent decision by the District Court of Nevada in a personal injury case where the claimant said she had been injured at a Denny's restaurant, the judge held that social media information is relevant because it is 'reflective of an individual's contemporaneous emotions and mental state'.<sup>95</sup> The judge went on to state that 'One moment of happiness illustrated by social media, however, does not undermine a party's claims', and 'Therefore, social media discovery must allow the requesting party a sufficient sample size from which a potential pattern of content could reveal an emotional or mental state or physical capability that undermines a party's claim'. In addition, it raises privacy issues, as was also discussed in relation to Belgian and Dutch case law in the previous subsection. In the US, it has also been reported that private *Facebook* posts are not private in court.<sup>96</sup>

In recent years, emoticons and emojis used in text messages and social media have entered the courtrooms, and have received a great deal of attention from scholarship and from the media. A 2015 survey in the US revealed that about 92% of online communication users incorporate emojis into their messages.<sup>97</sup> Reasons given by social media users for including emojis is that it helps them to express more accurately what they think, thereby making it easier for others to understand them. Of social media users, 41% answered that emojis are 'a better fit than words for the way I think'. A first problem encountered is of a technical nature, and that is that not all search tools used – for instance those used in discovery proceedings – can handle these.<sup>98</sup> However, this is likely to be only a matter of time. The second issue concerns how these should be interpreted.<sup>99</sup> This is not a new problem, as other visuals (e.g. logos) used in evidential material also need to be interpreted.<sup>100</sup> In the quote above this paper it is

94. See among others LN Hayes, 'Say it to my Facebook: Authentication of Social Media Evidence' [2015] <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2658687>> accessed on 4 September 2018.

95. *Hinostraza v. Denny's Inc.* 2018 WL 3212014 (D. Nev. 2018).

96. M Barash, 'New Yorkers' 'Private' Facebook Posts Not Private in Court' *Bloomberg Law* (1 May 2018) <<https://biglawbusiness.com/new-yorkers-private-facebook-posts-not-private-in-court/>> accessed 30 August 2018.

97. B Shaul, 'Report: 92% of Online Consumers Use Emoji (Infographic)' *ADWEEK* (30 September 2015) <<http://www.adweek.com/digital/report-92-of-online-consumers-use-emojiinfographic/>> accessed 6 September 2018. See also RA Berels, 'Take Me Seriously: Emoji As Evidence' [2017] Digital Commons at Michigan State University College of Law <<https://digitalcommons.law.msu.edu/king/261/>> accessed 4 September 2018 9.

98. Statista, 'Leading Reasons for Using Emojis According to U.S. Internet users as of August 2015' (*Statista*, October 2015) <<https://www.statista.com/statistics/476354/reasons-usage-emojis-internet-users-us/>> accessed 6 September 2018. Also discussed by Berels (n 96) 9.

99. See, among others, E Goldman, 'Surveying the Law of Emojis' [2017] Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper, 8-17 <<https://ssrn.com/abstract=2961060>> accessed 4 September 2018.

100. EA Kirley and MM McMahon, 'The Emoji Factor: Humanizing the Emerging Law of Digital Speech', (forthcoming 2018) *Tennessee Law Review*, 37 <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3068058](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3068058)> accessed 30 August 2018.

stated that winkle smileys can be flirtatious or a sort of fun (and one can think of other intentions), but as in 'real life' it depends wholly on the context how it should be interpreted.

The use of emoticons and emojis as evidence often concerns criminal cases, in particular regarding the question of whether the use of emoticons or emojis can be interpreted as a threat (e.g. angry 'smileys' or guns) or can instead soften a threatening text (funny emojis). In 2016, it was all over the online news that in France a 22-year-old man had been convicted for texting his ex-girlfriend an emoji of a gun.<sup>101</sup> In 2010, in the Netherlands, a teenager was found not guilty of threatening the former Dutch Prime Minister, Jan-Peter Balkenende, considering the poorly written text and because he had added smileys.<sup>102</sup> In contrast, in New York, a teenager who placed on his *Facebook* page an emoji showing the face of a policeman and three guns pointed at the face was found guilty of threatening the police.<sup>103</sup> On a side note, in 2016, *Apple* took the wise decision to change the gun emoji to a water pistol.<sup>104</sup>

There seems to be little consistency in the case law reported in different countries,<sup>105</sup> though much will indeed depend on all the circumstances of the case, and not only on the emojis used. That these are considered important, however, is also evidenced by the *Silk Road* case mentioned in the Introduction. In this case a person was charged with running an online black-market bazaar, and it was considered crucial that emojis be included in the oral presentation of written evidence.<sup>106</sup> Reading the relevant texts in court without mentioning the emojis included in them was considered to be an interpretative hurdle to the jury.

Not only in criminal law cases but also in civil law cases the meaning of emoticons and emojis as evidence has been the topic of discussion. Most notably, these have come up in labour law disputes relating to cases involving sexual harassment, defamation, and family law. For instance, in a 2014 emoticon case, the question was whether the plaintiff had a cause of action for defama-

101. See for instance H Samuel, 'Frenchman Jailed for Three Months for Sending Ex-Girlfriend Gun Emoji' *The Telegraph* (Paris, 16 March 2016) <<https://www.telegraph.co.uk/news/2016/03/31/frenchman-jailed-for-three-months-for-sending-ex-girlfriend-gun/>> accessed 4 September 2018.

102. Amsterdam Court of Appeal 2 May 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5826.

103. V Luckerson, 'Kids Are Facing Criminal Charges for Using Emoji' *TIME* (29 February 2016), <<http://time.com/4241846/emoji-crimes/>> accessed 4 September 2018.

104. JH Edelstein, 'Changing the gun emoji isn't political correctness gone mad. It's smart' *The Guardian* (3 August 2016) <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/aug/03/handgun-emoji-new-change-apple>> accessed 4 September 2018.

105. See for an overview of cases also *Kirley and McMahon* (n 99) 38-45; *Berels* (n 96) 21-27.

106. *United States of America v. Ross William Ulbricht* [2017] 15-1815-cr.

tion in relation to a statement made on an internet message board.<sup>107</sup> The statement read, 'They are only getting more garbage trucks because Gus needs more tires to sell to get more money for his pockets :P'. The Michigan court held this was not defamatory, because 'This statement on its face cannot be taken seriously as asserting a fact. The use of the «:P» emoticon makes it patently clear that the commenter was making a joke. As noted earlier, a «:P» emoticon is used to represent a face with its tongue sticking out to denote a joke or sarcasm'.

Very important in relation to electronic evidence is that courts and lawyers have sufficient knowledge of technical aspects to have an understanding of how to preserve evidence and how to evaluate and interpret the materials presented. This not only requires having a basic knowledge of the technicalities of, for instance, software used in the discovery process, but also an understanding of social media, the technical options (for instance privacy settings), and the way people use these media. In many of the national reports concerns are expressed about the lack of expertise in legal practice. In the Canadian report, it is rightfully remarked that 'many law societies now consider technological literacy an *ethical* obligation'.

## 5. Concluding Remarks: Current and Future Challenges

Over the past two decades, digital technology has had a big influence on the law and practice of taking evidence. The challenges as they have been presented above are multifaceted, and, despite legislative amendments and a growing body of case law, there are still many unresolved problems. In the Internet of Things age the interconnectivity of electronic devices and information systems will continue, and will result in an even more overwhelming amount of data and metadata. The challenges of the future as have been mentioned by national reporters converge to a great extent. Practical and technological aspects mentioned include capacity and storage problems due to the huge amount of data, the decryption of data encryption, the infrastructure of the courts, and the costs and time involved in the collecting of evidence – in particular but not exclusively – in discovery and disclosure processes. As to the collecting of evidence, it is expected that technology itself is a big part of the solution,<sup>108</sup> in the form of different types of what is generally referred to as Technological Assisted Review (TAR) or predictive technology. These types in themselves, however, do – or may – also pose new problems, including a lack of (judicial) transpar-

107. *Ghanam v. Does*, 845 N.W.2d 128 (2014) 303 Mich. App. 522.

108. See also *Marcus* (n 1) 21, 22.



ency owing to the complex technology. It is expected that more advanced forms of artificial intelligence will play an increasingly important role in the taking of evidence, just as it will in the entire judicial process.

Two issues that stand out are concerns about the expertise required and about privacy. While the assessment of technical evidence in more complex criminal proceedings and civil litigation (e.g. in patent or product liability cases) has always necessitated involving experts and a proper understanding of their findings by courts and lawyers, the digitisation of society and proceedings requires tech-savvy judges and lawyers. This calls for dedicated training, not only for starting practitioners but also – and in particular – for those that have been in legal practice for a longer period of time. For the younger generations that grew up with electronic technology, it may be easier to keep pace, though even these people often know only how to make use of devices and social media, but have little knowledge of the technical specifications or awareness of the wider impact. Privacy is the other – and in part connected – issue that is widely discussed and frequently highlighted in the national reports. In the EU, privacy concerns in the digital world have resulted in the General Data Protection Regulation (GDPR). In turn, the requirements imposed by these rules have led to concerns in the US as regards the need to comply with them in the discovery process in a cross-border context.<sup>109</sup> Privacy concerns not only require legal rules that secure the private information of citizens but also requires raising awareness and educate (young) people regarding the risks of sharing intimate details of their private lives on social media – even when using ‘semi-private’ settings –, on group apps and other means of digital communication. The Canadian report quotes *Greenspan* and *Rondinelli*, who underline the growing tension between privacy and the apparent need of publicity in the ‘age of exhibitionism’.<sup>110</sup> Despite the – in the European context, but also beyond Europe – acknowledged ‘right to be forgotten’<sup>111</sup>, online information will never fully cease to be part of the public sphere. This can have not only a profound impact on people’s social and professional lives and wellbeing but it can also be used against them in court.

---

109. See for instance the recent NYC Bar Report, ‘Cross-Border E-Discovery: Navigating Foreign Data Privacy Laws and Blocking Statutes in U.S. Litigation’ (2018) <[https://s3.amazonaws.com/documents.nycbar.org/files/2017324-EDiscovery\\_Working\\_Group\\_Memo.pdf](https://s3.amazonaws.com/documents.nycbar.org/files/2017324-EDiscovery_Working_Group_Memo.pdf)> accessed 4 September 2018.

110. BH Greenspan and V Rondinelli. *Digital Evidence. A Practitioner’s Handbook* (Emond Montgomery Publications Limited 2018) 190.

111. Case C-131/12, *Google Spain v AEPD and Mario Costeja González* [2014] ECR, ECLI:EU:C:2014:317. See also General Data Protection Regulation (GDPR), art 17.

PONENCIAS SOBRE  
**INDEPENDENCIA DEL PERITO Y  
RESGUARDO DE LA IDONEIDAD  
TÉCNICA DEL EXPERTO**



# Independencia del perito y resguardo de su idoneidad técnica —perspectiva iberoamericana de la justicia civil—<sup>1</sup>

---

*Dliana María Ramírez Carvajal<sup>2</sup>*

*La ciencia es sólo un ideal. La de hoy  
corrige la de ayer y la de mañana la de hoy.*

Augusto Morello

**Sumario:** Introducción. 1. Prueba pericial en el contexto del proceso en Iberoamérica. 2. Los deberes del perito en el proceso. 3. Perspectivas sobre el resguardo de la idoneidad técnica del perito.

## Introducción

Hoy, en los sistemas jurídicos denominados *civil law* se acepta —con relativa homogeneidad— que los medios de prueba son el instrumento mediante el cual el juez puede confirmar, con parámetros de verdad, la ocurrencia de los hechos que son objeto del litigio. Con ello, el juez además adquiere elementos para fundamentar la decisión. Esto implica que la prueba tiene real incidencia en la motivación imparcial que tiene el juez en la sentencia.

Sin embargo, algo que está modificando el manejo integral de la prueba es que las sociedades modernas discuten —cada vez con mayor frecuencia—,

---

1. El presente trabajo hace parte de la investigación *Principios de la justicia civil*, dirigido por Michele Taruffo y financiado en Colombia por la Universidad Católica de Oriente.

2. Abogada, magister en derecho procesal de la Universidad de Medellín, doctora en derecho de la Universidad Externado de Colombia. Autora de varios libros y artículos en materia procesal y probatoria. Profesora e investigadora adscrita al Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica de Oriente. Actualmente se desempeña como decana de posgrados de la misma universidad. Email: radiana2113@gmail.com y posgrados@uco.edu.co

dentro del proceso judicial, hechos que superan el entendimiento común. Es en relación con este tipo de hechos que la prueba pericial, e incluso la prueba científica, se vuelven protagonistas del proceso.

Para aducir tanto hechos científicos como técnicos en juicio, se hace uso de un experto denominado *perito*; el cual, según del sistema jurídico del que se trate, puede llegar al proceso por nombramiento del juez o por nombramiento de las partes. Ahí es donde surge la inquietud que da vida a este trabajo: ¿cómo se asegura la independencia y la idoneidad técnica del perito en el proceso?

Esta es la pregunta que tratará de responder este artículo a partir del análisis de los principios de la justicia civil que comparten algunos de los sistemas jurídicos iberoamericanos. Se abordarán los principios por cuanto ellos son normas comunes, y con frecuencia equivalentes, en las diversas constituciones de los países, aunque en cada sociedad tengan un peso diferente en su aplicación práctica. Ya que, cuando se trata de comparar principios constitucionales, pasa algo similar a lo que sucede cuando se trata de pesar la materia, las reglas de la física dan cuenta de que su peso cambia dependiendo de si se mide a partir de la masa o del peso.

*«Un trozo de plomo que pese 10 kilos en una balanza de platillos, pesará también 10 kilos en cualquier parte del mundo. Pero si pesas 10 kilos de plomo en una balanza de resorte en Madrid, pesarán más en el polo norte, menos en el ecuador, menos en las alturas de un aeroplano»<sup>3</sup>.*

Esto ocurre porque lo que pesa la balanza de resorte es el peso relacionado con la gravedad (que empuja hacia abajo la materia), en cambio la balanza de platillos pesa la masa.

De igual forma —desde la teoría constitucional— los principios tienen estructuras conceptuales similares, en los ordenamientos de diversos países. Pero, en la práctica, su peso en la protección jurídica difiere, porque hay diversos elementos que los impactan: la fórmula de Estado, el equilibrio de los poderes democráticos e, incluso, las costumbres sociales.

No obstante, esta ruta de comparación de principios entre diversos sistemas jurídicos iberoamericanos permite conjeturar a partir de los varios puntos conexos en lo que respecta a la independencia y a la seguridad de la idoneidad técnica de la prueba pericial.

---

3. RUSELL, Bertrand. ABC de la relatividad. Madrid, Ediciones Cátedra, 2009. Pág. 110

Es bien sabido que el derecho y sus instituciones se sincronizan con la función judicial propia de cada Estado. De acuerdo con esto, en este texto se encontrarán menciones sobre la dimensión de la justicia que representan las constituciones de varios sistemas jurídicos iberoamericanos, en los que principios como el de la independencia y el de la imparcialidad hacen parte integral de un derecho fundamental: el debido proceso.

Este enfoque comparativo determinará un esquema común de interpretación para abordar la independencia y el aseguramiento de la idoneidad técnica del perito. Finalmente, se describirán algunas fórmulas que buscarán que la prueba pericial contribuya —de manera eficiente— a la justicia y a la verdad de la decisión del juez.

## 1. La prueba pericial en el contexto del proceso iberoamericano<sup>4</sup>

Como afirma Oteiza<sup>5</sup>, lo *«normativo es consecuencia de una evolución histórica, forjada por una determinada cultura, cuyas expresiones o sucesos políticos permiten entenderlo. Las Constituciones y las legislaciones que de ella derivan son manifestaciones de esos desarrollos. Las descripciones que prescindan de los sucesos históricos, de la evolución cultural y de los hechos políticos relevantes realizan un aporte limitado»*.

De ahí la importancia de referenciar la prueba pericial, su aducción en el proceso y su valoración con respecto a los principios que surgen —en cada país— dentro del contexto legal y constitucional; lo que además dará cuenta del tipo de Estado que se encuentra detrás de estas legislaciones. Pretender un análisis comparado de la prueba pericial, por fuera de este contexto, conduce a posturas legalistas que solo reflejan los códigos.

Es de interés general, en los países de Iberoamérica, la evolución que ha tenido la prueba y su relación con la verdad en el proceso. En la medida en que la cosmovisión<sup>6</sup> antigua del mito, empieza a descifrarse por medio de la evolución de las ciencias, el conocimiento se hace más especializado y la visión mágico-religiosa de los acontecimientos es reemplazada por la comprobación científica. A esta forma evolutiva no ha sido ajeno el proceso judicial.

4. El entorno de este trabajo se centra en algunas comparaciones de países iberoamericanos, las cuales son producto del trabajo de la red justicia iberoamericana, dirigida por Michele Taruffo. <http://estudiosjusticiaygarantias.blogspot.com.co>

5. OTEIZA, Eduardo. Informe de Argentina en TARUFFO, Michele y otros -coordinadores- Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018.

6. [http://www.sisociodiversidad.org.pe/wfr\\_Principal.aspx?id=Qk4sqlyC4UAMzXrc3KHxbA==](http://www.sisociodiversidad.org.pe/wfr_Principal.aspx?id=Qk4sqlyC4UAMzXrc3KHxbA==)

Desde la época romana<sup>7</sup> se nombró a la prueba como el medio para llegar a la verdad. El experto o *peritus*<sup>8</sup> (del latín experimentado) se reconoce en la persona que, teniendo conocimientos especiales (teóricos o prácticos) en una ciencia o en un oficio, informa al juez sobre puntos litigiosos que éste no comprende.

Hoy, el perito sigue teniendo igual o mayor importancia en el proceso. Sin embargo, se ha evolucionado desde aquel experto<sup>9</sup> (con título o sin él) hacia el científico<sup>10</sup> que usa sus conocimientos para llevar respuestas al proceso. El perito se diferencia —con razonable claridad— del testigo, quien puede ser o no ser experto; ya que, independientemente de que el testigo tenga alguna experticia, lo que él aporta en el proceso es un conocimiento «vivencial» y preprocesal obtenido en el mismo momento de la ocurrencia de los hechos y transmitido en forma de narración o de declaración, no en forma de opinión. En tanto el perito adquiere su conocimiento mediante atención dirigida o experimentación a voluntad, en una actividad «procesal» que le otorga plena predisposición para obtener un dato sobre el que pueda razonar, explicar y emitir una opinión cualificada.

Esta capacidad de opinar cualificadamente se ha denominado de diversas maneras, es por ello que en las diversas legislaciones se habla de perito, de testigo experto o de perito testigo.

El concepto de perito<sup>11</sup> se comprende como un medio de prueba en el que un sujeto cumple una labor «cualificada» para la cual ha sido designado por el juez. Por su parte, la concepción del testigo perito<sup>12</sup> es una especie de mixtura, se lo comprende como un testigo que presencié los hechos y que también tiene conocimientos profundos sobre un tema relacionado; la ley, en ocasiones, le permite usar esos conocimientos cuando declara como testigo en el proceso.

---

7. BENTHAM, Jeremías. *Tratado de la prueba judicial*. Buenos Aires, Ejea, 1971. Vol. I. Pág.277 «sin recurrir a los casos que se han hecho célebres por el error de los peritos, tales como el sucedido en Armenia, que hizo adoptar a Justiniano, en la Novela 75, nuevas precauciones».

8. Pericia equivale a sabiduría, práctica, experiencia y habilidad, en tanto peritaje equivale a peritación, actividad realizada por el perito.

9. Al respecto puede consultarse: TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 90 ss. También VASQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid, Marcial Pons, 2015. Pág.25 ss.

10. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 277 ss.

11. En general los ordenamientos jurídicos lo tratan como un experto en ciencias, arte, oficio o profesión

12. LEC española, artículo 370 «Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos».

Por último, cuando se habla de testigo experto<sup>13</sup> se hace referencia a un experto contratado, pagado y dirigido por las partes con la finalidad de que obre como testigo. Esta última forma probatoria es muy utilizada en norte américa, más no en los países con tradición *civil law*.

En general, los sistemas jurídicos iberoamericanos afirman la importancia de la comprobación de ciertos hechos a través de expertos o peritos. Ello es así porque hay sucesos que escapan al conocimiento del juez. Las personas que ingresan al órgano judicial deben tener amplios conocimientos jurídicos, amplia cultura de orden general y, por supuesto, deben estar provistas de valores ciudadanos. Pero, cuando el conflicto se refiere a hechos que están por fuera del entendimiento de esa cultura media, la verificación de los hechos debe ser analizada y certificada por alguien que tenga la idoneidad para hacerlo.

De ahí que el primer interrogante que surge es: ¿en calidad de qué, un experto es llamado a intervenir en un proceso en el que no es parte y en el que tampoco ha sido testigo?

### 1.1. Naturaleza jurídica del perito

Taruffo<sup>14</sup> sostiene que *«la tradicional diferencia entre los modelos procesales del common law y del civil law, han perdido valor, sin embargo (...) es cierto que el modelo estadounidense sigue ejerciendo una fuerte influencia fuera de los Estados Unidos, en realidad es un modelo nacional de referencia, para otros países»*.

Esto se evidencia, especialmente, gracias a la influencia que Estado Unidos ha tenido con respecto a la difusión del sistema procesal penal, ya que muchos países han adoptado el sistema acusatorio<sup>15</sup> con tendencia norteamericana. Sin embargo, esta adopción se hace al estilo de «referencia», porque la realidad es que las disposiciones procesales de cada país implican variaciones importantes que dependen —en gran medida— de las condiciones políticas y constitucionales propias<sup>16</sup>.

13. Es la forma de trabajo que tiene el sistema norteamericano, aquí se utiliza un testigo experto que es presentado, elegido, pagado y dirigido por la parte, para el sustento de su caso.

14. TARUFFO, Michele y otros -coordinadores- Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018, pág. 8

15. Es el caso de Italia, Chile, Perú y Colombia con la entrada en vigencia de un proceso penal acusatorio, que en el fondo solo tiene algún parecido con el modelo original en estados unidos.

16. Es el caso del sistema procesal penal chileno, peruano y colombiano. Todos tienen tendencia acusatoria, son orales, pero internamente difieren en cuanto al uso del jurado, al tratamiento procesal de la víctima y a los poderes que tienen los jueces sobre la prueba.



Esta misma referencia norteamericana se hace presente en los procesos arbitrales, en los que «*los árbitros del civil law tienen tendencia a favorecer la designación de expertos que sigan las instrucciones del tribunal y no de las partes. Sin embargo, en el arbitraje internacional hay una clara tendencia a que los tribunales tomen sus decisiones sobre la base de los informes presentados por las partes, resultando excepcional la designación de un experto por parte de los árbitros*<sup>17</sup>».

No obstante, la influencia norteamericana en la justicia civil ha sido débil. De hecho, la naturaleza de la prueba pericial «*toma forma jurídica de encargo, bien sea por las partes o por el juez*»<sup>18</sup> y esto ha producido, en términos generales, dos fórmulas en tensión y algunas mixturas.

La primera fórmula es la del modelo norteamericano que se aplica específicamente en los Estados Unidos. En ella, el perito más que como un medio de prueba para el proceso se entiende como un testigo experto de parte, ya que «*la 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*»<sup>19</sup>.

Esta es una fórmula radical, en la que el experto se presenta a instancia de parte para sustentar su posición con respecto al caso. La parte tiene el control: elige el profesional experto, lo informa sobre su propia versión de los hechos, le indica lo que debe comprobar para ayudarlo, le paga sus servicios y luego presenta el resultado en el juicio. Esta es una postura puesta en entredicho por la doctrina mayoritaria de Iberoamérica, la cual considera que «*la designación de los peritos por las partes se traduce en la práctica, en una deformación sustancial de la prueba*»<sup>20</sup>.

Esto porque el control total de la parte sobre la prueba determina que la información llegará al proceso, siempre que a la parte le convenga y de la manera en que mejor le convenga. Este es, como afirma Taruffo<sup>21</sup>, un modelo en el

---

17. JIMENEZ-BLANCO, Gonzalo y otro. *Arbitraje y prueba pericial*. Revista de Derecho, vol. 12. 2016. Pág. 48 <http://web.b.ebscohost.com/bibezproxy.uca.es:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=fad1c7c9-4800-4ea0-bb61-b3b7d0ef4eff%40sessionmgr104>. Recuperado el 10 de junio de 2018.

18. PABON, Liliana. Valoración y argumentación de la prueba científica por parte del juez en el proceso. Tesis para acceder al título de doctora en derecho. Universidad del Rosario, 2014. Pág. 109

19. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Pág. 22

20. DEVIS, Hernando. *Teoría General de la Prueba*, vol. II. Buenos Aires, Víctor P. De Zavalía Ed., 1981. Pág. 394

21. MICHELE, Taruffo. *La prueba*. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Pág. 90

que se considera a «*la figura del perito o testigo experto como un pistolero a sueldo, dispuesto a servir a la parte que lo convoca*».

En la segunda fórmula, la prueba pericial se usa como un medio de prueba para llevar al proceso conocimientos que el juez (dada su especificidad) no puede, ni podrá tener, sobre los hechos. Desde esta perspectiva, el juez nombra al experto, quien debe posesionarse del cargo y que —en la ejecución del mismo— se compromete a cumplir con parámetros objetivos e imparciales y, por último, aquí es el juez el que dispone el pago de los honorarios. Esta es la fórmula adoptada por la mayoría de los países iberoamericanos que, con algunas variaciones, siguieron la tradición de la escuela de la sistemática italiana propuesta por Carnelutti<sup>22</sup>.

En ella, la ley adopta el informe del perito como un medio de prueba y el perito se entiende como un auxiliar del juez. Esta es una perspectiva para la que, en los sistemas jurídicos iberoamericanos, la doctrina ha propiciado posturas mixtas y diversas, a saber:

- Algunos sostienen, en términos generales, que el informe pericial es solamente un medio de prueba<sup>23</sup> en el que una persona experta «opina» sobre hechos del proceso y que como resultado busca comprobar su ocurrencia. Por tanto, esta prueba queda sometida, al igual que cualquier otra, a la contradicción de las partes, al sistema de aducción, a rendir explicaciones en audiencia y a ser libremente valorada por el juez.
- Otros discuten que, aunque esté catalogada como medio de prueba, el perito —en vez de ser un medio de prueba ordinario— es un auxiliar del juez<sup>24</sup>. El riesgo central de esta postura está en que se crea una especie de simbiosis conceptual, en la que el juez queda sin ninguna maniobrabilidad

22. Alguna doctrina tradicional, desprendida desde las enseñanzas de CARNELUTTI, que «fijó el perito como asistencia judicial», se siguió «por Alsina que afirmó que la función del perito no constituye una prueba», por «Couture que dice que tanto las presunciones como el dictamen de peritos no son propiamente medios de prueba sino tan solo unos de los muchos elementos integrantes de ese conjunto de operaciones intelectuales que es menester realizar para dicta una sentencia» y, también, Serra Domínguez «sostuvo que la labor de los peritos no constituye un medio de prueba sino una forma de valoración». Este análisis se encuentra en ARAZI, Roland. La prueba en el proceso civil. Buenos Aires, Editorial La Rocca, 1986. Pág.267.

23. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Madrid. Editorial Revista de derecho privado. 1940, pág.230. aunque no presenta una exposición clara de la naturaleza jurídica le da tratamiento de medio de prueba. GUASP, Jaime. Estudios Jurídicos. Madrid. Editorial Civitas, 1996. Pág. 417: «el perito o sus declaraciones constituyen un auténtico medio de prueba, equiparable en teoría a los restantes medios que el derecho probatorio reconoce». ARAZI, Roland. La prueba en el proceso civil. Buenos Aires, Editorial La Rocca, 1986. Pág.267. Ver también normas como el código procesal civil de Perú, art. 262-266 y del código procesal civil de Chile de 1902, que actualmente está en discusión para reforma, y el anterior código de procedimiento civil colombiano de 1970.

24. En este mismo sentido, se expresan DÖHRING, Erich. La prueba. Buenos Aires, Ejea, 1986. Pág. 245 y BENTHAM, Jeremías. Tratado de las pruebas judiciales. Buenos Aires, Ejea, 1971. Pág.92

para apartarse de la postura del perito, quien además se ha posesionado momentáneamente como funcionario de la justicia *ad-hoc*. Podría sostenerse que el perito produce un complemento de la decisión del juez y, por tanto, este último solo puede llevar a cabo una valoración muy restringida.

- Las reformas más recientes<sup>25</sup> presentan el dictamen pericial —oral o escrito— como un medio de prueba, lo que no impide considerar a los peritos como auxiliares y colaboradores de la justicia (controlables por el juez). Bajo este esquema, las partes —de manera pre-procesal— pueden contratar peritos y realizar informes que podrán ser presentados en el proceso a instancia de parte. Sin embargo, el juez ejerce sobre estos un control detallado, ya que tiene poder para intervenir de diversas maneras: se le permite desde interrogar hasta proponer un perito totalmente nuevo.

Es así como «*En España la prueba pericial la puede arrimar el juez o las partes, en Argentina lo nombra el juez, pero pueden tener consultores técnicos. Venezuela, entiende que la experticia puede ser solicitada por la parte o por el juez. Para Ecuador, los peritos son profesionales acreditados por el ministerio público en tanto en Perú, se ingresan al proceso también a petición de parte o del juez, pero de lista que reposa en el órgano judicial. Bolivia y Chile, entienden la prueba pericial como verdadero medio de prueba. En Paraguay es un medio de prueba que debe ser valorado por el juez en conjunto con todos los demás medios probatorios. En Uruguay, es el juez el que tiene control de la pericial. En Panamá y Cuba, se entiende como medio de prueba. Y Brasil considera expresamente al perito como auxiliar de la justicia*»<sup>26</sup>.

Como afirma Devis<sup>27</sup>: no puede ser «*la naturaleza jurídica de auxiliar o colaborador de la justicia, que la doctrina moderna le reconoce al perito, impedimento para que el dictamen que rinda, es decir la peritación, sea un medio de prueba*».

Esta misma postura la ha seguido la corte constitucional colombiana expresamente, al definir que la prueba pericial es «*...un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos. De otro, la experticia también es comprendida como un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos*

25. Ver como ejemplos el código general del proceso colombiano: Ley 1564 de 2012. Art. 167 - 182

26. PABON, Liliana. Valoración y argumentación de la prueba científica por parte del juez en el proceso. Tesis para acceder al título de doctora en derecho. Universidad del Rosario, 2014. Pág. 149

27. DEVIS, Hernando. Teoría General de la Prueba, vol. II. Buenos Aires, Víctor P. De Zavalía Ed., 1981. Pág. 315

*distintos de los discutidos en el proceso, sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez»<sup>28</sup>.*

Esta naturaleza jurídica compleja tiene lugar debido a que, como sostiene Taruffo<sup>29</sup>, «*en la tradición jurídica que llamamos civil law, la protección judicial de los derechos está generalmente reconocida como un derecho fundamental por parte de normas constitucionales*». Esta fundamentación constitucional produce un resultado contundente: en un sistema jurídico iberoamericano las partes —de ninguna manera— tendrán absoluta libertad para influir en el nombramiento o en la información que produce el perito para el proceso y mucho menos para determinar «sin restricción alguna» que el dictamen respectivo se presente o no al proceso. Estos límites se producen por lo que hoy se llama la constitucionalización de la justicia.

Adicional a ello, si las partes o el juez necesitan mayor acompañamiento, se permite hacer uso de una figura complementaria denominada consultor técnico o asesor experto. Este, a diferencia del perito, sí es contratado para apoyar de manera directa a las partes en la defensa de sus intereses particulares y sirve, además, de guía para el juez<sup>30</sup> en lo que al control de la pericia se refiere.

Al respecto, Arazi<sup>31</sup> sostiene que el «*consultor técnico es un asesor o patrocinante de quien lo propuso y se supone su parcialidad. De la misma manera que las partes en el aspecto jurídico cuentan con el patrocinio letrado, podría tener el apoyo de un experto en cuestiones técnicas*». Si es el juez quien lo requiere, no es una figura visible en los procesos, ya que los puede tomar de las listas de auxiliares de la justicia que ordinariamente obran en el despacho judicial.

En conclusión, puede decirse que tradicionalmente, en los sistemas jurídicos iberoamericanos, la naturaleza jurídica de la prueba pericial ha sido la de actuar como un auxiliar de la justicia. No obstante, debido a la incapacidad del Estado para mantener una lista de expertos altamente cualificada y para ser

28. Corte Constitucional colombiana, sentencia T-796 de 2006. MP Clara Inés Vargas.

29. TARUFFO, Michele. Páginas sobre la justicia civil. Madrid, Marcial Pons, 2009. Pág. 31.

30. El juez, para este efecto, dispone generalmente de un listado de organismos estatales o de profesionales expertos a disposición del órgano judicial. Estos pueden ser utilizados como consultores o como asesores expertos por el juez. Por ejemplo: El artículo 204 del código de procedimiento penal menciona el órgano técnico científico que prestará auxilio y apoyo técnico científico en las investigaciones que desarrolle la fiscalía general de la Nación y los organismos de la policía judicial; mencionando en este caso al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

31. ARAZI, Roland. La prueba en el proceso civil. Buenos Aires, Editorial La Rocca, 1986. Pág.269: «puede realizar las siguientes diligencias: a) presenciar las operaciones técnicas que realicen los peritos y formular las observaciones que considere pertinentes, b) presentar un informe sobre los puntos sometidos a dictamen pericial, dentro del plazo fijado al perito, c) en la audiencia que se fije para que los peritos den explicaciones, los consultores técnicos podrán observar lo que fuere pertinente. Cabe advertir que las observaciones no podrán ser hechas por los consultores técnicos sino por las partes o sus abogados».

eficiente en los tiempos que requiere el debido proceso, empieza a aparecer una tendencia en la que el legislador opta por crear una mixtura bajo la fórmula legal de medio de prueba, la cual permite a las partes seleccionar y suministrar expertos al proceso para que obren en calidad de peritos, aunque el juez mantiene el pleno control sobre estos y sobre los demás medios de prueba. Desde esta perspectiva, la figura del perito se puede incluso complementar con la figura del consultor técnico.

## 1.2. Los efectos de la constitucionalización de la justicia en la actividad pericial

Como se ha referenciado, la prueba pericial en el proceso está condicionada por lo que se ha denominado la constitucionalización de la justicia. Esta tendencia del siglo xx en Iberoamérica produce variaciones.

El comienzo de estas variaciones tiene lugar en las constituciones de posguerra<sup>32</sup>, las cuales consignaron —en sus normas— el derecho fundamental al debido proceso y otra serie de garantías que modelan toda actuación en el proceso. En general, se promueve la protección del derecho de defensa, la igualdad entre las partes, el principio de contradicción, el acceso a la jurisdicción, la justicia de la decisión, entre otras.

Algunos ejemplos de esto son: Argentina<sup>33</sup> con la Constitución de 1994, la cual permite la recuperación del Estado de Derecho y, por expansión jurisprudencial, el alcance de la garantía de acceder a un proceso justo. Bolivia<sup>34</sup> con la Constitución de 2009, la cual consolida un Estado Unitario Social de Derecho, soberano y democrático. Brasil<sup>35</sup> que, en su Constitución, indica expresamente que «*nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal*» con lo que instituye el derecho fundamental al proceso justo. Y, también Colombia<sup>36</sup> que, en la Constitución de 1991, ordena que el debido proceso protege la defensa, la contradicción, el juez natural, la doble instancia,

---

32. Este ha sido un fenómeno bastante generalizado, tanto en Europa donde pueden consultarse los artículos 24 y 111 de la Constitución Italiana, el artículo 103 de la Alemana, el artículo 24 de la Constitución de España y el artículo 20 de la Constitución de Portugal. Al igual que en América Latina, en donde países como Venezuela, Colombia, Brasil, Bolivia y Perú han consignado una serie de importantes garantías para el proceso.

33. OTEIZA, Eduardo. Informe de Argentina en TARUFFO, Michele y otros -coordinadores- Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

34. Ver la Constitución de Bolivia. [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)

35. Ver la Constitución de Brasil. <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/br/br117es.pdf>

36. Constitución Política de Colombia, artículo 29

la legalidad de las formas y la nulidad constitucional en la prueba recogida por medio de alguna violación a los derechos fundamentales.

Estas garantías constitucionales son un límite para posturas individuales sobre la prueba pericial en el proceso, dado que en ellas se promueve la justicia de la decisión como una conquista de los derechos humanos<sup>37</sup>. Así, Mitidiero<sup>38</sup> expone que *«el proceso justo se constituye en un principio fundamental para la organización del proceso ya que es el modelo mínimo de actuación en el Estado constitucional»*.

En consecuencia, el juez es el responsable directo de la efectividad de la justicia, para lo que el legislador debe asegurar la protección de las garantías constitucionales y de los derechos fundamentales. En efecto, en Bolivia<sup>39</sup>, *«en sintonía con la doctrina procesal moderna<sup>40</sup> se instala al juez como un verdadero director del proceso y se le instituye un generoso y amplio abanico de poderes de autoridad judicial, especialmente la averiguación de la verdad de los hechos y derechos invocados por las partes»*. De igual manera, en Colombia los poderes del juez —en la justicia civil— son muy amplios, ya que la Constitución se erige a sí misma como «norma de normas»<sup>41</sup> y en ella se promueve un proceso que se concentre más en la verdad y la justicia<sup>42</sup>.

En Ecuador<sup>43</sup> *«cobra gran importancia el juez como director del proceso, su actuación directa va a descubrir la verdad material del proceso y la actuación deficiente o errada de los sujetos procesales, con la finalidad de dictar una*

37. El debido proceso se ha institucionalizado en diversos instrumentos internacionales que forman parte del derecho internacional de los derechos humanos. Así, encontramos los artículos 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; los artículos 7, 8 y 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; los artículos 18 y 26 de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; los artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito el 16 de diciembre de 1966; los artículos 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» del 22 de noviembre de 1969, ratificada por Colombia mediante la ley 16 de 1972, entre muchos otros. Al respecto ver a CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis S.A., 1999. p. 58. Según sus enseñanzas se ha concertado llamar derechos fundamentales a los derechos humanos que han adquirido la positivización necesaria en el ordenamiento jurídico nacional, preferentemente en el orden constitucional y que, por lo tanto, logran un alto grado de certeza y posibilidad garante efectiva.

38. DE OLIVEIRA Alvaro e MITIDIERO Daniel, *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 27/28, vol. I.

39. MOSTAJO, Jorge. Informe de Bolivia en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Paes- tra, 2018

40. TARUFFO, M., *La prueba, artículos y conferencias*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2009

41. Constitución Política de Colombia, artículo 4.

42. Ver código general del proceso, ley 1564 de 2012.

43. LOPEZ, Edgar. Informe de Ecuador. En TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Paes- tra, 2018

*sentencia justa en lo posible*». En el mismo sentido, Honduras<sup>44</sup> determina que «*los poderes del juez en la dirección del proceso están ligados con sus obligaciones y responsabilidades, así como con una justicia pronta y eficaz, a efecto de brindar una tutela judicial efectiva*».

A su vez, Paraguay<sup>45</sup> «*ha posicionado la seguridad jurídica enfrentada con el valor justicia, que expresamente consagra el Código Procesal Civil el cual otorga facultades al juez tanto para dirigir el proceso, como para producir prueba por iniciativa oficiosa*». Y, para Uruguay, Pereira<sup>46</sup> sostiene que «*el aumento de los poderes-deberes del juez ha demostrado ser un instrumento muy eficaz para la búsqueda de la verdad material de los hechos de la causa y la concreción de una solución de justicia en la sentencia*».

Por último, en República Dominicana<sup>47</sup> «*se produjo una transformación respecto al papel del juez que pasó de ser un juez pasivo a jugar un rol activo en el proceso civil, en búsqueda de la verdad y de asegurar una buena administración de justicia*».

Algunos de los sistemas iberoamericanos tienen aún una concepción más tradicional, sin embargo, actualmente están avanzando las reformas a la justicia civil. Como en el caso de Panamá<sup>48</sup>, en el que «*las facultades de instrucción concedidas al juez, se encuentran dispersas en la ley de carrera judicial y en el Código Judicial, donde se faculta al juez para que en materia de pruebas y siempre que lo considere conveniente, incorpore pruebas de oficio*».

En el de Chile<sup>49</sup>, cuyo «*proceso civil está ad portas de una reforma integral, sin embargo, el juez hoy tiene unos poderes residuales o complementarios*». En Cuba<sup>50</sup>, donde «*el juez puede, en determinados casos, introducir medios de prue-*

---

44. MARTINEZ, Mary Ela y otros. Informe de Honduras en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

45. VILLALBA, Pablo. Informe de Paraguay en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

46. PEREIRA, Santiago. Informe de Uruguay en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

47. CRUCETA, José. Informe de República Dominicana en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

48. CHEN, María Cristina. Informe de Panamá en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

49. BORDALI, Andrés. Informe de Chile. En TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

50. MENDOZA, Juan. Informe de Cuba. En TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

ba de oficio». En Perú<sup>51</sup>, donde se «reconoce de modo excepcional la prueba de oficio, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes». Y, por último, en el Salvador<sup>52</sup>, donde «los poderes con que cuenta el juez para determinar la verdad de los hechos son limitados, pero si puede el juez controlar que las partes actúen con veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal».

De modo similar, en España<sup>53</sup> «La ley de enjuiciamiento dispone que una vez concluido el proceso y justamente antes de dictar sentencia, el juez «excepcionalmente» pueda acordar de oficio la práctica de prueba en supuestos de insuficiencia probatoria sobrevenida».

Con lo expuesto, se da cuenta de que en los sistemas procesales iberoamericanos consultados es de nomenclatura constitucional la protección de la justicia y de la verdad a través de un juez que se comporta como director del proceso y como instructor de la prueba. Esto significa que las partes, respetando la garantía del debido proceso, no pueden actuar desde la perspectiva del individualismo norteamericano, en el que se puede manipular la versión de un perito en beneficio de su propia causa.

## 2. Los deberes del perito en el proceso

En el proceso contemporáneo, es una realidad la creciente complejidad de los litigios. En ellos, «la prueba científica ha incrementado incuestionablemente las posibilidades de averiguar la verdad, independientemente de la forma como sea introducida al proceso, representa una garantía en el mismo, por cuanto por medio de ella se pueden lograr fines específicos»<sup>54</sup>.

En un proceso con tendencia publicista, como el que obra en los Estados constitucionales del momento, surgen para todos los sujetos procesales diversas responsabilidades. Hoy no podría sostenerse una postura que defienda que solo el juez debe actuar —en el proceso— con idoneidad procesal y buena fe, con independencia e imparcialidad. Cuando el proceso debido es una garantía constitucional, todos deben aportar a su realización.

51. PRIORI, Giovanni. Informe de Peru en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

52. MONTESINOS, Manuel. Informe de El Salvador en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

53. NIEVA, Jordi. Informe de España en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

54. PABON, Liliana. Valoración y argumentación de la prueba científica por parte del juez en el proceso. Tesis para acceder al título de doctora en derecho. Universidad del Rosario, 2014. Pág. 236



## 2.1. Sobre los principios de independencia e imparcialidad en los sistemas jurídicos iberoamericanos

En teoría, es plausible sostener que la imparcialidad y la independencia de las partes es inversamente proporcional a la de los jueces. Esto es así porque las primeras son, por esencia, parciales con su causa; en tanto los jueces deben actuar con absoluta imparcialidad y con independencia en el momento de decidir<sup>55</sup>. Como afirma Taruffo<sup>56</sup>, «*no podría pensarse en una protección efectiva de los derechos, por jueces que no fueran imparciales*».

Esto se debe a que la independencia y la imparcialidad del juzgador son garantías de un estado democrático y de derecho. Hoy se exige al juez una motivación suficiente en la sentencia, con un amplio análisis probatorio sobre la verdad de los hechos.

En general, los sistemas jurídicos iberoamericanos promueven las garantías de independencia y de imparcialidad. Por ejemplo, en Argentina <sup>57</sup>«*la independencia y la imparcialidad del juez se interpretan desde el Código Iberoamericano de Ética Judicial*<sup>58</sup> y los Principios de Bangalore<sup>59</sup>, ambos constitutivos de la idea de proceso justo y de la naturaleza de la jurisdicción en una democracia».

En Bolivia<sup>60</sup> «*los principios de independencia y de imparcialidad se encuentran regulados por la Constitución*<sup>61</sup>». También en Brasil<sup>62</sup> «*el juez tiene que ser imparcial, como elemento del propio concepto de jurisdicción*<sup>63</sup>, ya que sin imparciali-

55. Así lo expresa la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-548 de 1995, MP, Vladimiro Naranjo: «tanto el juez de instancia como sus superiores, cada uno dentro de la órbita de sus competencias, son autónomos e independientes, y adoptan sus decisiones sometidos únicamente 'al imperio de la ley' (CP art. 230). Las injerencias contra las cuales reacciona el principio de independencia judicial, no se reducen a las que pueden provenir de otras ramas del poder público o que emanen de sujetos particulares; también pertenecen a ellas las surgidas dentro de la misma jurisdicción o de otras, y que no respeten la autonomía que ha de predicarse de todo Juez de la República, pues en su adhesión directa y no mediatizada al derecho se cifra la imparcial y correcta, administración de justicia (...)»

56. TARUFFO, Michele. Páginas sobre la justicia civil. Madrid, Marcial Pons, 2009. Pág. 36

57. OTEIZA, Eduardo. Informe de Argentina en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

58. El Capítulo II dedicado a imparcialidad cuenta con ocho artículos en los cuales se describen las situaciones que pueden ponerla en riesgo.

59. En el Principio II se establece que La imparcialidad es esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales. Ver las disposiciones 2.1. a 2.5.

60. MOSTAJO, Jorge. Informe de Bolivia en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

61. Artículo 178 II

62. MITIDIERO, Daniel y otros. Informe de Brasil en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

63. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 74; Ovidio Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 40/41, vol. I; Álvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, Curso de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 125, vol. I.

*dad no hay posibilidad de trato isonómico entre las partes*<sup>64</sup>; y, para Chile<sup>65</sup>, «*la imparcialidad de los jueces está asegurada con las exigencias de independencia*».

En Ecuador<sup>66</sup>, «*uno de los principios fundamentales del Derecho Procesal es la igualdad de las partes*<sup>67</sup>. La aplicación de este principio garantiza a las partes la posibilidad real de ejercer su legítimo derecho a la defensa, y prohíbe a las autoridades judiciales discriminar o favorecer por razones injustas a uno u otro litigante». En igual sentido, España<sup>68</sup> considera «*la imparcialidad uno de los tres derechos esenciales de la Justicia, junto con la defensa y la cosa juzgada*»<sup>69</sup>. En Honduras<sup>70</sup>, «*la Constitución*<sup>71</sup> establece que el derecho de defensa es inviolable. Destaca también el Código Procesal Civil que se debe tutelar el derecho de defensa de las partes haciendo efectivos los principios constitucionales de igualdad y libre acceso a la justicia». Igualmente, Panamá<sup>72</sup> considera «*el derecho a un juez imparcial, una garantía fundamental del debido proceso que garantice una decisión judicial apegada a la ley y al respeto de la dignidad humana*<sup>73</sup>.

En Paraguay<sup>74</sup>, «*la imparcialidad es la ausencia de todo interés en la decisión*<sup>75</sup>». Para República Dominicana<sup>76</sup>, «*el sustantivo imparcial se refiere a aquel que no es parte en un asunto, con una ausencia absoluta de prejuicios*» y en el

64. Vincenzo Vigoriti, *Garanzie Costituzionali del Processo Civile – Due Process of Law e Art. 24 Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1970, p. 113.

65. BORDALI, Andrés. Informe de Chile EN TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018.

66. POZO, Ana Gabriel y otros. Informe de Ecuador EN TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018.

67. Constitución de la República, artículo 11 numeral 2

68. NIEVA, Jordi. Informe de España EN TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018.

69. NIEVA FENOLL, Derecho Procesal I, Introducción, Madrid 2014, pp. 125 y ss.

70. MARTINEZ, Mary Ela y otros. Informe de Honduras EN TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018.

71. Artículo 82

72. CHEN, María Cristina. Informe de Panamá en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018.

73. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Caso Apitz Barbera y otros VS Venezuela, afirmó que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. (...)

74. VILLALBA, Pablo. Informe de Paraguay en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018.

75. Constitución Nacional, artículos 16 y 248

76. CRUCETA, José. Informe de República Dominicana en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018.

Salvador<sup>77</sup>, «*la imparcialidad constituye uno de los presupuestos esenciales de la potestad jurisdiccional*»<sup>78</sup>.

En Uruguay<sup>79</sup>, «*la doctrina nacional destaca las garantías de la imparcialidad, en un marco de goce de efectiva independencia y de autoridad, en un Estado de Derecho*» y en el mismo sentido la Corte Constitucional de Colombia, afirma que la imparcialidad, «*significa que el operador jurídico, está en el deber de garantizar a la comunidad, que sus decisiones son objetivas, apoyadas en el principio de un tratamiento igual para todas las personas y sometidas exclusivamente al imperio de la ley*»<sup>80</sup>.

Ahora, si bien en el Perú<sup>81</sup> «*no existe en la Constitución una referencia específica a la imparcialidad como elemento del debido proceso; la Ley Orgánica del Poder Judicial establece una serie de prohibiciones a la actuación de los jueces*». Y en Cuba<sup>82</sup> «*no existe en la Ley una definición específica de imparcialidad, pero sí a circunstancias objetivas que pudieren conducir a la parcialidad*».

Se destaca que en los sistemas iberoamericanos, si bien no hay identidad plena en la forma en la que la constitución y la ley abordan las cualidades de imparcialidad y de independencia del juez, sí existe una conexión que reconduce hacia los imperativos de acceso a la justicia y de defensa, que son parte integral del debido proceso como garantía superior: «*la mejor solución posible de una controversia entre partes es una decisión adecuada y correcta*»<sup>83</sup>.

Ahora bien, en medio de estos sujetos procesales; partes y jueces, las primeras parciales y los segundos imparciales por mandato jurídico, se encuentran los peritos quienes deben ser esencialmente independientes e imparciales al servicio del proceso. ¿Qué significa independencia en su actuación?

Los peritos son sujetos que obran en el proceso como «órganos de prueba». Por ello, su independencia está vinculada a los presupuestos que exige la ley y

77. MONTESINOS, Manuel. Informe del Salvador en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

78. Sentencia definitiva proveída en la inconstitucionalidad 5-1999, de 20-VII-1999: «la imparcialidad junto con la independencia, «como derivaciones de su vinculación [del juez] a la Constitución y a las leyes»

79. PEREIRA, Santiago. Informe de Uruguay en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

80. Corte Constitucional sentencia C-1643 de 2000. MP. Jairo Charry

81. PRIORI, Giovanni. Informe de Perú en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

82. MENDOZA, Juan. Informe de Cuba en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

83. TARUFFO, Michele. La prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Pág. 22

la constitución, que en los sistemas Iberoamericanos se conecta con el derecho que tienen las partes a legítimas oportunidades de defensa.

Sin que sea determinante quien asegure el nombramiento del perito en el proceso, se espera que este sea útil al debido proceso como garantía constitucional. Para ello, el experto debe actuar de manera independiente e imparcial, pues las conclusiones de las actividades periciales son prueba y es la prueba la que propicia la construcción de argumentos verdaderos sobre la ocurrencia de unos hechos. El juez es imparcial porque la prueba le permite fundamentar la verdad de los hechos; por tanto, en cierto sentido, el perito comparte la responsabilidad de la imparcialidad del juez y, por ello, asume responsabilidades sancionables en el mismo proceso o a través de la justicia penal.

Al respecto, Cañal<sup>84</sup> afirma que *«los peritos, ya sean designados por el Tribunal o por las partes en el ejercicio de sus funciones durante el proceso, deberán actuar respetando en todo momento los principios de imparcialidad y objetividad, observando fielmente la veracidad (o deber de decir la verdad) en la elaboración de sus dictámenes, bajo la posibilidad en casos de incumplimiento de estos deberes, de incurrir en responsabilidad penal»*.

Así que el perito que asienta su trabajo en argumentos mendaces, falaces o imprecisos, produce en el juez errores para una decisión imparcial. Esto significa que el perito puede ser recusado o tachado por las partes, con lo que podría obtener una sanción procesal. Como sostiene Calderón, *«la violación de estos deberes por parte del juez, se sanciona con recusación, en el perito puede ser tachado y a veces también recusado»*<sup>85</sup>.

En el mismo sentido, las actuaciones imparciales son deberes del juez y, si por causa del perito estas no se cumplen en términos de punición, se puede generar la tipificación de las conductas de obstrucción a la justicia o fraude proce-

84. CAÑAL, José María. El perito de parte: responsabilidad penal del testimonio pericial. EN Análisis y valoración de la prueba pericial. Recuperado, el 10 de junio de <http://ebookcentral.proquest.com.bibezproxy.uca.es:2048/lib/bibucascb-ebooks/detail.action?docID=4536380> pág. 201. En este sentido, el art. 335 LEC señala que «al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito».

85. CALDERON, Amalia. El perito de parte: La defensa interesada. Familia y violencia de género. EN Análisis y valoración de la prueba pericial. Dykinson, 2016. Recuperado, el 10 de junio de 2018. Pág. 183. <http://ebookcentral.proquest.com.bibezproxy.uca.es:2048/lib/bibucascb-ebooks/detail.action?docID=4536380>. «El perito de parte no puede ser recusado como pueden serlo los que son designados por el propio tribunal, pero sí puede ser objeto de tacha como se establece en el artículo 124.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que remite al 343 de la misma Ley en el que se recogen los motivos por los que se puede tachar un perito. Tanto la recusación como la tacha son formas de control de la imparcialidad de dichos peritos. (...) La segunda cuestión establecida en la Ley para solicitar la tacha es tener interés directo o indirecto en el asunto»

sal<sup>86</sup> para el experto, ambas conductas sancionadas por el derecho penal. Más allá, una mala praxis de la prueba pericial puede producir corresponsabilidades por delito de falso testimonio o de fraude procesal a la parte y a los abogados, como en España<sup>87</sup> y en Colombia.

## 2.2. El principio de igualdad de partes, en la construcción de la prueba pericial

La igualdad material de las partes también es un principio integrador del derecho fundamental al debido proceso, el cual es reconocido de manera precisa por los sistemas iberoamericanos que esperan, a través de él, además de las decisiones justas, elevar los índices de homogeneidad en sus sociedades.

En Bolivia<sup>88</sup>, *«el texto constitucional interpretado por el Tribunal, resaltó que es derecho de toda persona un proceso justo y equitativo»*. A su vez Brasil<sup>89</sup>, establece que *«la igualdad se constituye en la capacidad de prestar tutela jurisdiccional adecuada y efectiva»*. De la misma forma, en Chile<sup>90</sup>, *«la igualdad de partes se relaciona directamente con el acceso a la justicia y forma parte de un derecho fundamental reconocido en la Constitución»*<sup>91</sup> y en Cuba<sup>92</sup>, *«se procura que no existan barreras ostensibles que impidan el acceso igualitario a la justicia»*.

86. «El delito de falso testimonio por perito, o con mayor precisión el delito de falsa pericia o falso dictamen del perito (arts. 459 CP y 460 CP), se configura como una modalidad agravada del tipo básico del delito de falso testimonio (art. 458 CP). Se trata de un delito de mera actividad,—pues no requiere la producción de un resultado concreto requiere una realización personal de los elementos del tipo—, y de un delito especial propio -sujeto activo solo puede serlo el perito-, cuyo fundamento radica en la trasgresión del juramento de actuar con objetividad y de decir verdad (arts. 335, II y 365 LEC), siendo el bien jurídico protegido no el interés de las partes, sino el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, referida ésta a la función jurisdiccional en orden a la correcta valoración de la prueba practicada». CAÑAL, José María. El perito de parte: responsabilidad penal del testimonio pericial. EN *Análisis y valoración de la prueba pericial*. Dykinson, 2016. Pág. 202. <http://ebookcentral.proquest.com/bibezproxy.uca.es:2048/lib/bibucascb-ebooks/detail.action?docID=4536380> Recuperado, el 10 de junio de 2018. En el mismo sentido el art. 442 del código penal colombiano: «falso testimonio. El que, en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años».

87. Artículo 461 CP. «El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores. 2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años».

88. MOSTAJO, Jorge. Informe de Bolivia en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018

89. MITIDIERO, Daniel y otros. Informe de Brasil en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018

90. BORDALI, Andrés. Informe de Chile en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018

91. Constitución de Chile, artículo 19.

92. MENDOZA, Juan. Informe de Cuba en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018

En Ecuador<sup>93</sup> se define que *«uno de los principios fundamentales del Derecho Procesal es la igualdad de las partes ante el sistema jurídico»*<sup>94</sup>; igualmente, en España<sup>95</sup>, *«la igualdad de partes es un derecho que está reconocido en la Constitución»*<sup>96</sup> y en Honduras<sup>97</sup> se ordena que *«el derecho de defensa es inviolable»*<sup>98</sup>. En el mismo sentido, Panamá<sup>99</sup> determina que *«la igualdad de las partes se corresponde con el acceso a la justicia, con el debido proceso y el derecho a la ejecución de la sentencia, que integran la tutela judicial efectiva»*<sup>100</sup>.

En Paraguay<sup>101</sup> se ordena *«la igualdad para el acceso a la justicia»*<sup>102</sup>. Igualmente, Perú<sup>103</sup> establece que *«toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley»*<sup>104</sup>. Y Portugal<sup>105</sup> contiene como norma constitucional *«la igualdad de partes»*<sup>106</sup>.

En República Dominicana<sup>107</sup>, *«el derecho de defensa, es la columna vertebral de todo proceso»*<sup>108</sup>. Y en el Salvador<sup>109</sup> *«el principio de igualdad procesal, tiene su génesis en los arts. 3 y 2 de la Constitución de la República, en la*

93. POZO, Ana Gabriel y otros. Informe de Ecuador en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

94. Artículo 11 numeral 2 de la Constitución «reconoce que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades»

95. NIEVA, Jordi. Informe de España en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

96. Artículo 14 de la Constitución española en relación con el artículo 24 que habla de la tutela judicial efectiva.

97. MARTINEZ, Mary Ela y otros. Informe de Honduras en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

98. Constitución de Ecuador, artículo 82

99. CHEN, María Cristina. Informe de Panamá en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

100. Panamá. Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, de 14 de agosto de 2003, a propósito del acceso a la justicia afirmó que: El acceso a la justicia constituye uno de los derechos que, junto al debido proceso y al derecho a la ejecución de la sentencia, integran la tutela judicial efectiva.

101. VILLALBA, Pablo. Informe de Paraguay en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

102. Constitución Nacional del Paraguay, artículo 47

103. PRIORI, Giovanni. Informe de Perú en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

104. Artículo 2.2. Constitución Peruana

105. COSTA E SILVA, Paula y otra. Informe de Portugal en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

106. Constitución de la República de Portugal, artículo 20

107. CRUCETA, José. Informe de República Dominicana EN TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

108. Constitución de República Dominicana, artículo 69 inciso 4

109. MONTESINOS, Manuel. Informe de El Salvador EN TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

*medida que, el primero, por un lado, impone al Estado la obligación de garantizar a todas las personas, en condiciones similares o paritarias, un trato equivalente en la creación, aplicación y ejecución de la ley y, por otro, confiere a toda persona el poder o facultad de exigir un trato paritario».* Por último, en Uruguay sostiene Pereira<sup>110</sup> que «*la igualdad de partes se da por la confluencia de distintos factores tales como, el afianzamiento de la democracia y la necesidad de contar con canales de acceso a la justicia que brinden seguridad y transparencia».*

Como se deduce, en los sistemas iberoamericanos consultados la igualdad de las partes es integradora del debido proceso y de la tutela judicial efectiva. En consecuencia, las diferencias que condicionan la defensa real en el proceso, tales como: el precario acceso a expertos y a científicos altamente cualificados, el pago de altos costos y honorarios por actividades periciales necesarias, y los tiempos ineficientes en la aportación de estudios periciales para la decisión en el proceso, deben ser controlados por el juez en beneficio de ambas partes.

La forma de cumplir con esta garantía constitucional se encuentra en el control del juez sobre la prueba pericial. Independientemente de que el perito sea solicitado o aportado por el juez o por las partes, se deben controlar la calidad y reconocimiento del perito como experto, los métodos de recolección de la información y la claridad y coherencia, en la demostración de los hechos, que contiene el dictamen pericial.

### **2.3. La valoración de la prueba y su relación con la verdad y la justicia**

Todas las etapas del proceso son importantes en la construcción de la tutela judicial efectiva, pero si alguna cobra singular importancia es la etapa de la valoración de las pruebas, pues en ella se condensan finalmente las garantías constitucionales enunciadas por los sistemas jurídicos.

Esto se debe a que los sistemas jurídicos han superado las fórmulas de valoración por ordalías y también las tarifarias. Hoy, la valoración de la prueba —en términos generales— gira en torno al razonamiento del juez, bien a través de fórmulas como la sana crítica o la libre valoración, las cuales tienen como fronteras el principio de legalidad, de la razonabilidad y de la argumentación; todos en vínculo con la demostración de la verdad de los hechos.

---

110. PEREIRA, Santiago. Informe de Uruguay en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

En este sentido, los sistemas iberoamericanos se muestran bastante homogéneos. Bolivia<sup>111</sup> presenta como regla general *«que los tribunales deben establecer la verdad de los hechos en litigio y que la verdad tiene que ser determinada tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles»*.

Igualmente, la norma constitucional en Brasil<sup>112</sup> *«indica que la prueba está para buscar la verdad»*; en Cuba<sup>113</sup>, *«el modelo procesal en diversos artículos propugna la búsqueda de la verdad como cometido de la prueba civil»*; en Ecuador<sup>114</sup>, se *«tiene al juez como director del proceso, para realizar una investigación de oficio para encontrar la verdad»* y, en España, según Nieva<sup>115</sup>, se *«considera que el juez es libre para valorar la prueba siempre y cuando motive sus conclusiones en función de inferencias correctamente construidas desde el punto de vista epistémico»*.

De la misma forma, en Honduras<sup>116</sup>, *«la valoración debe hacerse de forma clara y concreta sobre los hechos y fundamentos jurídicos»*; en Panamá<sup>117</sup>, *«las pruebas se apreciarán por el juez, según las reglas de la sana crítica»* y, en Uruguay<sup>118</sup>, se propugna directamente por la verdad, toda vez que *«los principios de buena fe y lealtad procesal expresan que las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la justicia»*<sup>119</sup>.

Los sistemas de iberoamérica que están en vía de reforma, actualmente se pronuncian así sobre la verdad: en Chile<sup>120</sup>, *«entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la*

111. MOSTAJO, Jorge. Informe de Bolivia en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

112. MITIDIERO y otros. Informe de Brasil en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

113. MENDOZA, Juan. Informe de Cuba en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

114. TOBAR, María Isabel. Informe de Ecuador en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

115. NIEVA, Jordi. Informe de España en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

116. MARTINEZ, Mary Ela. Informe de Honduras en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

117. CHEN, María Cristina. Informe de Panamá en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

118. PEREIRA, Santiago. Informe de Uruguay en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

119. Artículo 5 del código general del proceso de Uruguay.

120. BORDALI, Andrés. Informe de Chile en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018



que crean más conforme con la verdad»<sup>121</sup>. En Paraguay, según Villalba, «existe un compromiso solapado del método procesal, que no es para nada claro ni positivo con la obtención de la verdad, pero emergen algunas disposiciones que orientan hacia la obtención de la verdad». En Perú<sup>122</sup>, no hay una alusión específica con referencia a este punto y, en República Dominicana<sup>123</sup>, «la valoración de las pruebas exige un estándar mínimo de satisfacción». Por último, en el Salvador<sup>124</sup> «se adopta un sistema en el que su fin primordial no está dirigido a lograr la consecución de la verdad sino a resolver el conflicto inter-subjetivo o social».

Son mayoría los sistemas jurídicos iberoamericanos que presentan clara tendencia hacia la valoración razonada de la prueba en la búsqueda de la verdad. Se reconoce que al valorar la prueba, el juez encuentra fundamentos para la decisión justa. De ahí que resulta determinante, en el tratamiento de la prueba pericial, generar un sistema de valoración claro y coherente, de tal forma que esta prueba pueda ser fundante de la decisión del juez.

El juez, haciendo uso de los poderes que le otorga el legislador —primario o secundario—, debe encontrar herramientas que le permitan acceder a la verdad. Estos elementos en la prueba pericial son de diversa índole, pues suman el sentido común y las reglas técnicas<sup>125</sup>.

A efectos de ser conscientes sobre la complejidad de la valoración de la prueba pericial, se previene al juez clarificando que este es un tema que ha pasado por diversos estadios en sistemas jurídicos como el norteamericano, muy apegado a estas prácticas. Así, se han estudiado casos como el «*Frye (1923)* —el cual se decide tras la discusión de un detector de mentiras—, *Daubert (1993)* —caso que pone las reglas para el tramite de la prueba científica, por consumo de un medicamento—, *Joiner (1997)* —exposición a los PCB y consecuencia del cancer de pulmón—, *Kumho (1999)* —explosión de neumático que provoca accidente de tránsito por defecto de fábrica— y, finalmente, la adopción de la regla 702 de la *Federal Rules of evidence de 2000* —que regula diversas pruebas científicas»<sup>126</sup>.

121. Artículo 428 del código de procedimiento civil de Chile.

122. PRIORI, Giovanni. Informe de Peru en TARUFFO, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

123. CRUCETA, Jose. Informe de Republica Dominicana En Taruffo, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

124. MONTESINOS, Manuel. Informe de El Salvador En Taruffo, Michele y otros. Principios procesales en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018

125. NIEVA, Jordi. La valoración de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 2010. Pág. 138

126. Por el objetivo de este artículo no se entra en el detalle, pero se pueden consultar los textos de: PABON, Liliana. Valoración y argumentación de la prueba científica por parte del juez en el proceso. Tesis para acceder al título de

Entre este cúmulo de precedentes, para los sistemas iberoamericanos ha sido más representativo el caso Daubert<sup>127</sup>, pues este se ha tomado como referente en varios sistemas como el español o como el colombiano; sin embargo, al parecer, estas mismas fórmulas incurren en errores de claridad al momento de ser usadas por el Juez.

Como afirma Nieva<sup>128</sup>, *«ni siquiera hemos otorgado al juez reglas claras, en los casos famosos como Daubert, donde se relacionan 4 aspectos centrales a tener en cuenta y que son: 1) técnica o método utilizado. 2) publicación en medios arbitrados. 3) informe sobre el grado de acierto de su técnica y 4) en general verificar que el método es aceptado por la comunidad científica. Estos son criterios de muy difícil apreciación por un juez de cultura media. Aun con estos criterios, el juez queda en igual situación de credibilidad, porque no puede contrastar lo que se le pide»*.

Por supuesto, si se trata de que el juez «entienda» hechos que se escapan a su conocimiento jurídico relacionados con ciencias especializadas como: la química, la física, la biología, la matemática, la genética, la ingeniería e, incluso, la balística o la dactiloscopia, se le deben proveer herramientas suficientes para ello. En este sentido, *«para que el tribunal pueda acercarse a la verdad del caso, lo relevante es que se dote al tribunal y a los abogados de los instrumentos necesarios para poner a prueba las conclusiones de los peritos»*<sup>129</sup>.

Es menester pues, dotar al juez de canales reales de entendimiento, frente a la opinión de los peritos. El juez, en la fundamentación de la sentencia, debe dar cuenta justificada de cómo apprehendió para sí los conocimientos del experto, de tal forma que ha podido aplicarlos al caso y fallar.

---

doctora en derecho. Universidad del Rosario, 2014 y de VASQUEZ, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. Madrid. Marcial Pons, 2015.

127. Al respecto consultar a VASQUEZ, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. Madrid. Marcial Pons, 2015 y PABON, Liliana. Valoración y argumentación de la prueba científica por parte del juez en el proceso. Tesis para acceder al título de doctora en derecho. Universidad del Rosario, 2014 Pág. 282 La «adecuación» no siempre es evidente, y la validez científica para un propósito no es necesariamente la validez científica para otros propósitos no relacionados. Establece los siguientes criterios de valoración: 1) contrastabilidad o falsabilidad de la teoría o técnica aplicada, que resulte empíricamente contrastable; 2) fiabilidad de la prueba, que se apoye en métodos y procedimientos de la ciencia; 3) evaluación del razonamiento o metodología empleada, para verificar si es científicamente adecuada; 4) margen de error o potencial que presente. Porcentaje de error conocido; 5) revisión por pares; 6) consenso general de la comunidad científica. Además, advierte de la admisibilidad de la mala ciencia o junk science «ciencia basura».

128. NIEVA, Jordi. Replanteando a Daubert, conferencia presentada en Lima, Universidad Católica de Perú, en la apertura del VIII Seminario Internacional sobre proceso y constitución. Abril 23 de 2018.

129. JIMENEZ-BLANCO, Gonzalo y otro. Arbitraje y prueba pericial. Revista de Derecho, vol. 12. 2016. Pág. 53 <http://web.b.ebscohost.com/bibezproxy.uca.es:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=fad1c7c9-4800-4ea0-bb61-b3b7d0ef4eff%40sessionmgr104>. Recuperado el 10 de junio de 2018.

En suma, lo que se repite en los sistemas jurídicos iberoamericanos a cerca de que la prueba es el medio para llegar a la verdad, debe realizarse. Parafraseando a Trocker<sup>130</sup>, esto es parte del principio democrático activo en el proceso.

Para valorar la prueba pericial es menester mantener reglas claras sobre su posible peso y sentido; esto es el debido proceso probatorio que —según la Corte Constitucional de Colombia— significa «(i) *participar efectivamente en la producción de la prueba* y (ii) *exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba*»<sup>131</sup>.

Porque, como afirma Pabón<sup>132</sup>, citando a Allen «*lo que alguien dice que es verdad no debe ser aceptado sin una demostración de que realmente es, o al menos que probablemente lo sea, hablando sobre una base sólida de conocimiento fiable*».

Y como lo explica Nieva<sup>133</sup>, «*en la valoración de la prueba fácilmente pueden tener encuentro diversos enfoques de interpretación: el estrictamente jurídico —condensado en los razonamientos del legislador cuando trata de exponer los problemas probatorios a través de reglas de valoración de los medios de prueba—, el epistemológico —que sirve al juez para exponer con claridad, de manera ordenada y detallada sus razones probatorias, le ayuda a saber «porque piensa lo que piensa del caso»—, el psicológico —da cuenta de los múltiples sesgos del pensamiento humano y le ayuda al juez a expresar una valoración más selecta en la escogencia de las premisas—, el matemático —uso adecuado de la estadística en algunos medios de prueba— y el sociológico —para el buen uso de la motivación—».*

Es así que el juez deberá atender a varios aspectos al momento de valorar la prueba pericial:

- La designación del perito: si lo designan las partes, o es aducido mediante anexo en la demanda, como prueba preprocesal, el juez deberá atender con extrema rigurosidad los objetivos de la prueba, evitando la violación del principio de igualdad de partes. Cabe resaltar al respecto que, en la

130. TROCKER, Nicoló, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano, Giuffré Editore, 1974. p. 535.

131. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-790/06 de 20 de septiembre de 2006, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

132. PABON, Liliana. *Valoración y argumentación de la prueba científica por parte del juez en el proceso*. Tesis para acceder al título de doctora en derecho. Universidad del Rosario, 2014. Pág. 301

133. NIEVA, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2010. Páginas 95 a 129

justicia arbitral, el perito debe «*proporcionar un documento justificativo de su cualificación e independencia de las partes*»<sup>134</sup>.

- La profesionalidad del perito: experiencia, hoja de vida, calidades y consistencia en su conocimiento. Esto se evidencia con títulos, con recomendaciones y con otros informes periciales similares al solicitado.
- Cumplimiento de los requisitos del dictamen: el perito deberá ser puntual y consistente en la respuesta a los hechos que se deben verificar en el proceso.
- Coherencia interna y razonabilidad del dictamen. Este resulta ser el punto más neurálgico del control que debe realizar el juez, dado que sus conocimientos probablemente no alcanzan para identificar errores en el dictamen. Cabe también, en este punto, tener en cuenta soluciones que funcionan en la justicia arbitral, donde esta revisión se hace contrastando «*las cuestiones a las que el perito debe responder, la documentación e información a las que el perito podrá tener acceso y que los peritos permitan a las partes opinar sobre su contenido*»<sup>135</sup>.

Es ese sometimiento al control del juez lo que realmente hace relevantes los dichos y las explicaciones del perito, porque «*el perito después de examinar él, es examinado por el Juez de manera análoga a la del testigo; la diferencia está en que mientras que la observación que hace el testigo no constituye un acto procesal, la observación que hace el perito sí lo es*»<sup>136</sup>.

Así, puede cumplirse la valoración racional de la prueba, la cual requiere, parafraseando a Ferrer<sup>137</sup>, por lo menos, las siguientes características:

- Incentivar el mayor nivel de conocimiento objetivable, antes que la convicción moral del juez.
- Evitar las reglas innecesarias de inmediatez, pues es más importante la justificación y la argumentación de la valoración de la prueba.

134. JIMENEZ-BLANCO, Gonzalo y otro. Arbitraje y prueba pericial. Revista de Derecho, vol. 12. 2016. Pág. 51-55 <http://web.b.ebscohost.com/bibezproxy.uca.es:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=fad1c7c9-4800-4ea0-bb61-b3b7d0ef4eff%40sessionmgr104>. Recuperado el 10 de junio de 2018.

135. JIMENEZ-BLANCO, Gonzalo y otro. Arbitraje y prueba pericial. Revista de Derecho, vol. 12. 2016. Pág. 51-55 <http://web.b.ebscohost.com/bibezproxy.uca.es:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=fad1c7c9-4800-4ea0-bb61-b3b7d0ef4eff%40sessionmgr104>. Recuperado el 10 de junio de 2018.

136. GUASP, Jaime. Estudios Jurídicos. Madrid. Editorial Civitas, 1996. Pág. 417.

137. FERRER, Jordi. La valoración racional de la prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2007. pp. 54 y ss.

— Exigir en la decisión una fuerte motivación de la decisión y no centrarse tanto en las múltiples reglamentaciones técnicas o de procedimiento.

Con base en todo esto, el juez puede y debe —en caso de considerarlo necesario— apartarse de las conclusiones del dictamen en el momento de que, al valorar las pruebas, encuentre inconsistencias, incoherencias, falta de respaldo e incluso dudas sobre los datos que emergen del perito.

Al valorar la prueba pericial, el juez tiene plenas facultades, de acuerdo a sus poderes, para no tomar en cuenta la prueba y para desestimarla; pues, como afirma Calderón<sup>138</sup>: *«el informe pericial no acredita de forma irrefutable absolutamente nada de lo que en el mismo se contiene, pues solamente se trata de una opinión profesional (que) puede ser rebatida por otro profesional que elabore un informe más completo, ya sea porque sus conocimientos son mayores o bien porque se ajuste más a los criterios que deben conducir su pericia, de forma que el resultado sea más coherente y completo»*.

Al ser la valoración de la prueba la etapa de mayor peso en la decisión de la sentencia, también sería de mucha utilidad para el juez contar en ella con el consultor experto<sup>139</sup>, él puede hacer más contundente la fundamentación del juez; para este efecto el juez podrá apoyarse en colegios profesionales o en instituciones estatales dedicadas a estas especialidades.

Un último aspecto que no deberá perder de vista el juez en el momento de valorar la prueba, es que el proceso responde a las ciencias del sujeto, a las interacciones de la vida y de la sociedad, no a los experimentos de las ciencias positivas. Los tribunales, en la valoración de la prueba, no pueden —de ninguna manera— convertirse en laboratorios artesanales<sup>140</sup> de los científicos.

---

138. CALDERON, Amalia. El perito de parte: La defensa interesada. Familia y violencia de género. EN Análisis y valoración de la prueba pericial. Dykinson, 2016. Recuperado, el 10 de junio de 2018. Pág. 184.

139. Ver código de procedimiento civil colombiano, artículo 238 numeral 7

140. El juez no puede olvidar que la ciencia avanza siempre, esa es su naturaleza, volver sobre sus errores; por tanto toda conclusión actual es siempre parcial. Por ejemplo, sobre la idoneidad de la paternidad, la ciencia empezó presentando al mundo el método kuhne, después optó por los grupos sanguíneos, hoy se discute sobre el ADN, pero es también parte de esta evolución las hoy ya conocidas manipulaciones genéticas en la concepción, la posibilidad de múltiples paternidades o los casos de maternidad compartida por arrendamiento de vientre, también las muchas formas de fecundación en laboratorio que mezclan diversidad de material genético. ¿Que deparará el futuro cercano al proceso en cuanto a paternidad? Porque debe recordarse que un padre no es un resultado biológico. En igual sentido, pueden analizarse los avances de la psiquiatría, la criminalística y la biología, entre otros.

### 3. Perspectivas sobre el resguardo de la idoneidad técnica del perito

Como hasta aquí se ha expuesto, independientemente de que el perito sea nombrado por el juez o por la parte, el control de intervención en los sistemas iberoamericanos reposa en el juez y se deriva de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva y del debido proceso, de la importancia de la igualdad de partes y de las garantías de justicia y verdad en la decisión.

Es pues un imperativo para el juez propender por asegurar, en el proceso, la idoneidad del perito, tanto desde lo técnico —independencia— como desde lo personal —imparcialidad—.

#### 3.1. La prueba, estructura fundante de la decisión justa

Lo que prueba la prueba es un tema ampliamente tratado en el estudio del proceso, pero la importancia de la prueba va más allá de su capacidad demostrativa. La importancia de la prueba radica en la fundamentación que aporta a la decisión del juez, una perspectiva que trasciende las formas de la doctrina tradicional, pues se incrusta en el deber de motivación de la sentencia.

Cuando, se define sobre la prueba la importante función de crear argumentos para la motivación de la sentencia, surgen inquietudes serias con respecto a la prueba pericial; bien por la experiencia y la capacidad del perito, la respuesta que ofrece a las dudas creadas en el proceso, la imparcialidad de sus argumentos y, especialmente, la confiabilidad de las conclusiones.

Estas preocupaciones son reales, porque una mala prueba pericial limita el conocimiento que necesita el juez para la determinación verdadera de algunos hechos y este es un problema que corresponde a la garantía de tutela judicial efectiva, ya que la prueba fundamenta la decisión del juez.

La sentencia fundada es aquella en la que la decisión se motiva en la *verdad*<sup>141</sup> de los hechos, lo cual además conduce a la cualidad de un juez imparcial; por eso, la ley afirma que «toda decisión debe estar fundada en la prueba, regular y oportunamente allegada al proceso»<sup>142</sup>.

141. TARUFFO, Michele. La prueba. Madrid, Marcial Pons, 2010. Pág. 155.

142. Ver código general del proceso colombiano, artículo 174

Esta perspectiva de la verdad de la decisión, a través de la prueba, se conecta con el sentido de justicia, que se espera de la decisión. Como afirma Taruffo<sup>143</sup>, para que una decisión se considere justa debe tener tres cualidades, todas al tiempo, aunque en diversa gradación: la primera de ellas es que los hechos sean verdaderos, es decir, que estén demostrados a través de la prueba regular y legítimamente allegada al proceso; la segunda es que el debido proceso se haya respetado y la tercera es que el juez decida haciendo una selección adecuada de las normas del ordenamiento jurídico que va a aplicar.

He aquí la importancia que adquiere en la prueba pericial el resguardo de la idoneidad técnica y personal del perito.

### **3.2. Perspectivas para el resguardo de la idoneidad del perito**

Este texto ha dado cuenta de cómo, en los sistemas iberoamericanos, la prueba se relaciona con la verdad y esta, a su vez, incide de manera directa en el debido proceso y en la tutela judicial efectiva.

Ello permite que, en un Estado constitucional, como lo son la mayoría de los sistemas consultados, el juez haga uso eficiente de los poderes de dirección y de instrucción que la misma constitución le otorga para asegurar —en todo proceso— el cumplimiento de las garantías y de los derechos.

Esto significa que el primer mecanismo para asegurar el resguardo de la idoneidad del perito está en las capacidades del juez. El legislador no podría establecer un catálogo de indicaciones suficiente para ejercer un control de la prueba pericial en el proceso, que es casi seguro, diferente, «caso por caso».

Sin embargo, para complementar la capacidad de dirección del juez, se encuentran algunas medidas de control para la prueba pericial en la justicia arbitral que se indican en este escrito, ya que pueden ser utilizadas por el juez según lo considere pertinente:

- *Pre- hearing meeting que permite a los peritos (obrantes en el caso) acercar sus posturas o, al menos, delimitar sus discrepancias, antes de que se celebre la audiencia para la práctica de la prueba. Esto permite audiencias más precisas y con menos gastos.*

---

143. TARUFFO, Michele. La prueba, la verdad y la decisión judicial, en *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*, Medellín, Universidad de Medellín, 2005, p. 102.

- *La conferencia de peritos, que los peritos procedan a ratificar su informe en presencia de los demás peritos designados.*
- *Sachs Protocol, sistema en el que cada parte debe proponer una lista de potenciales peritos y de cada una de las listas el tribunal debe elegir a uno de los peritos propuestos, quienes formarán el denominado «equipo de expertos».*
- *Asesoramiento técnico específico durante la práctica de la prueba pericial. Este asesor técnico podría participar en la práctica de la prueba de la misma forma que los abogados de las partes intervienen en las cuestiones jurídicas, pero sin que sus intervenciones puedan considerarse en modo alguno como una prueba pericial»<sup>144</sup>.*

Como puede comprenderse, estas son medidas plausibles de realizar en cualquier proceso en el que se espere encontrar la verdad de hechos técnicos, tecnológicos o científicos. Siempre podrán plantearse formas de encontrar respuestas contrastadas y de acuerdo con las diversas complicaciones que surgen en cada proceso.

Esto es, como afirma Vásquez<sup>145</sup>, *«enfocarse menos en los peritos individuales y mucho más en las comunidades expertas, atendiendo a ese pacto social ineludible que conforma el conocimiento experto».*

Otra forma interesante de explorar el fortalecimiento de la idoneidad técnica del perito es que *«el nombramiento del perito se lleve a cabo por una entidad especializada en esa labor y no por los árbitros (en este caso por el juez) (lo que puede propiciar) la búsqueda del perito más adecuado»<sup>146</sup>.*

En este sentido, el juez deberá propender por que la prueba pericial sea arriada al juicio a través de colegios<sup>147</sup> o en colectivo por comunidades científicas

---

144. JIMENEZ-BLANCO, Gonzalo y otro. Arbitraje y prueba pericial. Revista de Derecho, vol. 12. 2016. Pág. 51-55 <http://web.b.ebscohost.com/bibezproxy.uca.es:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=fad1c7c9-4800-4ea0-bb61-b3b7d0ef4eff%40sessionmgr104>. Recuperado el 10 de junio de 2018.

145. VÁSQUEZ, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. Madrid, Marcial Pons, 2015. Pág. 23

146. JIMENEZ-BLANCO, Gonzalo y otro. Arbitraje y prueba pericial. Revista de Derecho, vol. 12. 2016. Pág. 53 <http://web.b.ebscohost.com/bibezproxy.uca.es:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=fad1c7c9-4800-4ea0-bb61-b3b7d0ef4eff%40sessionmgr104>. Recuperado el 10 de junio de 2018.

147. Es muy importante que los peritos provengan de colegios o comunidades científicas porque *«deben observar las normas generales de actuación contenidas tanto en las disposiciones legales como las del Colegio Profesional, corporación u organismo al que pertenezca. Si pertenece a un colectivo que dispone de Código Deontológico, se le exige ética y respeto por el mismo»* CALDERON, Amalia. El perito de parte: La defensa interesada. Familia y violencia de género. EN Análisis y valoración de la prueba pericial. Dykinson, 2016. Recuperado, el 10 de junio de 2018. Pág. 181. <http://ebookcentral.proquest.com/bibezproxy.uca.es:2048/lib/bibucascb-ebooks/detail.action?docID=4536380>



cas, o controlar mediante discusiones abiertas las diversas posiciones. La contratación particular de expertos o de científicos hace más falible la objetividad de la prueba e incrementa el error en los resultados.

Por último, es muy importante para la asegurabilidad de la idoneidad técnica que haya una clara determinación en el proceso del tipo de ciencia que se requiere para la demostración de los hechos; así, el margen de error podrá ser definido probabilísticamente por el juez. Se sabe, por ejemplo, que la probabilidad de error de la prueba científica como el ADN es inferior al 0.001%, pero que la probabilidad de error de la dactiloscopia es mucho mayor y todavía lo supera el de las ciencias económicas.

Para la justicia es útil definir previamente al nombramiento de un perito, si los hechos que se deben verificar son estudiados por una ciencia exacta o social. El uso de las ciencias es diverso, el juez debe diferenciar aquello que no es ciencia de lo que sí es, o por lo menos se acerca a serlo.

*«La ciencia lo que busca es emplear un modelo científico, capaz de ser probado, contrastado y con pretensión de verdad, la que es capaz de descubrir sus propias deficiencias y corregir las mismas. Por el contrario, la pseudociencia, que denomina especulaciones no científicas, considera que no es transparente, no ofrece hipótesis que puedan ser contrastadas, objetivas y universalmente válidas»<sup>148</sup>.*

En conclusión, es plausible propiciar en el proceso técnicas que mejoren la asegurabilidad de la idoneidad técnica del perito. Por supuesto, no hay fórmulas precisas, porque tantos serán los peritos y las formas de llegar al proceso, como tantas son las ciencias actuales y sus derivaciones.

El juez será siempre quien, haciendo uso de sus capacidades y de un adecuado sistema de garantías, propiciará que en el proceso se dé la mejor fórmula para que el perito entregue conocimientos claros, concretos, precisos y verificables sobre la verdad de los hechos que se someten a su estudio.

## Conclusiones

Hoy, es cada vez más real que el conocimiento privado del juez está proscrito en toda circunstancia sometida a su decisión. La velocidad con la que se transforman las sociedades modernas, las relaciones entre las personas, los nego-

---

148. PABON, Liliana. Valoración y argumentación de la prueba científica por parte del juez en el proceso. Tesis para acceder al título de doctora en derecho. Universidad del Rosario, 2014. Pág. 92

cios, la evolución de los derechos fundamentales y de las garantías procesales, hacen que el proceso judicial deba y pueda contar con más técnica y ciencia.

Del juez se espera una decisión racional, razonable y bien motivada; lo cual, por supuesto, implica que la prueba sea el eje medular del conocimiento que adquiere el juez sobre los hechos del caso para decidir conforme a derecho y con cualidades de justicia. Es así como en el mundo de las pruebas el perito toma gran relevancia.

Se ha demostrado cómo, en Estados Unidos, el perito se comporta como testigo experto a favor de una de las partes. Pero, a diferencia de este modelo, en los sistemas jurídicos iberoamericanos el dictamen pericial es un medio de prueba y el perito tiene funciones de auxiliar de la justicia, lo cual consiste en brindar al proceso la información especializada que se requiere, de ahí la imperiosa necesidad de asegurar su imparcialidad y su idoneidad técnica.

Aunque la técnica, la tecnología y la ciencia sean más contundentes a la hora de establecer la verdad de determinados hechos, la realidad es que su inclusión en el proceso propicia múltiples problemas de aplicación, entre ellos:

- La ciencia, la técnica y la tecnología cambian a una velocidad arrolladora, basta con leer sobre la posibilidad de engendrar niños en un laboratorio, sobre la evolución del Facebook en pocos años o sobre la diferencia entre el primer computador que una persona cualquiera pudo comprar con la última laptop que se puede adquirir actualmente en el mercado, para descubrir la facilidad con la que el entendimiento sobre las cosas muta.
- Las ciencias y los nuevos conocimientos se expresan en palabras que no son del dominio público. Palabras que se corresponden con esquemas idiomáticos diferentes, exclusivos de una comunidad cerrada.
- El control sobre las ciencias es de mayor complejidad, pues en ellas se producen conocimientos que superan el sentido común; por tanto, si bien la prueba pericial arrima al proceso la verificación de situaciones complejas, la valoración de esta prueba enfrenta los mismos retos que la comprobación inicial del hecho.

El juez tiene una gran responsabilidad en el proceso y, por eso, los sistemas iberoamericanos han confiado en él y le han entregado extensos poderes de dirección del proceso y de instrucción sobre la prueba.

El juez debe utilizar toda su capacidad para lograr entender lo que sea realizado por los peritos, a favor de la justicia; pues el derecho pertenece a las ciencias

sociales y humanas, a diferencia de la tecnología, que se apoya en las ciencias positivas o experimentales; esto implica que el juez formule complejos argumentos de ponderación a la hora de decidir sobre un conflicto.

Se trata de crear puentes de acceso entre dos dinámicas diferentes para abordar el proceso, no de permitir que el proceso sea un campo experimental.

Con respecto al problema que aquí se ha abordado no hay fórmulas precisas para su solución ni una respuesta única. En el proceso judicial contemporáneo, tantos serán los peritos y las formas de llegar al proceso, como tantas son las ciencias actuales y sus derivaciones. El juez será siempre quien, haciendo uso de sus capacidades y de un adecuado sistema de garantías, propiciará que —en el proceso— se dé la mejor fórmula para que el perito entregue conocimientos claros, concretos, precisos y verificables, sobre la verdad de los hechos, que se someten a su estudio.

## Bibliografía

### Doctrina

- ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires, Editorial La Rocca, 1986.
- BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires, Ejea, 1971.
- BORDALI, Andrés. *Informe de Chile*, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- CALDERON, Amalia. *El perito de parte: La defensa interesada. Familia y violencia de género*. En *Análisis y valoración de la prueba pericial*. Dykinson, 2016. <http://ebookcentral.proquest.com/bibezproxy.uca.es:2048/lib/bibucascb-ebooks/detail.action?docID=4536380>. Recuperado, el 10 de junio de 2018.
- CAPPELLETTI Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- CAÑAL, José María. *El perito de parte: responsabilidad penal del testimonio pericial*. En *Análisis y valoración de la prueba pericial*. Recuperado, el 10 de junio de <http://ebookcentral.proquest.com/bibezproxy.uca.es:2048/lib/bibucascb-ebooks/detail.action?docID=4536380>
- CHEN, María Cristina. *Informe de Panamá*, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá, Temis S.A., 1999.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid. Revista de derecho privado. 1940.
- COSTA E SILVA, Paula y otra. *Informe de Portugal*, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- CRUCETA, José. *Informe de República Dominicana*, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018

- DEVIS, Hernando. *Teoría General de la Prueba*, vol. II. Buenos Aires, Víctor P. De Zavalia Ed., 1981.
- DÖHRING, Erich. *La prueba*. Buenos Aires, Ejea, 1986.
- DE OLIVEIRA, Alvaro e MITIDIERO Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo, Atlas, 2010. vol. I.
- FERRER, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Barcelona, Marcial Pons, 2007
- GUASP, Jaime. *Estudios Jurídicos*. Madrid. Editorial Civitas, 1996.
- JIMENEZ-BLANCO, Gonzalo y otro. *Arbitraje y prueba pericial*. Revista de Derecho, vol. 12. 2016.  
<http://web.b.ebscohost.com/bibezproxy.uca.es:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=fad1c7c9-4800-4ea0-bb61-b3b7d0ef4eff%40sessionmgr104>. Recuperado el 10 de junio de 2018.
- LOPEZ, Edgar. Informe de Ecuador. En TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- MARTINEZ, Mary Ela y otros. Informe de Honduras, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- MENDOZA, Juan. Informe de Cuba, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- MITIDIERO, Daniel y otros. Informe de Brasil, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- MONTESINOS, Manuel. Informe del Salvador, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- MOSTAJO, Jorge. *Informe de Bolivia*, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- NIEVA, Jordi. *Informe de España*, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- NIEVA FENOLL, Derecho Procesal I, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- NIEVA, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2010.
- NIEVA, Jordi. Replanteando a Daubert, conferencia presentada en Lima, Universidad Católica de Perú, en la apertura del VIII Seminario Internacional sobre proceso y constitución. Abril 23 de 2018.
- OTEIZA, Eduardo. Informe de Argentina, en TARUFFO, Michele y otros —coordinadores— *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- PABON, Liliana. *Valoración y argumentación de la prueba científica por parte del juez en el proceso*. Tesis para acceder al título de doctora en derecho. Universidad del Rosario, 2014
- PEREIRA, Santiago. Informe de Uruguay, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- POZO, Ana Gabriel y otros. Informe de Ecuador, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- PRIORI, Giovanni. Informe de Perú, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- RUSELL, Bertrand. *ABC de la relatividad*. Madrid, Ediciones Cátedra, 2009.
- TARUFFO, Michele. *Páginas sobre la justicia civil*. Madrid, Marcial Pons, 2009.
- TARUFFO, Michele. *La prueba, la verdad y la decisión judicial*, en Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal, Medellín, Universidad de Medellín, 2005.
- TARUFFO, Michele. *La prueba*. Barcelona, Marcial Pons, 2008
- TOBAR, María Isabel. Informe de Ecuador, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- TROCKER, Nicolás. *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano, Giuffrè Editore, 1974

- VASQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid. Marcial Pons, 2015.
- VILLALBA, Pablo. Informe de Paraguay, en TARUFFO, Michele y otros. *Principios procesales en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018
- VIGORITI Vincenzo. *Garanzie Costituzionali del Processo Civile*. Milano, Giuffrè, 1970.

## **Normas**

- Constitución Peruana
- Constitución de la República de Portugal
- Constitución Nacional del Paraguay
- Constitución Italiana
- Constitución de Alemania
- Constitución de España
- Constitución de Bolivia. [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)
- Constitución de Brasil. <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/br/br117es.pdf>
- Constitución Política de Colombia
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano
- Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Código procesal civil de Perú
- Código de procedimiento civil colombiano
- Código procesal civil de Chile de 1902
- Código de procedimiento civil colombiano de 1970
- Ley de Enjuiciamiento Civil española

## **Sentencias**

- Corte Constitucional colombiana, sentencia T-796 de 2006. MP Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-790/06 M. P.: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional sentencia C-1643 de 2000. MP. Jairo Charry
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-548 de 1995, MP, Vladimiro Naranjo.
- Panamá. Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, de 14 de agosto de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Caso Apitz Barbera y otros VS Venezuela

# Guaranteeing the independence and technical suitability of the expert

---

Olivier Leclerc  
CNRS Research professor, University of Lyon, France<sup>1</sup>

**Summary:** Independence of the expert; court experts, party experts; conflicts of interest; personal, economic, legal relationship between the expert and the court/parties.

Independence of the expert has emerged as one of the most hotly-debated topics in expertise in recent years. It is in relation to public expertise —expertise that contributes towards regulatory decision-making— that this question has become a burning issue. For example, in the European Union, the legitimacy of the expertise of the European Food Safety Authority on glyphosate has been challenged, due to relationships that were revealed between some experts and companies with an interest in the decisions of the European authority. The question of the independence of experts has emerged as being of particular importance, given its economic consequences and its impact on public health and the environment.<sup>2</sup> Independence of experts has turned out to be a condition of the very legitimacy of the authority with responsibility for making decisions. This is true regardless of the nature of this authority, be it a political authority or a court of justice. Indeed, the independence of the expert is as much needed for the smooth functioning of judicial decision-making as for the quality of political decision-making. Yet, the independence of experts seems to have received less attention when it comes to court expertise than public expertise. Why is this so? One reason might be that we tend to consider that public and

---

1. Contact: Olivier LECLERC | CERCRID UMR 5137 | 6 Rue Basse des Rives | 42 023 Saint-Etienne cedex 2 | France | olivier.leclerc@cns.fr. Comments welcome.

2. RODWIN, M., *Medicine, Money, and Morals. Physicians' Conflicts of Interest*, Oxford, Oxford University Press, 1993; PATTERSON, M., «Conflicts of Interest in Scientific Expert Testimony», 40 *Wm and Mary L. Rev.* 1313 (1999); MORET-BAILLY, J., «Les conflits d'intérêts des experts consultés par l'administration dans le domaine sanitaire», *Revue de droit sanitaire et social*, n° 4, 2004, pp. 855-871; MORET-BAILLY, J., «Définir les conflits d'intérêt», *D.* 2011, p. 1108; DONDERO, B., «Le traitement juridique des conflits d'intérêts: entre droit commun et dispositifs spéciaux», *D.* 2012, p. 1686.

judicial decisions are different in nature. While most of us would agree that public decisions are the product of opposing interests, at least in democratic societies, judicial decisions are often described as the product of the mere application of the rule of law, as if they were immune from conflicts of interests. This leads us to more easily accept that expertise in public decision-making must be produced by a variety of experts, with various backgrounds and experiences.<sup>3</sup> For instance, France has delegated expertise on the marketing of genetically modified crops to the *Haut Conseil des Biotechnologies*, which includes not only a scientific committee composed of experts in a variety of fields (botanic, genetics, ecology, etc.)<sup>4</sup> but also an economics, ethics and social committee consisting of experts deemed to represent a range of interests in society (beekeepers, farmers, the agrochemical industry, etc.).<sup>5</sup> In contrast, when a tribunal has to settle a case on the damages allegedly caused by GM crops or the use of a pesticide, it would not be possible to appoint or hear such a wide array of specialists. Yet, the question of the independence of experts is no less crucial to the judiciary that it is to the political sphere. The legitimacy of the judiciary is central to States. Therefore, the question of the independence of the expert matters in judicial expertise just as much as in the political realm.

It is necessary to state clearly, from the start, that paying attention to the independence of judicial expertise does not imply that the experts *generally* lack independence. There is no empirical data to sustain such a claim. This report aims to identify the main obstacles to the independence of judicial experts and how risks arising from a lack of independence can be addressed. I will do so using mainly examples from the legal system of expertise in place in France, my home country. As far as possible, I will also try to take into consideration a range of legal provisions from other legal systems in Europe.<sup>6</sup> Clearly, this report does not strive to present a view of all legal systems of judicial expertise throughout the world. Nevertheless, I hope that it will address questions of interest which arise for as many legal systems as possible, whatever legal provisions are applicable to them.

---

3. JASANOFF, S., *The Fifth Branch. Science advisers as policymakers*, Harvard, Harvard University Press, 1998; GUSTON, D., *Between Politics and Science. Assuring the Integrity and Productivity of Research*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; BROWN, M., *Science in Democracy. Expertise, Institutions, and Representation*, Cambridge, MIT Press, 2009; FISCHER, F., *Democracy and Expertise. Reorienting Policy Inquiry*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

4. ROY, A., *Les experts face au risque: le cas des plantes transgéniques*, Paris, Puf, 2001.

5. POMADE, A. (ed.), *L'expertise du HCB: un facilitateur du dialogue sciences/société?*, Paris, Editions Société de législation comparée, 2014.

6. The data from European legal systems are mostly collected from the comparative questionnaires passed under the supervision of the European Expertise and Expert Institute and published throughout the years 2016, 2017 and 2018 in the specialized journal *Experts. Revue de l'expertise judiciaire, publique et privée*. More information on the legal provisions on expertise in the European Union are also available in: PINCHON, F., MILLO, F., *L'expertise judiciaire en Europe*, Paris, Editions d'Organisation, 2002; LEBRE DE FREITAS, J. M., *The Law of Evidence in the European Union*, Kluwer Law International, 2004.

To achieve this objective, it is necessary to make conceptual clarifications. To what does the «independence of experts» refer? Answering this question involves distinguishing three concepts, arguably very close but conceptually distinct: independence, impartiality, and objectivity. «Independence» refers to the relationship between the expert and those interested by the expertise, that is to say, not only the person requesting the expertise but also all those that will be affected by the decision-making process to which the expertise contributes. In a trial, independence has to be assessed in terms of *the relationship between the expert on the one hand, and the court and the litigants on the other*. Being independent implies that the expert has no *links* with either the judges or the parties that may affect their analysis of the situation at hand. The concept of «impartiality» refers to the *expression of the expert's opinion*: the expert is impartial if his or her opinion is not influenced by the desire to favour one party with an interest in the decision over the others but rather is guided only by his or her assessment of the situation. Conversely, an expert would be partial if they were to deliver an opinion not based on their analysis of the factual situation but rather with the aim of favouring the cause of one of the interested parties. Independence and impartiality are thus both relational in nature:<sup>7</sup> they characterise the relations of the expert with others. This helps to distinguish independence and impartiality from objectivity. «Objectivity» relates to the way experts use their specialised knowledge: the expert must analyse the situation at hand using the best knowledge available in their discipline. While independence and impartiality concern the relationship with others, objectivity relates to the expert's specialised knowledge. Objectivity commands that experts rely on the best knowledge available, that they do not neglect any part of it and that they do not attempt to conceal uncertainties or blind spots in their specialised knowledge. An expert would lack objectivity, therefore, if they were to be more categorical than their specialised knowledge would allow. Likewise, objectivity prevents experts from giving undue precedence to a given school of thought or technique over other available knowledge and methodologies. When acting as experts, scientists should not behave as if they are taking part in a scientific controversy. Rather, they must provide a detailed view of the state of the art, including diverging opinions and any enduring uncertainties.

Although independence, impartiality and objectivity are distinct, they are all key to the validity of expertise and, beyond that, to the legitimacy of the court decision based on this expertise. Many legal systems require experts to behave according to a certain set of values, although the distinctions between these values do not always appear to be clear-cut: independence, honesty, competence, impartiality, professional care, loyalty, etc. Such provisions have, for ex-

---

7. LECLERC, O., «L'indépendance de l'expert», *L'expertise: enjeux et pratiques*, coord. K. Favro, Paris, pub. Lavoisier/Tec & Doc, 2009, pp. 167-180.



ample, been enacted in Estonia, Romania, Austria, the Netherlands, Belgium, and Germany. In France, according to the code of Civil Procedure, experts must accomplish their missions «with due professional care, objectivity and impartiality».<sup>8</sup> The independence of the experts is not mentioned in the French Code of Civil Procedure<sup>9</sup> but is mentioned elsewhere,<sup>10</sup> and experts may face sanctions if they fail to show independence. Furthermore, the law mentions the independence of the expert when experts are appointed by the parties in an ADR proceeding, the so-called «participatory procedure»: «before accepting the mission, the expert must disclose any circumstances that might impact their independence, so that the parties are able to draw conclusions from it.»<sup>11</sup>

In this paper, I will focus on the independence of the expert. I will pay specific attention to the links that may exist between the expert and any other parties with an interest in the decision to which the expertise contributes. These links are very diverse. It is not even possible to give a complete list of all the possible links of interest, beyond the obvious family ties, friendship, and business connections. An additional difficulty arises from the fact that the links of interest may weaken or diminish (e.g. a matrimonial relationship that is interrupted by divorce) or become less problematic over time (e.g. former business contacts). Hence, public agencies often distinguish between «links of interest» and «conflicts of interest». Not all links of interest are considered to be conflicts of interest. Furthermore, just as conflicts of interest are likely to vary in degree (strong conflict, limited conflict, etc.), so are the consequences of these conflicts. For instance, in the case of a strong conflict of interest, the expert must withdraw from the case. In case of a less stringent conflict, the expert may not be obliged to recuse themselves but may, for example, be disallowed from issuing an opinion on the matter or may not be permitted to be in charge of a specific part of the evaluation.<sup>12</sup> Finally, it should be borne in mind that the question of the independence of experts is not necessarily conceived of in the same way in civil, penal or administrative matters.

---

8. Code of Civil Procedure, Art. 237 (France).

9. Although the Code of Civil Procedure does not mention independence in relation to expertise, it does mention judicial mediators (Code of Civil Procedure, Art. 131-5) and arbitrators (Code of Civil Procedure, Art. 1456).

10. For instance, the independence of the expert is a necessary condition to be registered on a list of official experts: an expert can be registered only if they do not have «any activity incompatible with the independence necessary to the exercise of judicial expertise» (Decree No. 2004-1463 of 23 December 2004, Art. 2).

11. Code of Civil Procedure, Art. 1548 (France).

12. One example of graduated rules on conflicts of interest can be found in the rules on expertise of the French public agency responsible for the evaluation of food safety: Decision No. 2017-05-144 concerning the adoption of the guide for analysing interests declared to the French Agence Nationale de Sécurité Sanitaire de l'Alimentation, de l'Environnement et du Travail, ANSES).

Because of the diversity of the possible conflicts of interest between experts and interested parties, and because of the variety of consequences that derive from those conflicts of interest, the independence of the expert cannot be conceived of as a characteristic belonging solely to the expert. Certainly, experts are expected to be independent and, hence, to behave according to a certain moral standard. To that extent, independence can be described as a state of mind. This idea is strongly advocated by expert associations which usually communicate to their members the notion that independence is a crucial part of the professional deontology. Yet, it is my contention that independence is not a moral duty for experts alone. Not only is it a crucial part of the experts' ethos, it is also the product of a certain institutional and legal design. In addition, it must be stressed that not all the discrepancies that arise between experts in court are necessarily due to the existence of a conflict of interest. Hence, the conception of an institutional and legal scheme that favours the technical suitability of expertise requires the identification of possible obstacles to the independence of the expert. These obstacles are personal, economic and legal.

## 1. The independence of the expert and personal relationships

One source of dependence of the expert arises from personal relationships between the expert and a party in a trial. This may be illustrated by a variety of situations, ranging from family bonds (through marriage, ascendancy, progeny, etc.) to friendships and acquaintances. These relationships are sometimes well known to all, but may be unknown to others, as legitimate private matters. It is reasonable to think that such relationships may weaken the independence of the experts and may affect their objectivity.

To address such situations, national legal systems have adopted a variety of measures, both preventive and curative.

a) There are mainly three kinds of preventive remedies. First, legal systems rely on experts themselves to uphold independence as an ethical requirement.<sup>13</sup> In France, experts solemnly take an **oath** to contribute to justice, to accomplish their mission, to produce their reports and give their opinions with honour and conscience.<sup>14</sup> Professional associations of experts also promote this ethical requirement: a large majority of these associations have adopted **guidelines, charters and other ethical documents** that set out good professional practic-

13. MORET-BAILLY, J., TRUCHET, D., *Droit des déontologies*, Paris, Puf, 2016.

14. The wording of the oath taken by the experts is determined under Decree No. 2004-1463, 23 Dec. 2004, Art. 22 (civil and criminal trials) and under Art. R. 621-3 of the French Code for Administrative Justice (administrative trials).

es. In Europe, many professional associations of experts have published ethical guidelines.<sup>15</sup> For instance, in France, the *Règles de déontologie de l'expert judiciaire*, published by the French National Federation of Companies of Experts (*Fédération nationale des compagnies d'experts de justice*) states that «the expert shall remain absolute independent and shall not yield to any influence nor pressure whatsoever». Likewise, the *Guide to Good Practices in Civil Judicial Expertise in the European Union*, proposed by the European Expertise and Expert Institute, suggests that «by taking this oath, the Expert would be swearing to put his [*sic*] skills at the service of the law with probity, objectivity, loyalty, independence and impartiality, and to respect the recommendations of this Guide to Good Practices and appended Code of Ethics.»<sup>16</sup> The Guide continues: «the ethical rules of the European Expert should cover the major principles on which the Expert's legitimacy and authority is based: competence, probity, objectivity, loyalty, independence and impartiality.»<sup>17</sup> This ethical requirement is also taught to judicial experts during **professional training**. In France, judicial experts are given the possibility of attending a one-year work/training scheme in universities (leading to a «diplôme d'université» or certificate) on procedural rules and the practical aspects of report writing. The experts are free to decide whether they wish to attend such training sessions, but the law imposes that the attendance is considered and taken into account by the courts when they register experts on official expert lists.<sup>18</sup>

Another, probably more effective remedy, resides in experts submitting a **statement of their independence or a statement of interest**. This statement is made when the expert is appointed for a given mission. This has become a widespread requirement in public expertise: experts appointed by national and international expertise agencies are asked to submit a statement of interest. This requirement has emerged with the growing transparency in expertise procedures and statements of interest are, in most cases, available on the official website of the expertise body. Should the same apply to expertise in court? Should experts be asked, when appointed by a court, to declare that they have no conflicts of interest with the judges or any litigant? The European Expertise and Expert Institute has proposed that:

As for the Expert, before accepting the assignment, he [*sic*] must disclose any information that could preclude or be considered as a conflict of interest, and

15. For example, in Slovakia, Luxembourg, Portugal, Poland, and Spain.

16. European Expertise and Expert Institute, *Guide to Good Practices in Civil Judicial Expertise in the European Union*, 2015, Chapter III, Section I, §2, para. 3.18.

17. European Expertise and Expert Institute, *Guide to Good Practices in Civil Judicial Expertise in the European Union*, 2015, Chapter 7, Section II, paragraph 7.6.

18. Decree No. 2004-1463 of 23 December 2004 concerning judicial experts, Article 10, line 2.

more generally, must ensure that his appointment does not place him in a conflict of interest. To this end, he should spontaneously provide the court with a statement of independence and disclose any relation he has or has had with one or more parties in the litigation that could cast suspicion on his impartiality. If a conflict of interest appears during the expertise operations, for example if the expertise operations are extended to another party than the ones present when the Expert was appointed, he will again need to inform the appointing judge or party. They can then decide either to disqualify the Expert, or allow him to carry on with the expertise after having received the agreement of the judge having heard all the parties involved.<sup>19</sup>

Some European countries require judicial experts to sign statements of interest. For instance, in the Netherlands, the Practice Direction for Experts in Dutch Civil Law Cases, enacted by the judiciary (*de Rechtspraak*), states that:

45. Due to the requirement of impartiality it must be established, prior to your appointment, whether you know the parties, through business, professionally or privately, and whether you believe that you have no ties to either party. You are requested to verify this once you have received the court documents.

Doubts about whether you are able to meet the requirements of impartiality may arise at first glance, but occasionally doubts do not arise until after examining the documents. It is even possible that you do not find out until after you have started your examination that there is a connection between you and a party. Concealing this generally gives rise to more problems than reporting the connection.

46. Should it become evident that you know one of the parties privately, you are not allowed to conduct the examination on account of the principle of impartiality. If you know either party professionally or through business, it depends on the relationship and the circumstances whether or not you may conduct the examination. On encountering you should immediately mention the connection with either party to the Liaison Officer.

In France, there is no obligation for experts to make a prior statement of interest. Nevertheless, in 2007, a consensus conference was organised by the highest judicial court, involving magistrates, lawyers and experts with a view to issuing recommendations on good practice in civil judicial expertise. The conference recommended that experts must make a declaration, as soon as they are appointed by the court, to the effect that they are independent of the parties.<sup>20</sup> This requirement was intended to be combined with the experts tak-

19. European Expertise and Expert Institute, *Guide to Good Practices in Civil Judicial Expertise in the European Union*, 2015, Section II, paragraph 3. 23.

20. *L'expertise judiciaire civile: recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles*, Nov. 2007: «It is a professional good practice that the expert signs a statement of independence. A pre-filed form shall be sent by the court together with the notice of appointment. The expert will indicate whether he or she does renounce to the proposed

ing an oath, however, there are signs that this recommendation is rarely observed in practice. Experts have been fairly reluctant to comply with this recommendation, which they consider to be a sign of distrust. The demands of ethics, they argued, should be enough. However, requiring a statement of interest is by no means a sign of distrust of judicial expertise. Rather, it reflects the need for transparency that can be nothing but beneficial to judicial experts and, beyond, to adjudication in general. A few provisions in French legislation require that experts declare any relationship with the interested parties. This is so when the experts themselves call upon another specialist for a specific task<sup>21</sup> or when they are a member of an NGO which has a right of action,<sup>22</sup> and in the case of experts responsible for evaluating damages resulting from medical injuries.<sup>23</sup> In terms of administrative justice, a domain where French legislation has profoundly changed in recent years, the Code of Administrative Justice makes it clear that experts wishing to be registered on the «board of experts» must make a declaration on their honour in which they mention «any link, direct or indirect, with any public or private body in their field and commit not to engage, as long as they remain registered on the board of experts, in any activity incompatible with the independence and impartiality that are necessary to the mission to which they will be appointed.»<sup>24</sup> Producing a statement to the effect that the expert is in no way related, directly or indirectly, to any of the parties, or to any physical or legal person whose situation could be changed by the outcome of the decision at hand, seems to be an appropriate solution. It is desirable to develop this solution whenever possible.

b) If personal links of interest are not disclosed when the judge appoints an expert, the lack of independence must be sanctioned. Remedies are hence curative and are designed to exclude experts who lack independence. In French law, judges who appoint experts are entitled to **recuse** them. Experts can also be recused by the judge who is responsible for checking expertise in first-degree courts. In France, experts can be recused for the same reasons as judges.<sup>25</sup> These reasons include family and matrimonial relationships, financial ties, the existence of a past or ongoing trial between the judge and a party or his or her spouse, the existence of a relationship of subordination, and a public friendship or dislike.<sup>26</sup>

---

mission or whether they accept the appointment. In case of acceptance, the expert will declare, either simply that he or she is independent, either that he or she is independent but that they make public to the judge and the parties some information that they think does not question their independence» (§ 6-2°).

21. Code of Civil Procedure, Art. 242 (France).

22. Code of Civil Procedure, Art. D38 (France).

23. Code of Civil Procedure, Art. R. 1142-30-1 (France).

24. French Code of Administrative Justice, Art. R. 221-13.

25. French Code of Civil Procedure, Art. 234.

26. French Code of Civil Procedure, Art. 341 and Code on Judicial Organisation, Art. L. 111-6.

In 2016, Law No. 2016-1547 of 18 November added to this list the case of the existence of a conflict of interest. Judges and, hence, experts, can now be recused due to the existence of a conflict of interest that undermines their independence or impartiality. The law defines a conflict of interest as «any situation in which the public interest and public or private interests interfere in such a way as to be likely to influence or to appear to influence, the independent, impartial and objective exercise of a given function.»<sup>27</sup> In case law, the French *Cour de Cassation* has adopted a broad interpretation of the reasons why judges and, hence, experts, can be recused: «impartiality has to be analysed objectively» and the list of eight motives listed in the law is not exhaustive.<sup>28</sup>

In France, another sanction available if an expert lacks independence and impartiality is to **substitute** them with another expert. A party may ask the judge to decide to substitute an expert when the expert «fails in their duties»,<sup>29</sup> which includes the duty «to accomplish their mission with professional care, objectivity and impartiality».<sup>30</sup> The procedure for substituting an expert is easier than challenging an expert, as it is simply an administrative measure taken by the court and does not require a separate procedure to be opened.

Finally, in France, if an expert is found not to be independent, the court of appeal may decide to **de-list the expert from official lists of experts**, or to decline their requests to be registered. Such decisions must be explicitly justified.<sup>31</sup> Experts are also subject to disciplinary procedures.<sup>32</sup> Because the lack of independence of an expert is addressed as an infringement of the law and regulations on experts' missions and duties, it may be sanctioned by a decision to remove the expert's name from the list of official experts.

The questions that we have addressed obviously have different standing in legal systems where experts are appointed by the parties, as is the case in many common law countries. In these instances, it is usually through cross-examination that any bias of the expert is revealed and taken into account by the judge.<sup>33</sup> In addition, when experts are appointed by a party, the judge may only withdraw a partial expert from the case at hand and cannot prevent his or

27. Law No. 2016-1090 of 8 August 2016, Art. 26.

28. Cass. Civ. 1, 28 Avril 1998, *Bull. Civ. I*, No. 155; Cass. Civ. 2, 5 December 2002, *Bull. Civ. II*, No. 275; Cass. Civ. 2, 27 May 2004, No. 02-15726; Cass. Civ. 2, 8 February 2007, *Bull. Civ. II*, No. 21.

29. French Code of Civil Procedure, Art. 235, paragraph 2.

30. French Code of Civil Procedure, Art. 237.

31. Cass. Civ. 2, 22 May 2008, *Bull. Civ. II*, No. 123; Cass. Civ. 2, 19 September 2013, No. 13-60100.

32. Law No. 71-498 of 29 June 1971, Art. 6-2.

33. DWYER, D., *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 169 et seq.

her appointment in any subsequent case.<sup>34</sup> This paper will now examine these difficulties, from the standpoint of the economic relationship between the expert and the court or one of the parties.

## 2. The independence of the expert and economic relationships

Economic relationships between the expert and the person using their services are a major reason why an expert may be deemed to be dependent. This is also true when an economic relationship exists between the expert and the individuals with an interest in the ruling issued by the court. In public expertise, the question of economic ties with experts is a hotly-debated topic: the fact that experts may be paid by companies interested in the ruling may call into question the credibility of the expert's opinion. Empirical data show that there is a significant correlation between the funding behind research and its results («funding effect»)<sup>35</sup> Does this question arise in the domain of judicial expertise? It is obvious that if an expert has a financial interest in a company directly affected by the outcome of the case, this disqualifies them from providing expertise. However, it is more complicated to address the consequences of how the expert is paid. A tension arises here that is not easy to resolve: on the one hand, there is no doubt that the expert should be financially compensated, furthermore, it is desirable that this compensation be sufficient that the expert will devote the appropriate amount of time to the task. On the other hand, paying the expert gives rise to an economic dependency with the person 'recruiting' the expert, with the potential consequence of undermining the expert's impartiality.

In this regard, a distinction must be made between a situation where an expert is chosen and paid by a party in court<sup>36</sup> and a situation where an expert is appointed by the court itself.<sup>37</sup> This distinction is obviously key to understanding different systems of expertise. Nevertheless, it must not be overstated.<sup>38</sup> In a

---

34. See DWYER, D., *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 177-178.

35. KRIMSKY, S., «Do Financial Conflicts of Interest Bias Research? An Inquiry into the 'Funding Effect' Hypothesis», *Science, Technology, and Human Values*, No. 38, 2013, pp. 566-587.

36. We have set aside the hypothesis where the expert is chosen by mutual agreement by the parties, and remunerated by them. In this case, the economic links created by the remuneration would appear to be less likely to affect the expert's opinion.

37. ENCINAS DE MUNAGORRI, R., LECLERC, O., «Les apports de la théorie juridique à la délimitation de l'expertise: réflexions sur le lien de droit», in Y. Bérard and R. Crespin (eds.), *Aux frontières de l'expertise. Dialogues entre savoirs et pouvoirs*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. «Res Publica», 2010, pp. 197-210.

38. VAN KAMPEN P. T. C., *Expert Evidence Compared: Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System*, Antwerp, Intersentia, 1998; REDMAYNE, M., *Expert Evidence and Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001; LECLERC, O., *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ, 2005.

civil law country such as France, rightly described as a system where experts are appointed by the judge, the parties are also allowed to submit the opinion of one or more experts who they themselves call upon and pay for. Court experts can therefore exist alongside party experts. In contrast, in common law systems such as the United States of America, although parties usually appoint the experts, the court is also allowed to do so and to set the level of their compensation.<sup>39</sup>

Regarding remuneration of experts, a careful distinction must be made between the decision to appoint an expert, the choice of a given expert, determination of the level of compensation, and determination of who must bear the financial burden of the expertise. The consequence of each of these aspects on the independence of the expert are not the same. There are two steps which are particularly crucial.

First, it may be that the expert favours the party that appointed them in order to ensure that they will be appointed again in the future. In doing so, the expert expects that this activity will provide them with a continuous source of income. *This is likely to arise both when the expert is appointed by a party and where they are appointed by a court.* In the first case, there is a risk that the expert may be biased in favour of the appointing party (in other words, the expert behaves like a mercenary). In doing so, the expert hopes to be appointed again for other missions in the future, and sacrifices the truth for 'client' satisfaction. In the second case, when the expert is appointed by the judge, there is a risk that the expert may give a more categorical opinion than their knowledge would allow, because the court expects to hear a clear-cut opinion rather than a nuanced but effectively useless one.

Secondly, it is possible that the remuneration of the expert undermines their independence and, possibly, their impartiality. The amount of the remuneration must therefore be considered carefully. In France, in a civil trial, when the expert is appointed by the court (a court expert), the amount which the expert is paid is decided upon by the court, and the payment falls to the losing party<sup>40</sup> (the anticipated amount must be deposited by both parties, on the court's request and the expert may not begin work until the funds have been deposited).

39. Federal Rules on Evidence, Rule 706. Court-Appointed Expert Witnesses:

(a) Appointment Process. On a party's motion or on its own, the court may order the parties to show cause why expert witnesses should not be appointed and may ask the parties to submit nominations. The court may appoint any expert that the parties agree on and any of its own choosing. But the court may only appoint someone who consents to act.

(c) Compensation. The expert is entitled to a reasonable compensation, as set by the court. The compensation is payable as follows: (1) in a criminal case or in a civil case involving just compensation under the Fifth Amendment, from any funds that are provided by law; and (2) in any other civil case, by the parties in the proportion and at the time that the court directs — and the compensation is then charged like other costs.

40. In civil matters, the expert's fees will ultimately be borne by the party who has been finally ordered to pay the costs of the measures of inquiry.



ed). Hence, in this case, although the expert is ultimately paid by the losing party, the *amount* of the remuneration is not set by the parties. Conversely, when one of the parties appoints an expert, this party not only determines the level of the remuneration but also has to pay it.

Therefore, when it comes to the financial independence of the expert, the key question is not only who bears the *burden* of the remuneration of the expert but also who is allowed to determine the *amount* of the remuneration. Indeed, determination of the amount of the compensation may be used by a party as a way of obtaining an expert opinion favourable to its interests. In such cases, the economic situation of the expert must not only be considered when the remuneration of the expert is determined and paid for by a litigant, but also when the compensation is set by the court and, possibly, covered by public funding.

a) In the first case, a litigant determines the amount of the expert's remuneration and pays for it. Hence, there is an economic link between the expert and the appointing party. The existence of such a link cannot be ignored when a party appoints an expert. As Déirdre Dwyer puts it: «potentially, this places us in a position where we are saying that all party experts will disagree with one another in favour of their parties, simply by virtue of their being paid by their instructing party. If this is true, then we must accept that the only way that we might begin to remove such artificial disagreement is to remove party experts. Alternatively, we might accept artificial disagreement as a price worth paying for the use of party experts.»<sup>41</sup> Yet, in Spanish case law, a court has affirmed that «court experts seems to be more objective and impartial than party experts, who suffer from an excessive leniency towards the person that instructed them.»<sup>42</sup>

In the United Kingdom, the legislation takes this into account by stating that the expert has an «overriding duty to the court»:

Civil Procedure Rules (UK), Rule 35.3: Experts – overriding duty to the court

(1) It is the duty of experts to help the court on matters within their expertise.

(2) This duty overrides any obligation to the person from whom experts have received instructions or by whom they are paid.

The Guidance for the Instruction of Experts in Civil Claims developed by the Civil Justice Council (2014) also specifies that:

41. DWYER, D., *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 169. Also see REDMAYNE, M., *Expert Evidence and Judicial Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 198 et seq.

42. STS de la Audiencia provincial de Valencia, 1 December 2004, quoted by VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 72.

«Experts must provide opinions that are independent, regardless of the pressures of litigation. A useful test of 'independence' is that the expert would express the same opinion if given the same instructions by another party. Experts should not take it upon themselves to promote the point of view of the party instructing them or engage in the role of advocates or mediators.»<sup>43</sup>

Although this statement is relatively straightforward, its application is more complicated in practice, as it relies primarily on the experts' ethics. The risk of an expert lacking independence increases when the party and the expert freely agree on the amount of the remuneration. Hence, an expert with good credentials and reputation may demand higher remuneration.<sup>44</sup> Nevertheless, according to the Guidance for the Instruction of Experts in Civil Claims the «payment of experts' fees contingent upon the nature of the expert evidence [*conditional fees*] or upon the outcome of the case [*contingency fees*] is «strongly discouraged.»<sup>45</sup> Such a dependent remuneration of the expert would, indeed, negatively undermine the credibility of the expertise: «In *ex parte* Factortame (No. 8) [2003] QB 381 at [73], the court said 'we consider that it will be a rare case indeed that the court will be prepared to consent to an expert being instructed under a contingency fee agreement.'»<sup>46</sup>

Yet, the principal according to which the expert has an overriding duty to the court is not easy to implement. Indeed, it is possible that a party could have approached many experts before instructing the one who will better serve their cause and do so in good faith. The fact that an expert is instructed by a party does not necessarily imply that their opinion be partial or inaccurate. However, the problem arises with the fact that the search for experts occurs before the trial and, hence, remains unknown to the court. As one author put it, «we might expect that over time such experts would become known to judges. Although it would be difficult to rule their evidence inadmissible, it could be subject to rigorous cross-examination by counsel and examination by the judge. However, judges may be reluctant to take this approach, as it is not clear that the Court of Appeal would recognize a judge's opinion that an expert is biased on the basis of experience over a series of cases, rather than in

43. Guidance for the Instruction of Experts in Civil Claims, revised 2014, § 11 (The Code of Guidance for Experts and those Instructing them, drafted in 2004 by the Academy of Experts states the same thing in § 2.1).

44. In a system such as in France where experts are registered on an official list of experts with courts of appeal and the Court of Cassation, the opposite phenomenon also exists: the fact of being registered on a list of experts, especially on the list of experts at the Court of Cassation, is an element of prestige that may have economic benefits for the expert in his or her extra-judicial activities, both by attracting new customers and allowing them to raise prices.

45. Guidance for the Instruction of Experts in Civil Claims, revised 2014, § 88. According to a former version of the Guidelines, «to do so would contravene experts' overriding duty to the court and compromise their duty of independence» (Protocol for the Instruction of Experts to give Evidence in Civil Claims, 2005, § 7.6).

46. *Idem*.

relation to the current case.»<sup>47</sup> Nevertheless, this limitation remains very weak. Some have argued that the parties should be bound to disclose to the court the names of all the experts they have consulted, even if they ended up not appointing them. This has been suggested in the United States by Richard Posner<sup>48</sup> and in the United Kingdom by Déirdre Dwyer.<sup>49</sup> Likewise, some have suggested that «an expert witness shall disclose any and all compensation received directly or indirectly from the parties.»<sup>50</sup> In any case, it remains difficult to be sure that all the experts requested prior to the case management stage are properly identified and that a more discreet exchange of money did not occur.

b) When it is the court who appoints an expert, as is often the case in continental legal systems, the issue of the economic relationship between the expert and the authority that instructs the expert is different.

In some cases, the parties have to pay for the experts' mission but they do not determine the level of remuneration of the expert by themselves. It is incumbent upon the judge to determine the amount of the remuneration of the expert. This occurs in many European countries as regards civil matters.<sup>51</sup>

In France, the Code of Civil Procedure stipulates that the judge determines the compensation of the expert «reflecting the services supplied by the expert, adherence to the timeline and the quality of the work performed» (Art. 284). In administrative matters, «the president of the court (...) prescribes the compensation by judicial order (...) reflecting the degree of difficulty of the tasks, the quantity, utility and nature of the work (...) and the steps taken to adhere to the timeline (...)» (Art. R. 621-11). The court must then consider the nature of the work performed by the expert and the rates

---

47. DWYER, D., *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, p. 177.

48. POSNER, R., *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 *Stan. L. Rev.* 1477 (1999), at 1541: «(...) lawyers who call an expert witness could be required to disclose the name of all the experts whom they approached as possible witnesses before settling on the one testifying. This would alert the jury to the problem of «witness shopping.» Suppose the lawyer for the plaintiff hired the first economist, agronomist, physicist, physician, etc. whom they interviewed, and the lawyer for the defendant hired the twentieth one whom he interviewed. A reasonable inference is that the defendant's case is weaker than the plaintiff's. The parallel is to conducting twenty statistical tests of a hypothesis and reporting (as significant at the five percent level) the only one that supported the hypothesis being tested».

49. DWYER, p. 358: «A clear policy statement is required on the extent to which expert shopping and the amendment of expert reports by legal teams is permissible, and on what steps are permissible to control or prevent such conduct. Possible steps might include requiring parties to disclose the names of all experts consulted in a case, or to give judicial discretion to order the disclosure of all correspondence between party and expert».

50. ALLEN, Ronald J., «A Proposed Evidence Law», *Boston University International Law Journal*, vol. 33, No. 2, 2015, p. 133. This forms part of a proposal to reform the law of evidence in Tanzania (on this proposal, see the dossier devoted by the same review).

51. e.g. Germany, England and Wales (in cases where the judge considers the costs unreasonable), Ireland (for the court experts), Portugal, Poland, The Netherlands, Denmark, Finland, Lithuania, Austria, Romania, Estonia, Malta, Belgium (in the event that the parties do not agree with the amount claimed by the expert).

usually applied in the field. The amount awarded to the expert may, therefore, be lower than what is claimed.<sup>52</sup> The role of the judge in determining the compensation of the expert as well as reference to the standard rates in the field is likely to avoid any economic bias in the relationship between the expert, the judge and the parties.<sup>53</sup> In order to standardise the costs of expertise, a few civil courts have determined the rates for expertise in advance, in partnership with experts' professional associations. These rates are not compulsory for the judge and cannot be more than a guideline when determining how much experts should be paid.<sup>54</sup> At stake here is reconciling the accessibility of justice by limiting the cost of expertise, and the need to ensure that experts will receive fair compensation for their efforts and will fully engage in their tasks.

The same objective applies in criminal matters in France but remuneration of experts applies different rules. Court experts are paid by the state treasury and not by the parties to the dispute.<sup>55</sup> A dense and complex regulation determines the scales according to which experts' operations are to be paid.<sup>56</sup> Similarly, in other European countries, expert remuneration is decided according to rates established by regulation.<sup>57</sup> These rates reconcile being sparing with the state's resources and establishing a sufficient incentive for experts to undertake their mission. In criminal cases, the amounts granted to experts are defined by reference to social security agreements and are periodically revised.<sup>58</sup> Some of these amounts have not been revised for a long while and remain very limited.<sup>59</sup> In a child abuse case that was well-known in France because of the misjudgement of psychological expertise (2004), an expert caused a scandal by publicly saying: «when expertise is payed 15 euros per hour, the same as a cleaner, you end up with the expertise of a cleaner.» And, indeed, the rate for psychologists was, at that time, set by reference to a key value in the social

52. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 22 March 2007, No. 06-11770.

53. ARNAUD, S., KRIEF, P., «Le coût des expertises judiciaires civiles», *Infostat Justice*, No. 66, 2003.

54. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 14 September 2006, No. 05-12143.

55. Articles 800 and R. 92 of the French Code of Criminal Procedure: expert fees and allowances are «criminal, correctional and police costs». These costs are «at the expense of the State and without recourse against the convicted party or the civil party», unless the civil party's appeal is considered dilatory or abusive or if the sentenced person is a legal person (with the exception, in the latter case, of a contrary decision from the judge).

56. Code of Criminal Procedure, Art. R. 106 et seq (France).

57. E.g. Poland, Portugal, Italy, Luxembourg, Slovakia, Estonia.

58. In France, these rates are the result of negotiations between the National Union of Health Insurance Funds and one or more trades unions of doctors.

59. For example, the amounts allocated to experts in the field of commercial fraud (Code of Criminal Procedure, Article R. 116) or for complete mechanical examination relating to one or more motor vehicles (Code of Criminal Procedure, Article R. 120- 1) have not changed since Decree No. 81-70 of 28 January 1981.

security scheme<sup>60</sup> and the value of the indicator had significantly decreased (roughly by 30%) between 1980 and 2002.<sup>61</sup> In 2017, the value of expertise was restored<sup>62</sup> in the fields of legal psychology, forensic science, biology, toxicology and radiology. As the rates for expertise are set by regulation in criminal cases, there is no competition over prices between experts and the amount of the compensation is not a key parameter in the relationship between the parties and the expert.

Nevertheless, another difficulty may arise if one considers not only the *amount* the expert is paid but also the *proportion* of total revenue generated by expertise as compared to any other professional income the expert has. Indeed, if the expert's income derives exclusively or substantially from their work in courts, a situation arises where the expert objectively depends on the courts to make a living. In the event that the expert is no longer appointed by courts, they would lose their professional income. Because of this risk, experts might be tempted to always fulfil the court's expectations in order to ensure that they would continue to be appointed in the future. Arguably, the fact that experts are committed to meeting the expectations of the court is to be lauded, yet care must be taken to ensure that in striving to give precise and complete responses to the court, they do not compromise their expertise. There might then be a risk that the expert give a stronger answer than their technical knowledge would allow in cases where the expert should, in contrast, be expressing doubts and uncertainties. The expert's overriding duty to the court includes expressing any uncertainties.

In many European countries, expertise is not considered as a professional activity which should occupy experts full time. Rather, experts' qualifications stem from their main professional activity, and the better part of their professional income should derive from this activity.<sup>63</sup> Nevertheless, the professional quality of experts remains an open question, as the European Court of Justice has decided, concerning expert legal translators, that «a duty entrusted by a court, in relation to specific matters within the context of a dispute before it,

---

60. The key letter K90, which has been referred to since 1999 by article R. 120-2 of the Code of Criminal Procedure then in force.

61. Caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés, Direction des Statistiques et des Etudes, Point de conjoncture No. 16-17 – September 2003, p. 16.

62. Decree No. 2017-248 of 27 February 2017 (JO 28 February 2017), Order of 27 February 2017 (NOR: JUS-B1702734A), Order of 29 September 2017 (NOR: JUSB1725836A).

63. This is the case in France: «Judicial experts (...) in no way exercise a profession and do not constitute a regulated profession» (Circular of 16 November 2005). In the same way, for the legal persons requesting their registration on a list of experts: «A legal entity which would have as its main object the execution of missions of expertise cannot be admitted on a list of experts» (Decree No. 2004-1463 of 23 December 2004 on judicial experts, Article 3). However, there is an exception to this rule for legal persons carrying out forensic examinations or for examinations, research and genetic identification tests.

to a professional who has been appointed as a court expert translator constitutes the provision of services for the purposes of Article 50 EC (now Article 57 TFEU).»<sup>64</sup> Therefore, when registering experts on official lists, judicial authorities must take into account the professional experience that experts have gained in another European country (§ 63 and 78).

Empirical data show that in French courts, some experts are frequently appointed, while others seldom or never are. The former tend to receive most of their professional income from their work in courts.<sup>65</sup> This situation was discussed during the consensus conference on civil expertise that took place in France in 2007. The question was raised as to whether the so-called «loyalty» to some experts was «compatible with the independence of the experts». The answer given was clearly insufficient, as the conference considered, in mild and diplomatic terms, that judges must «act with restraint» with the experts. This position can be interpreted as a sign of the importance of establishing trusting relationships between the judge and the expert, should the economic independence of the experts towards the court be altered.

This situation is not easy to overcome. One solution could be to oblige experts to disclose publicly, or at least to the court, how many times they have been appointed each year (or while enrolled on lists of official experts), as well as the total compensation they received. But this would probably not make much sense, as the duration of expertise varies immensely according to the different fields of expertise<sup>66</sup> and some experts are appointed rarely but for long missions. Another possible solution would be to appoint experts from abroad when it becomes necessary to enlarge the list of available experts. But this idea would face many objections as the experts would not have the same capacity to fulfil the mission in terms of knowing the procedure and the language, and in terms of the capacity of the court to identify knowledgeable experts. In any case, there is an inherent tension between the independence of the experts and the need for the court to have at least some familiarity with the experts.

64. CJUE, 17 March 2011, *Josep Peñarroja Fa*, aff. C372/09 and C373/09, § 40.

65. DUMOULIN, L., *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica, coll. «Études politiques», 2007, spéc. p. 161 et seq.

66. ARNAUD, S., *La durée des expertises judiciaires civiles*, French Ministry for Justice, 2003.

### 3. Independence and legal relation between the expert and the sponsor of the expertise

Appointing an expert creates a legal relationship between the expert and the person calling for the expertise. The nature of this legal relation has a decisive influence on the expert's independence.<sup>67</sup> It varies from one country to another, and even within a given legal system, depending on whether the expert is appointed by a party or by the judge. I use the concept of «sponsor» to encompass both hypotheses. In the first case, when a party appoints the expert, there is a contractual relationship between the sponsor and the expert: it is the contract that sets out the respective obligations of both parties. In the second case, when the court appoints the expert, the expert is in a statutory situation, which means that the respective obligations of the parties are laid down by law or regulation. These two situations differ profoundly in many respects. Firstly, when the expertise is governed by contract, contractual provisions may vary from one expertise to another, with regard to the expert's task, remuneration, carrying out the expertise operations, deadlines, etc. Conversely, when the expert is in a statutory situation, the rules applicable to the experts are laid down in a general way and are binding on all parties. Secondly, the consequences of an expert breaching these obligations may differ. A party expert who does not comply with the contractual obligations (time period, nature of the expected expertise operations, etc.) engages their contractual responsibility vis-à-vis the sponsor of the expertise. A court expert who fails to fulfil their obligations may be challenged or replaced, and if necessary and the law so provides, they may be liable for disciplinary sanctions, be removed from a list of experts, etc. Thirdly, the expert's failure to fulfil their obligations may have different consequences with regard to the use of the expert report: when the expert's report is requested by a party, a defective report by the expert (missing independence, low scientific quality of operations, etc.) weakens the value of the report. In this situation, it is the probative force of the report that is weakened. Conversely, when the report is prepared under conditions that undermine legal or regulatory requirements, the report is not only endowed with a lower credibility but is likely to be simply cancelled. It is, therefore, the admissibility of the report that is at issue and not only its probative value.

The establishment of independent expertise therefore requires the design of legal, contractual or statutory forms that guarantee this independence. Several parameters must be taken into consideration.

---

67. ENCINAS DE MUNAGORRI, R., LECLERC, O., «Les apports de la théorie juridique à la délimitation de l'expertise: réflexions sur le lien de droit», in Y. Bérard and R. Crespin (eds.), *Aux frontières de l'expertise. Dialogues entre savoirs et pouvoirs*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. «Res Publica», 2010, pp. 197-210.

The independence of the expert assumes, at a minimum, that the contract or status leaves the expert a considerable margin of appreciation in performing their tasks. Indeed, the most important condition is that the expert must be free to defend the opinion they think is appropriate without having to obtain the agreement of the sponsor of the expertise. Sometimes the contract or regulations provide that the expert will submit a pre-report, to which the sponsor or the other parties can respond. Under no circumstances, however, should this phase of exchange deprive the expert of his or her freedom of appreciation. Thus, under French law, an expert may be required to draft a pre-report which will be submitted to the parties' counter discussion. The expert is required to report objections and criticisms made by the parties and to respond to them in the final report. Thus, any differences of opinion are made apparent and the expert remains free to formulate the opinion that seems to be necessary.

The independence of the expert is also guaranteed by making it possible for the expert to decide which information and which documents they need to perform their expertise. Under no circumstances can the parties decide which supporting documents they hand over to the expert. In French law, this principle is, however, hampered by the fact that the expert has no investigative powers allowing them to force the communication of information or documents. Thus, an expert appointed by the judge must appeal to the judge to order, if necessary, the communication of elements held by the parties that they refuse to communicate.

In countries where experts are registered on official lists, identifying the conditions for registration on these lists by the law or the regulations provides an opportunity to clarify how the independence of the expert is guaranteed. In France, a decree specifies the conditions that natural persons must meet in order to be registered or re-registered on a list of experts. The independence and, more broadly, the moral qualities of the person occupy an important place among these conditions:

- «1. Not to have been the author of facts contrary to honour, probity and morals;
- 2. Not to have been the author of facts that have given rise to a disciplinary or administrative sanction of dismissal, cancellation, revocation, withdrawal of authorisation or authorisation;
- 3. Not to have been struck by personal bankruptcy (...);
- 4. Exercise or to have exercised for a sufficient time a profession or an activity related to this specialty;
- 5. Exercise or to have exercised that profession or activity under conditions conferring a sufficient qualification;
- 6. *Not to engage in any activity incompatible with the independence necessary for the exercise of judicial expertise;*
- 7. (...) be under seventy years of age;
- 8. For candidates for registration on a list drawn up by a court of appeal, in fields other than translation, to exercise their principal professional activity within the jurisdiction of this



court or, for those who have stopped their professional activity, to have one's residence there.»<sup>68</sup>

The provisions relating to legal persons who would require their inclusion on a roster of experts also impose guarantees of independence. Thus, it is required that the activity of the legal person is «not incompatible with the independence necessary for the exercise of judicial missions of expertise». In order to avoid hidden conflicts of interest, it is also necessary to indicate the name of each person holding a fraction of at least 10% of the share capital.<sup>69</sup> The case where expertise is entrusted to a legal person poses another difficulty: the expertise will be carried out, in practice, by an employee of this legal person (in France, the decree also requires, as a condition for the registration of a legal person on a list of experts, «that the legal person has the technical means and the appropriate qualified personnel.»<sup>70</sup>) However, because of the nature of the employment contract, the employee is in a state of legal subordination vis-à-vis the employer, which must be taken into account to safeguard the independence of the expertise. It is true that, formally, the expert is the legal person and, from this point of view, the independence of the legal person does not pose a problem. Yet, the concrete performance of the expertise operations by an employee of the legal person requires that the conditions of exercise of this work are compatible with the independence of the expert. In particular, it is important that the employee has all the relevant information and receives all material means to carry out the expertise entrusted to them, and that the employee remains free of his or her appreciation.

In France, the guarantee of the independence of the expert is also reinforced by the appointment in the courts of the first degree of a judge specifically responsible for monitoring and controlling expertise (Code of Civil Procedure, Art. 155-1). The control exercised by this judge is in no way incompatible with the independence of the expert: this judge ensures that the expertise is performed under good conditions, which implies controlling the seriousness of the work done by the technician but also offers the possibility of ensuring that the latter has the means to work in good conditions and anticipate possible difficulties.

Finally, let us point out one last form of conflict of interest which is likely to undermine the independence of the expert: conflicts of schools of thought. This conflict of interest is clearly identified in public expertise: the expert may

---

68. Decree No. 2004-1463 of 23 December 2004 concerning judicial experts, Art. 2.

69. Decree No. 2004-1463 of 23 December 2004 concerning judicial experts, Art. 3.

70. Decree No. 2004-1463 of 23 December 2004 concerning judicial experts, Art. 3.

have a personal interest in presenting the point of view of a school of thought as part of their expertise (to the detriment of another) because this will indirectly reinforce their own position in their original professional field. Thus, disputes between schools of thought in the scientific or technical field are reflected in the field of expertise: the credit given by the official expertise consolidates scientific or professional positions. The expertise is then exposed to being caught up in scientific controversies. In a number of expert agencies, this difficulty is mitigated by the appointment of a number of experts, whose positions in the scientific and technical field are sufficiently well identified to make it possible to compose a group of experts representing diverse positions. In such a case, impartiality can be a collective result rather than an individual quality of each expert.<sup>71</sup> How can this risk of undermining the independence of the expert within the framework of the judicial expertise be taken into account? This question is not easy to answer. In the case of an adversarial procedure where each party presents its own experts, cross-examination of the experts is the appropriate way to highlight any bias in terms of schools of thought. The same attention should be paid by the courts or professional groups when drawing up lists of official experts. However, the concrete conditions under which these lists are drawn up may give rise to doubt that this bias can be concretely taken into account or even made explicit.

\*

\*\*

Depending on whether an expert is appointed by a judge or by one of the parties to the case, the contract or regulation must specify how the independence of the expert can be guaranteed. But this does not necessarily mean that the same devices will be used in both cases.<sup>72</sup> In the case of experts appointed by a judge, the law or regulation usually contains guarantees that ensure the scientific quality of the expert (lists, competences, experience, material at their disposal...) but often leave untouched the question as to whether the expert is independent in a given case. It is as if verification of the competence and morality of the expert when they are registered on a list of experts is considered as a guarantee of their independence. Therefore, it is necessary to pay more attention to devices to ensure the effective independence of the experts registered in a roster of experts. In this regard, signing a declaration of independ-

71. That is to say, the experts have an equal capacity to be heard in the group, which is not always verified in practice: see BARTHE Y., *Scientific Expertise in Situations of Controversy: A Sociological Testimony*, *EJRR*, No. 1, 2014, pp. 14-24.

72. LECLERC O., «Scientific expertise and judicial decision-making: comparative insights», in J. Ferrer Beltrán and S. Pozzolo (eds.), *Law, Politics, and Morality: European Perspectives III. Ethics and Social Justice*, Berlin, Duncker und Humboldt, 2007, pp. 15-26.

ence prior to appointment by the judge would appear to be a desirable measure. When the expert is appointed by a party, the situation is quite the opposite: the judge analyses a report that has already been prepared, and it is difficult for the judge to know the extent to which the expert is independent of the appointing party. Therefore, assessing the qualities of the expert and verifying their independence is not carried out when they are registered on a list of experts but once the report has been prepared. This implies that it must be possible for the judge to properly assess the expert's report and to interview the expert themselves. Therefore, having a written report might not always be sufficient and the judge must be given the possibility of examining the expert proposed by a party orally. In common law countries, control over the technical suitability and independence of the expert is mainly left to the parties, who are given the possibility of cross-examining the experts presented by the opposing party. Thus, the adversarial principle appears as the primary means of assessing the independence of the experts presented by the parties. This is the case not only in countries where party experts are used, but also in countries where experts are first and foremost appointed by the judges, as is the case in France. Indeed, concerning the expert opinion presented by the parties, the *Cour de Cassation* decided that these party expert opinions could not alone be the basis for the judge's decision. As stated by the judges in their decision: «Although a judge cannot refuse to examine a document regularly given to the debates and submitted to an adversarial discussion, they cannot base their decision exclusively on an expert report made at the request of one of the parties.»<sup>73</sup> However, as the *Cour de Cassation* itself later clarified,<sup>74</sup> it remains possible for the judge to base their decision on the sole consideration of an expert opinion made at the request of a party in cases where this expertise was carried out in an adversarial manner, and was not only open to discussion by the parties after its completion. Thus, even if we do not set aside the distinction made by the *Cour de Cassation* between the expertise which is carried out in an adversarial manner and expertise which, although not actually subject to cross-examination, are open to adversarial discussion by the parties, the adversarial principle asserts itself as a central guarantee of the technical suitability and independence of the experts.

## References

Barthe Y., Scientific Expertise in Situations of Controversy: A Sociological Testimony, *EJRR*, no. 1, 2014, pp. 14-24.

73. Cass., Chambre Mixte, 28 September 2012, No. 11-18710.

74. Cour de Cassation, Service de Documentation, des Etudes et du Rapport, note of 20 Avril 2017.

- BROWN, M., *Science in Democracy. Expertise, Institutions, and Representation*, Cambridge, MIT Press, 2009.
- DUMOULIN, L., *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica, 2007.
- ENCINAS DE MUNAGORRI, R., LECLERC, O., «Les apports de la théorie juridique à la délimitation de l'expertise: réflexions sur le lien de droit», in Y. Bérard et R. Crespin (dir.), *Aux frontières de l'expertise. Dialogues entre savoirs et pouvoirs*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. «Res Publica», 2010, pp. 197-210.
- FAVRO, K. (ed.), *L'expertise: enjeux et pratiques*, Paris, Lavoisier, 2009.
- FISCHER, F., *Democracy and Expertise. Reorienting Policy Inquiry*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- JASANOFF, S., *The Fifth Branch. Science advisers as policymakers*, Harvard, Harvard University Press, 1990.
- KRIMSKY, S., «The 'Funding Effect' Hypothesis», *Science Technology Human Values*, 2013, 38: 566.
- LEBRE DE FREITAS, J. M., *The Law of Evidence in the European Union*, Kluwer Law International, 2004.
- LECLERC, O., *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ, 2005.
- LECLERC O., «Scientific expertise and judicial decision-making: comparative insights», in J. Ferrer Beltrán and S. Pozzolo (eds.), *Law, Politics, and Morality: European Perspectives III. Ethics and Social Justice*, Berlin, Duncker und Humbolt, 2007, pp. 15-26.
- LECLERC, O. «L'indépendance de l'expert», *L'expertise: enjeux et pratiques*, coord. K. Favro, Paris, pub. Lavoisier/Tec & Doc, 2009, pp. 167-180.
- MILLER, J. S., ALLEN, R. J., *The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?*, 87 *Nw. U. L. Rev.* 1131 (1993).
- PELISSE, J., PROTAIS, C., LARCHET K., CHARRIER, E., *Des chiffres, des maux et des lettres. Une sociologie de l'expertise judiciaire en économie, psychiatrie et traduction*, Paris, Armand Colin, 2012.
- PINCHON, F., MILLO, F., *L'expertise judiciaire en Europe*, Paris, Editions d'Organisation, 2002.
- POMADE, A. (ed.), *L'expertise du haut conseil des biotechnologies: un facilitateur du dialogue sciences/société ?*, Paris, Société de législation comparée, 2014.
- REDMAYNE, M., *Expert Evidence and Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001
- ROY, A., *Les experts face au risque: le cas des plantes transgéniques*, Paris, Puf, 2001.
- SARRAILHE, P. (ed.), *Les experts auxiliaires ou substitués du juge ?*, Paris, Société de législation comparée, 2009.
- VAN KAMPEN P. T. C., *Expert Evidence Compared: Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System*, Antwerp, Intersentia, 1998.
- VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- VERGES, E., VIAL, G., LECLERC, O., *Droit de la preuve*, Paris, Puf, 2015.



PONENCIAS SOBRE  
**PRUEBA CIENTÍFICA.**  
CUESTIONES DEL FUTURO:  
INTELIGENCIA ARTIFICIAL  
Y NEUROCIENCIA



# Prueba científica. Cuestiones de futuro: neurociencia e inteligencia artificial

Jordi Nieva Fenoll  
Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona

## 1. Introducción

Cuando se habla de «prueba científica» no se es demasiado consciente de que actualmente toda la prueba es científica, y no sólo algunas pruebas periciales<sup>1</sup>, aunque cabría decir que todas en el fondo lo son, incluso las que parecen más intuitivas<sup>2</sup>. Todos los interrogatorios<sup>3</sup> —de partes, testigos o peritos— están actualmente gobernados por la psicología del testimonio<sup>4</sup>, y siempre debieron haber respondido a esa ciencia<sup>5</sup>, pese a que ha sido la prueba que tanto en la actualidad como históricamente, más lo fía todo a la intuición<sup>6</sup>.

---

1. Sobre la prueba pericial, vid. PICÓ JUNOY, Joan, *La prueba pericial en el proceso civil español*, Barcelona 2001. AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002. ANSANELLI, Vincenzo, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011.

2. Vid. *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

3. Sobre los mismos, vid. por todos CONTRERAS ROJAS, *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Madrid 2015.

4. Por todos, MANZANERO, Antonio L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008.

5. Algo de ello hubo: GORPHE, François, *La critique du témoignage*, Paris 1924. La traducción española (*la crítica del testimonio*) está publicada en ed. Reus, Madrid 2003 (2ª reimpresión de la sexta edición).

6. Vid. Partida III, Tít. XVI, Ley 28: «*Otrosí dezimos, que deven ser preguntados del tiempo en que fue fecho aquello sobre que testiguan, assi como del año, e del mes, e del día, e del logar en que lo fizieron. Ca si se desacordassen los testigos, diziendo el uno que fuera fecho en un logar, el el otro en otra parte, non valdria su testimonio. (...) E aun deven ser preguntados los testigos, quien eran los otros testigos que estavan delante, quando acaescio aquello sobre lo que testiguan: e mas preguntas non han por que fazer al testigo que fuere de buena fama. Mas si fuere ome vil, e sospechoso, que entendiesse el Juez, que anda desvariando en su testimonio, entonce devele fazer otras preguntas por tomarle en palabras, diziendo assi: Quando este fecho sobre que testiguas acaescio, que tiempo fazia? Estava nublado, o fazia sol? o quanto ha que conociste estos omes de quien testiguas? e de que paños eran vestidos, quando acaescio esto que dizes? Ca por lo que respondiере a tales preguntas como estas, e por las señales que viere en la cara del, tomar ha apercibimiento el Juez si ha de creer lo que dize el testigo, o non.*»



Algo parecido sucede con la prueba documental. Quizás sea más polémico calificar como «ciencia» a la semiótica textual<sup>7</sup>, pese a que sus resultados también parten de la observación y de la experimentación, es decir, de la aplicación del método científico, por lo que no deberían existir grandes problemas para su inclusión en esa categoría científica. Por último, la prueba de reconocimiento judicial carece habitualmente de sentido si no viene acompañada de una prueba pericial<sup>8</sup>. El juez suele desconocer los saberes que son precisos para observar debidamente una cosa o persona, y por ello la participación del perito acostumbra a ser fundamental, lo que le otorga indudable científicidad a esa prueba.

Sin embargo, los citados saberes no son exactos en la enorme mayoría de ocasiones. En realidad, el uso de la ciencia en el proceso siempre topa con una cierta incompreensión tanto en cuanto al fondo de la materia científica de que se trate, como con respecto a la oportunidad de su uso. De hecho, con respecto a lo primero, como veremos a continuación, obligamos a un lego —el juez— a interpretar y hasta a objetar las conclusiones de un científico —el perito—, y ello no deja de ser una cierta *contradictio in terminis*<sup>9</sup>. Y en cuanto a lo segundo, quizás existe un atávico rechazo derivado del desconocimiento, aunque ello tiene cada vez menos incidencia.

Siendo esta la situación, han venido al proceso —para quedarse— dos nuevos saberes o técnicas: la neurociencia y la inteligencia artificial (IA). La primera ha sido acogida por la ciencia jurídica, sorprendentemente —quizás sea la primera vez que ocurre desde LOMBROSO<sup>10</sup>— con una gran expectación y hasta con un exceso de confianza en algunas de sus conclusiones, aunque más vale que al menos en esta ocasión la tendencia de la doctrina jurídica se haya visto más orientada por la curiosidad que por el consabido, tradicional e ignorante rechazo. Y con respecto a la inteligencia artificial, se está produciendo una sorprendente situación. Hace tiempo que se usa en el proceso<sup>11</sup>, aunque no se sea muy consciente de ello, pero lo que se desconoce casi completamente todavía es su potencialidad presente y desde luego futura, aunque ya exista bibliografía al respecto.

---

7. CASSANY, Daniel, *Tras las líneas*, Barcelona 2006. LOZANO, Jorge / PEÑA-MARÍN, Cristina / ABRIL, Gonzalo, *Análisis del discurso*, Madrid 2007.

8. Lo explico en NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, pp. 336 y ss.

9. Vid. HAACK, Susan, *Evidence Matters*, Cambridge 2014, p. 121. TARUFFO, Michele, «La prova scientifica. Cenni generali», 47 *Ragion pratica* 2016, pp. 241 y ss.

10. LOMBROSO, Cesare, *L'uomo delinquente*, Torino 1897.

11. Y también se ha escrito sobre la misma hace años. Vid. TARUFFO, Michele, «Judicial Decisions and Artificial Intelligence», *Artificial Intelligence and Law* 6, 1998, pp. 311 y ss.

Por tanto, no cabe dudar que la ciencia se ha instalado por fin en el proceso, desplazando ya cada vez más a la intuición, como ha ocurrido en todo el resto de ciencias antes o después. Casi todas empezaron en la filosofía, se desarrollaron con ayuda de la reflexión y la intuición y finalmente desplazaron a esta última en beneficio del razonamiento científico. El Derecho procesal ya ha empezado a recorrer ese camino, y quizás acabe siendo la primera rama del Derecho que sale de ese oscurantismo a veces de filosofía mal entendida y en muchas ocasiones de pura intuición. Intentaré explicarlo en este trabajo.

## 2. La prueba científica en una paradoja: auge y crisis.

Desde hace algunos decenios se ha estudiado la prueba pericial sobre todo desde el punto de vista epistemológico<sup>12</sup>, tratando de escudriñar en la lógica y coherencia de aquello que redactaban y declaraban los peritos, a fin de descubrir por estos medios la corrección de su dictamen<sup>13</sup>. Aunque proceder de ese modo era lógico ante la ausencia casi total de herramientas alternativas, todo ello fue, en el fondo, expresión de la frustración que sentíamos los juristas por no poder comprender debidamente los saberes de los peritos.

Más modernamente se ha intentado establecer, no sin polémica<sup>14</sup>, una especie de subclase dentro de la prueba pericial a la que se ha llamado prueba científica. Dentro de la misma estaría comprendida, por ejemplo, la prueba de ADN, o la prueba neurocientífica, como veremos más adelante, pero también en general las pruebas médicas —como las ya citadas—, y asimismo pruebas medioambientales, topográficas<sup>15</sup>, de ingeniería en cuanto a la existencia de una estructura, etc.

Esas pruebas han conocido un gran auge, especialmente la citada en primer lugar —la prueba de ADN—. Sin embargo, pese a la gran fiabilidad que prometen esas pruebas, su problema sigue siendo exactamente el mismo que en el pasado: el juez no las entiende realmente<sup>16</sup>. De ahí que se haya propuesto mejorar la formación del juez en saberes científicos<sup>17</sup> u obligar al perito a ex-

12. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Madrid 2002, pp. 330 y ss. VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid 2015, p. 266.

13. SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho probatorio*, Lima 2009, pp. 530-531.

14. HAACK, *Evidence Matters*, cit. p. 110 y ss.

15. GONZÁLEZ CABEZAS, Antonio, *Lecciones de topografía y replanteos*, Alicante 2010, pp. 10 y ss. AAVV (Leach ed.), *Optical Measurement of Surface Topography*, Berlin 2011.

16. Lo destaca con vehemencia —y no sin razón— HAACK, *Evidence Matters*, cit. p. 117.

17. REISBERG, Daniel / SIMONS, Daniel J. / FOURNIER, Lisa R., «Introduction to the Forum on When and Whether Psychological Research is Ready for Use in the Justice System», *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 2016,

plicarse mejor en sus dictámenes<sup>18</sup>. Pero pese a lo uno y lo otro, el problema sigue siendo el mismo. Aunque se ha dicho con tremenda soberbia e imprecisión que el juez es el *peritus peritorum*, en realidad el juzgador solamente es un perito en Derecho y no hasta las últimas consecuencias, dado que es casi imposible conseguir la omniscencia jurídica, pese a que cualquier jurista puede aprender con un poco de dedicación sectores del Derecho que desconoce.

Pero lo que desconoce completamente el juez son materias extrajurídicas, porque no son parte de su formación. Es más, aunque realmente pudiéramos encontrarnos con un juez que fuera médico, biólogo o psicólogo a la vez, tampoco estaríamos hablando de un experto, porque la pericia en un saber científico no se obtiene aprobando una serie de exámenes en un estudio universitario, sino que es preciso, además de dicho estudio, practicar la profesión de que se trate. De lo contrario, la persona con un título universitario que jamás lo ha utilizado en su actividad laboral, no es más que un teórico de bajo nivel cuyos conocimientos le pueden ser útiles para acceder con más facilidad a los saberes científicos de que se trate. Pero no estamos ante un experto.

Es por ello por lo que se han mirado con recelo estos conocimientos privados del juez<sup>19</sup>. A diferencia del dictamen de un perito, se trata de un saber que no es controlable por las partes, dado que el juez no expone sus conocimientos durante la práctica de la prueba, de manera que las partes puedan impugnarlos, como hacen con cualquier dictamen pericial. Al contrario, los conocimientos científicos del juez, si los posee, permanecen en un terreno misterioso, y por ello las partes no los pueden rebatir, lo que equivale a decir que no pueden defenderse de los mismos. Por tanto, la consecuencia del uso de estos conocimientos privados en el proceso es directamente la indefensión, lo que no resulta aceptable en un proceso. Y si el juez declarara públicamente su experticia sería todavía peor, puesto que en ese momento se comprobaría que no se trata de un auténtico experto, sino de alguien que por su formación conoce mejor la materia que otras personas, pero que no puede dictaminar sobre la misma.

Una puerta de salida a esta problemática la representó en los años noventa del siglo XX la serie de tres sentencias que expusieron y asentaron los que desde entonces se llamaron criterios *Daubert* o estándar *Daubert*, en honor a la primera sentencia en la que fueron expuestos por el juez BLACKMUN<sup>20</sup>.

---

5, p. 234. Vid. también GASCÓN ABELLÁN, «Prueba científica. Un mapa de retos», cit. pp. 193 y ss.

18. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München 2010, pp. 701-702. SATTÀ / PUNZI, *Diritto Processuale Civile*, Padova 1996, p. 385.

19. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Madrid 2002, pp. 330 y ss.

20. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993), *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997), *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

Los criterios fueron elaborados al hilo de una problemática que es propia de EEUU como consecuencia de la existencia del jurado. Como si de un proceso formulario romano se tratara<sup>21</sup>, el Derecho estadounidense, dejando otros detalles aparte, celebra en el proceso dos fases importantes: una previa ante el juez —el *summary judgment*<sup>22</sup>, que a ratos recuerda a la fase *in iure* ante el pretor<sup>23</sup>— en la que con la misión de averiguar si existen realmente hechos discutidos que deban ser esclarecidos en el proceso ante el jurado —*trial*— se prepara la actividad probatoria y se trata de seleccionar para el jurado los materiales probatorios en principio válidos, a fin de que ya en esa fase siguiente ante el jurado —que vuelve a recordar demasiado a la fase *apud iudicem* del proceso formulario romano<sup>24</sup>, que también solía sustanciarse ante un jurado<sup>25</sup>—, dicho órgano jurisdiccional examine solamente la prueba que pueda orientar rectamente su criterio.

Por tanto, el juez en esa fase tiene una auténtica misión de cancerbero —*gatekeeper*—, es decir, de encargado de no dejar pasar a la audiencia ante el jurado materiales que puedan desorientarle. Es en ese contexto en el que se pronuncia la primera sentencia de la serie *Daubert*, enunciando cuatro<sup>26</sup> o cinco criterios<sup>27</sup> —depende de quién los exponga— a fin de eliminar de la consideración del jurado las pruebas periciales que no sean auténticamente «científicas» en un sentido laxo, es decir, pseudociencias y ciencias con posible futuro científico pero que todavía están en una fase inicial de la investigación. Dichos criterios son los siguientes:

- Que la técnica utilizada por el perito ha sido probada suficientemente frente a errores.
- Que la técnica ha sido revisada por otros científicos y, en su caso, ha sido publicada.

21. KASER, Max / HACKL, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, pp. 151 y ss.

22. Vid. Rule 56 FRCP y las sentencias *Celotex Corp. v. Catrett*, 477 U.S. 317, 322–27 (1986), *Anderson v. Liberty Lobby, Inc.*, 477 U.S. 242, 257 (1986), *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 596–98 (1986).

23. KASER / HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. pp. 220 y ss.

24. KASER / HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. pp. 350 y ss.

25. KASER / HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 197.

26. FAIGMAN, David L., «The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Maning Scientific Evidence in the Age of Science», *Legal Studies Research Paper Series*, n. 19, 46 *UC Davis Law Review* 2013, p. 104. FOURNIER, Lisa R., «The Daubert Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control», *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5, 2016, p. 308.

27. GARRIE, Daniel B., «Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality», *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 12, 2014, 2, p. 122. VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, cit. p. 125, añade un quinto factor a considerar: si los peritos llevaron a cabo investigaciones científicas anteriores e independientes al proceso en cuestión.

- Que el perito indique el grado de acierto de la técnica.
- Justificación del mantenimiento de estándares de calidad en el uso de la técnica.
- Consenso en la comunidad científica sobre la fiabilidad de la técnica (estándar *Frye*)<sup>28</sup>.

Como se ha indicado, todos esos criterios son útiles para proceder a la admisión de la prueba, pero sin duda pueden ser utilizados en su valoración, como ha solido ser el caso en Europa allí donde se han tomado en consideración<sup>29</sup>, o incluso en EEUU<sup>30</sup>, cuando a tenor de los mismos el juez falla anticipadamente el caso en el propio *summary judgment*. Por ello los criterios *Daubert* fueron introducidos en parte en 2000 en la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence*<sup>31</sup>.

Sin embargo, como ya evidenciara en 1997 la segunda sentencia de la Serie —*Joiner*—, y de hecho el voto particular de REHNQUIST a la propia sentencia *Daubert*<sup>32</sup>, los jueces no están realmente preparados para aplicar estos criterios. Asumiendo la realidad, un juez, por su formación, no puede saber si una técnica pericial ha sido elaborada siguiendo el método científico. Podrá comprobar —aunque no sin dificultad— si la técnica ha sido publicada y revisada por otros científicos, pero no podrá conocer si esos otros pares han hecho esa labor seriamente, o bien la revista en cuestión ha publicado la técnica por cri-

28. *Frye v. U.S.*, 293 F. 1013 (District of Columbia Circuit 1923).

29. VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, cit., NIEVA FENOLL, «Repensando Daubert: la paradoja de la prueba pericial», en AAVV, *Peritaje y prueba pericial*, Barcelona 2017, pp. 85 y ss, y antes DONDI, Angelo, «Paradigmi processuali ed 'expert witness testimony' nel diritto statunitense», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, pp. 261 y ss, AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002. ANSANELLI, Vincenzo, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011, TARUFFO, Michele, «Prova scientifica e giustizia civile», en AAVV, *Giurisprudenza e scienza*, Roma 2017, pp. 241 y ss.

30. FAIGMAN, David L., «The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Maniging Scientific Evidence in the Age of Science», *Legal Studies Research Paper Series*, n. 19, 46 *UC Davis Law Review* 2013, p. 104. FOURNIER, Lisa R., «The Daubert Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control», *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5, 2016, p. 308.

31. **Rule 702. Testimony by Expert Witnesses.** A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:

- (a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;
- (b) the testimony is based on sufficient facts or data;
- (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and
- (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.

32. «I defer to no one in my confidence in federal judges; but I am at a loss to know what is meant when it is said that the scientific status of a theory depends on its «falsifiability,» and I suspect some of them will be, too. I do not doubt that Rule 702 confides to the judge some gatekeeping responsibility in deciding questions of the admissibility of proffered expert testimony. But I do not think it imposes on them either the obligation or the authority to become amateur scientists in order to perform that role. I think the Court would be far better advised in this case to decide only the questions presented, and to leave the further development of this important area of the law to future cases.»

terios de oportunidad editorial, y los pares han obrado por razones de oportunidad política, como por desgracia no es infrecuente que suceda en la ciencia.

Por otra parte, el juez no puede controlar realmente si el grado de acierto que el perito afirma en su dictamen se corresponde con la realidad. Y además, no pocas ciencias carecen auténticamente de grados de acierto, como sucede por ejemplo con la psiquiatría. Por añadidura, el juez no tiene formación alguna para saber si el perito ha mantenido los estándares de calidad en el uso de la técnica, por lo que se limitará a aceptar lo que diga el experto o a rechazarlo sin motivo, incluso aunque ello pueda convertirse en un motivo de impugnación para la parte contraria a la que presentó el dictamen, si logra transmitir al juez ese defecto.

Pero es que ni siquiera se puede controlar la existencia del estándar *Frye*<sup>33</sup>, es decir, de esa «*standing and scientific recognition among —scientific— authorities*». No es infrecuente que en la literatura jurídica se encuentren afirmaciones como que «la doctrina unánimemente manifiesta», o bien que «la mayoría de la doctrina dice», o incluso que «la *mejor* doctrina afirma». Y esas expresiones son simplemente refuerzos retóricos de un discurso, pero carecen de la más mínima base estadística. Si ello es así en materia jurídica y no es tan fácil contrastar la veracidad de esas afirmaciones, imagínese en materias científicas ajenas al acervo de conocimientos del juez.

Es por todo ello por lo que no ayudan realmente esos cinco criterios en la consideración de la científicidad de una prueba pericial. Sirven de punto de apoyo para realizar intentos al respecto, especialmente desde la perspectiva impugnatoria o reafirmatoria de las partes, o incluso para ayudar al juez a motivar su parecer sobre las conclusiones del dictamen pericial.

Pero se trata de puntos de apoyo débiles, y lo cierto es que el juez poquísimas veces puede rebelarse con fundamento al parecer de un perito, puesto que la situación que se crea es la misma que cuando un lego en derecho discute a un jurista una cuestión jurídica. La conversación en esos casos discurre entre la ignorancia, la sorpresa y el dislate, y finalmente el lego suele acabar «dictaminando» sobre la materia jurídica basándose en algo tan básico y acientífico como sus propias emociones, sin más.

Y casi lo mismo hace un juez. O bien acepta las conclusiones del perito de forma acrítica, convirtiendo la prueba pericial en una prueba legal, o bien analiza el resto de pruebas que sí es capaz —en principio— de valorar más fácilmente, construyendo una conclusión y finalmente adapta su criterio sobre la prueba

---

33. *Frye v. U.S.*, 293 F. 1013 (District of Columbia Circuit 1923).

pericial a su prejuicio resultante de la valoración del resto de pruebas. En términos objetivos, un auténtico desastre. Pero el juez carece de otras herramientas para intentar hacer algo distinto, por mucho que se le recomiende que analice desde el punto de vista epistémico el dictamen. Y es que es difícil analizar racionalmente aquello que no se entiende.

Es por ello por lo que personalmente he propuesto<sup>34</sup> olvidarnos en la medida de lo posible de todo lo anterior y centrarnos en conseguir la máxima perfección de los dictámenes periciales, insistiendo en la excelencia de la formación y cualificación de los peritos, es decir, en la exigencia de su estudio, universitario o no. Es decir, finalmente poco más se puede hacer que poner el acento en la calidad de los estudios, a fin de que las autoridades educativas sean conscientes de la responsabilidad que les compete en la presencia en la sociedad de excelentes profesionales que presten un buen servicio a la ciudadanía. De lo contrario, la sociedad se ve inundada de malos médicos, deficientes abogados, pésimos ingenieros o ineptos economistas que sólo producen desastres en la sociedad, lo que también sucede cuando se acercan al proceso.

En consecuencia, la clave del futuro éxito de la prueba científica, y pericial en general, estará en la configuración adecuada de la estructura educativa de un país. Si la misma falla, fallará todo lo demás. En el proceso y fuera de él.

### 3. La neurociencia: una matizable decepción.

Uno de los campos en los que precisamente más se ha hecho evidente la conclusión anterior ha sido en materia neurocientífica. Se trata de una ciencia eminentemente médica pero que, al estudiar el cerebro y su funcionamiento, ha recibido una particular atención por parte de estudiosos ajenos a la medicina, en especial psicólogos, juristas y filósofos<sup>35</sup>.

Esa atención generalizada pudo haber empezado en 1929 cuando se descubrió la actividad eléctrica del cerebro a través del electroencefalograma<sup>36</sup>. Sin embargo, el interés general de la ciencia por la actividad cerebral, más allá de la me-

34. NIEVA FENOLL, «Repensando Daubert: la paradoja de la prueba pericial», cit. pp. 99 y ss

35. AAVV (Demetrio Crespo dir.), *Neurociencias y Derecho Penal*, Buenos Aires 2013. RUBIA, Francisco J., *El fantasma de la libertad*, Barcelona 2009. Aavv (Taruffo/Nieva dirs.), *Neurociencia y proceso judicial*, Madrid 2013. DÍAZ ARANA, Andrés Felipe, *Las mentes libres en el Derecho penal*, InDret 1/2016, pp. 1 y ss. PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia*, InDret 2/2011, pp. 1 y ss. FEIJOO sánchez, Bernardo, *Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*, InDret 2/2011, pp. 1 y ss. PARDO, Michael S. / PATTERSON, Dennis, *Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia*, InDret 2/2011, pp. 1 y ss.

36. BERGER, Hans, «Über das Elektroencephalogramm des Menschen», *Archiv für Psychiatrie und Nervenkrankheiten*, 1929, 87, pp. 527 y ss.

dicina, se produjo en los años setenta del siglo XX con la neurociencia cognitiva, y en los ochenta pero sobre todo a finales de los noventa del siglo XX<sup>37</sup> cuando se reparó en las posibles consecuencias para el estudio de la volición de un hecho sorprendente: que la actividad eléctrica cerebral para la ejecución de un acto fuera aparentemente previa a la sensación de voluntad del sujeto, como si el cerebro gobernara al sujeto y no al revés. La conclusión era discutible y fue discutida<sup>38</sup>, pero psicólogos, filósofos y juristas echaron a volar la imaginación al ponerse en cuestión el fundamento principal de su estudio: la libre voluntad.

Sin embargo, poco importa todo lo anterior en materia probatoria, y en el fondo al derecho en general, toda vez que aun si fuera cierto que la actividad cerebral es previa a la sensación de voluntad del sujeto, la consiguiente conclusión de la falta de libre albedrío está sustentada en una simple falacia dualista: no es que el cerebro gobierne al individuo, sino que el cerebro es el individuo. Dejando al margen el resto del físico, no hay más ser humano que el cerebro o, mejor dicho, no existe el ser humano más allá de su cerebro, por lo que siendo la voluntad un producto de esa actividad cerebral, la misma tiene su origen en el sujeto. Es una conclusión sencilla, pero de necesaria inteligencia para concluir ya este absurdo debate.

Sin embargo, la neurociencia sí ha producido otros resultados que son verdaderamente interesantes en el mundo del derecho, y que tienen trascendencia en materia probatoria, al menos en tres terrenos: la detección de alteraciones cerebrales que modifican el comportamiento, la prognosis de peligrosidad —directamente relacionada con la anterior— y la detección de mentiras<sup>39</sup>.

Los resultados más prometedores se han obtenido precisamente en los dos primeros campos. Ya en el siglo XIX se sugirió que algunas áreas del cerebro podían asociarse a la realización de actividades motoras<sup>40</sup>, pero con las herramientas de diagnóstico y experimentación existentes actualmente —aparte del EEH, la tomografía axial computerizada (TAC), la tomografía por emisión de positrones (PET), la tomografía computerizada de emisión monofotónica (SPECT)<sup>41</sup>, la imagen por resonancia magnética (MRI)—, de entre las que desta-

---

37. LIBET, B. / FREEMAN, A. / SUTHERLAND, K., *The Volitional Brain: Towards a Neuroscience of Free Will*, Thorverton 1999.

38. Vid. particularmente TARUFFO, «Proceso y neurociencia. Aspectos generales», p. 23 y GONZÁLEZ LAGIER, «¿La tercera humillación? (sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío)», p. 41, ambos en AAVV (Taruffo y Nieva dir.), *Neurociencia y proceso judicial*, Madrid 2013.

39. Trato los tres en NIEVA FENOLL, «Neurociencia y proceso jurisdiccional: pasado y presente. ¿Futuro?», en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, pp. 691 y ss.

40. FOERSTER, O., «The Motor Cortex in Man in the Light of Hughlings Jackson's Doctrines», *Brain*, 59 (2), 1936, pp. 135 y ss.

41. MOYA ALBIOL, Luis / ROMERO MARTÍNEZ, Ángel, «El cerebro violento», MOYA ALBIOL (ed.), *Neurocriminología*, Madrid 2015, pp. 43 y ss.



ca la fMRI o imagen por resonancia magnética funcional<sup>42</sup>, se ha confirmado que, efectivamente, los daños anatómicos, por ejemplo, en el lóbulo frontal<sup>43</sup>, pueden hacer perder capacidad de empatía a una persona o inteligencia para comprender la ilicitud de sus acciones.

Por ello, la presencia en los tribunales de estas pruebas se ha hecho más frecuente<sup>44</sup>, habiéndose hecho especialmente popular la fMRI, al no ser en absoluto agresiva o simplemente peligrosa para el ser humano, dado que genera sus imágenes a través de la señal BOLD<sup>45</sup>, es decir, a través de los cambios de magnetismo producidos por la oxigenación del cerebro como consecuencia del flujo sanguíneo.

Pero como decía, quizás los resultados más interesantes se han producido por ahora en materia de detección de alteraciones cerebrales que modifican el comportamiento. Hasta el momento, esas modificaciones conductuales se detectaban a través de las entrevistas cognitivas que realizan psicólogos y psiquiatras, que se ven aquejadas, como es lógico, de falta de exactitud a pesar de la relevante ayuda que representa el DSM-5<sup>46</sup>. De repente, si estas pruebas diagnósticas a través de la fMRI funcionaran con total precisión, desaparecerían todas las inconcreciones de las tradicionales conclusiones psiquiátricas sobre el comportamiento de un sujeto.

Sin embargo, parece que estamos algo lejos de ello. Aunque gracias a la benéfica influencia de la jurisprudencia *Strickland*<sup>47</sup> se ha producido un mayor uso de la prueba neurocientífica en los tribunales<sup>48</sup> en averiguación de daños cerebrales que pudieran determinar la conducta de un reo, la realidad es que todavía es pronto para poder afirmar sin ninguna dificultad que la presencia de una concreta lesión cerebral, o particular anatomía del cerebro, produce un determinado comportamiento en un sujeto. Varios reos de crímenes terribles han eludido la pena de muerte en EEUU gracias a estas pruebas<sup>49</sup>, pero la razón de las reservas científicas sobre las mismas se centran en la falta de «validez

---

42. Vid. FILIPI, Massimo, *fMRI techniques and protocols*, Totowa NJ 2009.

43. DENNO, Deborah W., «The myth of the double-edged sword: an empirical study of neuroscience evidence in criminal cases», *Boston College Law Review*, vol. 56, 2015, p. 494.

44. SHEN, Francis X., «Neuroscience, Mental Privacy, and the Law», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 36, 2, 2013, p. 660.

45. Blood Oxygen Level Dependent.

46. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-5. Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales*, 2014.

47. *Strickland v. Washington*, 466 U.S. (1984).

48. DENNO, Deborah W., «The myth», cit. p. 501.

49. Vid. DENNO, «The myth», cit. p. 494 y ss.

ecológica»<sup>50</sup> de las conclusiones de los neurocientíficos. Es decir, que sus estadísticas<sup>51</sup> sobre grado de acierto no están basadas en suficiente experimentación<sup>52</sup>, por lo que los resultados obtenidos pueden ser falsos, y todo ello suponiendo que los cálculos sean correctos, dado que al margen de otros contrastes científicos más burdos<sup>53</sup>, en 2016 se descubrió que los análisis estadísticos de la fMRI estaban produciendo nada menos que un 70% de errores<sup>54</sup>. El cerebro de las personas no es idéntico, ni mucho menos, y cuesta mucho establecer parámetros generales que puedan predecir con una suficiente fiabilidad que determinará una conducta un daño de unas determinadas características en una particular área del cerebro.

En consecuencia, la presencia de un daño cerebral es un indicio más que puede explicar la conducta pasada de una persona, a la que se le unirán las conclusiones de la tradicional entrevista cognitiva de un psiquiatra o psicólogo. Pero no puede decirse, al menos por el momento, que una lesión cerebral determine una conducta. Exactamente igual que tampoco puede afirmarse todavía que sean correctos los resultados de algo especialmente útil en el proceso civil — también penal— como es la neurociencia del dolor<sup>55</sup>, sobre todo para el cálculo de indemnizaciones relacionadas con los daños morales.

De hecho, ni siquiera se ha logrado establecer que existan diferencias significativas entre el cerebro de un enfermo mental y el de una persona sana<sup>56</sup>. Y ello hace que sea todavía más complicado realizar el examen de la prognosis de peligrosidad de un sujeto. En el fondo, está basado en lo mismo que la detección de las alteraciones cerebrales que modifican el comportamiento y, como se ha visto, ni siquiera superaría los estándares *Daubert* antes referidos, dando por supuesto que sean realmente útiles y practicables por un juez.

50. GREELY, Henry T., «Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain», *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 18, 2015, pp. 192-194. SCHLEIM, «Bildgebende Verfahren der Neurowissenschaften in der strafrechtlichen Ermittlungspraxis: Eine kritische Perspektive auf den Stand der Forschung», pp. 381 y ss.

51. SCHLEIM, «Bildgebende Verfahren der Neurowissenschaften in der strafrechtlichen Ermittlungspraxis: Eine kritische Perspektive auf den Stand der Forschung», cit. p. 374.

52. MORSE, Stephen J., «Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience», *Marquette Law Review*, 2015, vol. 99, p. 61.

53. BENNETT, Craig M. / BAIRD, Abigail A. / MILLER, Michael B. / WOLFORD, George L., «Neural correlates of interspecies perspective taking in the post-mortem Atlantic Salmon: An argument for multiple comparisons correction». <http://prefrontal.org/files/posters/Bennett-Salmon-2009.pdf>.

54. EKLUND, Anders / NICHOLS, Thomas E. / KNUTSSON, Hans, «Cluster failure: Why fMRI inferences for spatial extent have inflated false-positive rates», *PNAS*, 12-7-2016, 113 (28), pp. 7900 y ss. <http://www.pnas.org/content/113/28/7900>.

55. MORSE, «Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience», cit. p. 63. Cfr. GREELY, Henry T., «Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain», cit. pp. 179 y ss. PICÓ JUNOY, «La prueba del dolor», en AAVV (Taruffo y Nieva dir.), *Neurociencia y proceso judicial*, Madrid 2013, pp. 83 y ss.

56. MORSE, «Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience», cit. p. 66.

Ello tiene como consecuencia que todavía no se puede prever, al menos a través de las pruebas neurocientíficas, si un sujeto va a volver a cometer un determinado delito, lo que sería magnífico para la actividad probatoria que debe realizarse en la decisión sobre medidas cautelares tan graves como la prisión provisional. No puede afirmarse que en un futuro no se pudiera conseguir ese resultado, pero debe asumirse que no es nada fácil.

Téngase en cuenta, además, que esta investigación emana de una idea de partida que podría ser falsa: no que la estructura cerebral determine el comportamiento de las personas, porque ello tiene enormes posibilidades de ser cierto, sino que ciertos detalles de esa estructura pueden revelar con certeza una personalidad. Aún más, que algunas personalidades son *per se* patológicas, cuando lo único cierto es que lo que es delito, o mucho de lo que consideramos patológico en psiquiatría, está completamente condicionado por nuestra propia visión del mundo, es decir, por la ideología. En consecuencia, no es que un acto sea positivo o negativo, sino que es considerado positivo o negativo según el grupo de observadores del entorno en el que se produce el acto. Merecería la pena recordar que ya en el pasado algunos científicos procuraron la búsqueda de patologías que estuvieran en el origen de la homosexualidad<sup>57</sup>, o incluso de la ideología marxista<sup>58</sup>, aludiendo incluso a la falta de religiosidad como uno de los problemas causantes de ambas.

En consecuencia, hay que tener extremo cuidado científico en esta materia, de manera que no se crea que el estudio del cerebro puede avanzar todos los comportamientos de una persona que consideráramos ideológicamente patológicos. En este caso, ya no es que los investigadores se vieran afectados por el llamado irónicamente «*Brain Overclaim Syndrome*»<sup>59</sup> (BOS) o exceso de confianza en los resultados de la neurociencia, sino que directamente intenten buscar por un camino científico la causa de comportamientos que no tienen la más mínima anormalidad natural. Se tipifica el robo o el homicidio como delito porque nuestra sociedad los entiende como comportamientos negativos para nuestra propia existencia pacífica, pero se trata de conductas absolutamente habituales en la naturaleza, como es sabido, sin que el animal que los protagoniza padezca ningún tipo de patología cerebral. Al contrario, el responsable de tales hechos es un ser perfectamente normal, y sólo el ser huma-

---

57. La homosexualidad fue suprimida de la lista de enfermedades mentales del DSM en 1987.

58. VALLEJO NÁGERA, A., MARTÍNEZ, Eduardo M., «Psiquismo del fanatismo marxista III: Investigaciones psicológicas en marxistas femeninas delincuentes», *Semana médica española: revista técnica y profesional de ciencias médicas*, n. 25, 1939, pp. 194 y ss.

59. MORSE, Stephen J., «Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note», *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 3, pp. 397 y ss. MAERO, Fabián, «Cuando las neurociencias engañan», en [http://www.psyciencia.com/2016/30/cuando-las-neuroimagenes-enganan-una-entrevista-investigador/?utm\\_content=bufferf72ab&utm\\_medium=social&utm\\_source=facebook.com&utm\\_campaign=buffer](http://www.psyciencia.com/2016/30/cuando-las-neuroimagenes-enganan-una-entrevista-investigador/?utm_content=bufferf72ab&utm_medium=social&utm_source=facebook.com&utm_campaign=buffer), 30-6-2016.

no, en virtud de las épocas, considera que unos y otros son positivos o negativos, y así se acepta o se condena la pena de muerte, por ejemplo, que no es más que un repugnante homicidio, o bien se llega a hablar, v.g. de «pío latrocinio» para justificar la acción del obispo Gelmírez al robar las reliquias de algunas iglesias de Braga en el siglo XI para traerlas a Santiago de Compostela.

Quiero decir con ello que es posible que algunos estudios neurocientíficos de la conducta estén siguiendo una pista falsa. La reincidencia en un comportamiento no siempre es patológica, y no siéndolo es difícil detectar esa tendencia en un cerebro, suponiendo que sea además una tendencia, y no una decisión puntual en función de las circunstancias. En esta materia, por tanto, todavía debe avanzarse mucho tanto desde el punto de vista filosófico como, por supuesto, desde el terreno neurocientífico.

Pero llegamos al tercer gran grupo de utilidades probatorias de la neurociencia, que es además probablemente el que más publicidad ha tenido entre el gran grupo: la detección de mentiras. Nuevamente, nos encontramos con una dificultad de raigambre filosófica: la mentira como hecho negativo, lo que puede condicionar —de hecho lo hace— el estudio sobre esta materia. Pero además nos encontramos en este punto con otro factor determinante: la creencia de que la mentira provoca reacciones físicas, o que al menos el esfuerzo cognitivo de mentir es superior que el de decir la verdad.

Habría que comenzar diciendo que la mayor parte de las veces que se miente se hace de manera inconsciente, porque el sujeto que no recuerda algo con precisión genera lo que se llaman falsos recuerdos<sup>60</sup>, que en realidad son mentiras de las que el sujeto ni siquiera es consciente, y por ello son indetectables a través de una prueba científica. No existe nada que pueda contrastarse para proceder a la localización del falso recuerdo. El cerebro los genera constantemente, y no los identifica como falsos recuerdos en absoluto. En consecuencia, no pueden generar ningún tipo de reacción física.

Tampoco es cierto que el esfuerzo cognitivo de mentir sea superior que el de decir la verdad<sup>61</sup>. Cuesta mucho más trabajo pronunciar una verdad amarga que urdir una mentira fácil que satisfaga a nuestro interlocutor. Nuevamente,

60. DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos. Sugestión y memoria*, Barcelona 1997.

61. BURGOON, Judee K., «When is Deceptive Message Production More Effortful than Truth-Telling? A Baker's Dozen of Moderators», *Front. Psychol.*, 24-12-2015. <http://journal.frontiersin.org/article/10.3389/fpsyg.2015.01965/full>. SPORER, Siegfried L., «Deception and Cognitive Load: Expanding Our Horizon with a Working Memory Model», *Front. Psychol.*, 7-4-2016. <http://journal.frontiersin.org/article/10.3389/fpsyg.2016.00420/full>. PARDO, «Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure», cit. pp. 312, 314. SCHLEIM, «Bildgebende Verfahren der Neurowissenschaften in der strafrechtlichen Ermittlungspraxis: Eine kritische Perspektive auf den Stand der Forschung», p. 387.

la fMRI, igual que en su día el absurdo polígrafo o detector de mentiras<sup>62</sup>, podrá detectar ese superior aumento de flujo sanguíneo o de presión arterial, o de frecuencia cardíaca. Pero media un trecho enorme de ahí a decir que esos factores estén relacionados con el hecho de mentir.

Pero a pesar de todo ello, inasequibles al desaliento se encuentran científicos centrados en encontrar la piedra filosofal de la detección de mentiras. Y en ese contexto se sitúan tanto la propia fMRI como la llamada prueba de la onda P-300.

Con respecto a la primera, sus defensores afirman poseer evidencias de que pueden averiguar la sinceridad de una persona con resultados que poseen un 100% de acierto<sup>63</sup>, lo que ya es rarísimo en ciencia. Pero es que, además, son legión los investigadores que ponen en cuestión estas conclusiones<sup>64</sup>. Como mucho, la fMRI puede detectar los estados emocionales asociados al hecho de mentir<sup>65</sup>, pero dado que cada persona es diferente y que, por tanto, no puede elaborarse un patrón seguro de reacciones a la acción de mentir y que, además, en todo caso, el investigador responsable del experimento siempre induce al sujeto a realizar la acción —en este caso mentir— y la misma no es espontánea, los resultados de la experimentación son difícilmente apreciables científicamente.

Lo mismo sucede con la onda P-300<sup>66</sup>, así llamada por ser una onda que se genera 300 milisegundos después de ser sometido el sujeto a un estímulo. Pese a que ha sido observada con gran atención en anhelo de su eficacia, no puede derivarse de la ocurrencia de una onda eléctrica del cerebro la realidad de que una persona esté diciendo lo contrario a lo que realmente recuerda, que es lo que realmente detectaría esta prueba. Es decir, que el sujeto, por ejemplo, dice no haber estado en un lugar o no reconocer a una persona, pero que en cambio mostrándole una imagen de ese lugar o de esa persona, la generación de la onda P-300 en su cerebro le delata. Ojalá pudiera ser así, pero lamentable-

---

62. National Research Council (Committee to Review the Scientific Evidence on the Polygraph), *The polygraph and lie detection*, 2003, pp. 212 y ss.

63. No Lie MRI (<http://www.noliemri.com/>) y Cephos (<http://www.cephoscorp.com/>).

64. Vid. KAHN, «Neuroscience, Sincerity and the Law», *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2/2015, p. 204. Cfr. HAKUN, J. G. / RUPAREL, K. / SEELIG, D. / BUSCH, E. / LOUGHEAD, J. W. / GUR, R. C. / LANGLEBEN, D. D., *Towards clinical trials of lie detection with fMRI*, *Social Neuroscience*, 2009, Vol. 4, 6, pp. 518 y ss. MORENO, «The Future of Neuroimaged Lie Detection and the Law», cit. p. 732. SCHLEIM, Stephan, «Bildgebende Verfahren der Neurowissenschaften in der strafrechtlichen Ermittlungspraxis: Eine kritische Perspektive auf den Stand der Forschung» en: Stephan Barton, Ralf Kölbel, Michael Lindemann (dir.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens*, p. 370.

65. GREELY, «Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain», cit. p. 180.

66. Sobre la misma, por todos, VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Madrid 2014. LIBANO BERISTAIN, Arantza, «Neurociencia y proceso penal», *Justicia* n. 2, 2015, pp. 246 y ss.

mente no parece ser de ese modo<sup>67</sup>. Además, en el mejor de los casos la prueba detectaría que el sujeto cree reconocer el lugar o la persona o incluso un objeto, pero no que lo reconozca realmente<sup>68</sup>.

Por tanto, parece que el fin de los interrogatorios tal y como hoy los conocemos tendrá que esperar. No existe todavía una máquina de la verdad que lea el cerebro de las personas. Y en caso de existir, habrá que estar muy pendientes de su uso judicial para que no vulnere de ninguna manera derechos fundamentales como el de defensa o el derecho a la intimidad, este último uno de los fundamentos más sensibles del Estado democrático, modelo en el que es la actividad estatal la que debe ser transparente y en ningún caso el cerebro de los ciudadanos.

#### 4. Un futuro probable: la inteligencia artificial (IA).

Se trata de la última frontera —por el momento— en materia probatoria<sup>69</sup>. Bajo estas palabras que suenan todavía algo misteriosas, se esconde algo nacido del genio sobre todo de Alan TURING<sup>70</sup> y que resulta fácil de explicar e incluso de entender. Gracias a las impresionantes capacidades de cálculo estadístico de la informática actual, nos es posible calcular la frecuencia de cualesquiera actos que sigan o parezcan seguir un patrón. De ese modo, puede preverse la ocurrencia de acontecimientos antes de que sucedan.

Con esa capacidad, una máquina puede aparentar «pensar» o comportarse como un ser humano en algunas situaciones, cada vez más, y potencialmente en muchas que ahora ni imaginamos y que involucran decisiones cotidianas e incluso emociones<sup>71</sup>. Ello abre la opción a una nueva sustitución de humanos por máquinas, en evolución de la primera acción histórica de estas características devenida a raíz de la Revolución Industrial.

Hasta el momento es conocido su uso en miles de aplicaciones informáticas que hacen la compra por nosotros, nos recomiendan un restaurante en el que cenar o nos presentan materiales con los que entretenernos de acuerdo con los que la máquina prevé que son nuestros gustos, o hacen diagnósticos médicos de acuerdo con la información que nosotros mismos hemos proporcionado a la herramienta de IA. No es que la IA «aprenda», sino que recopila los datos

---

67. GREELY, «Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain», cit. pp. 190-191.

68. GREELY, «Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain», cit. p. 190.

69. Nuevamente TARUFFO, M., «Judicial Decisions and Artificial Intelligence», cit. pp. 311 y ss.

70. TURING, Alan Mathison, «Computing machinery and intelligence», *Mind* 49, 1950, p. 433 y ss.

71. Lo explico en NIEVA FENOLL, *Inteligencia Artificial y proceso judicial*, Madrid 2018.

que se le van proporcionando, los transforma en parámetros y establece alternativas de decisión, escogiendo la que parece más probable en función de las decisiones previas que haya almacenado en el pasado. La operación que almacena los datos y contiene esa estructura decisional se denomina algoritmo<sup>72</sup>. Evidentemente, saber cómo funciona otorga el poder sobre la herramienta y permite alterar su capacidad ejecutiva a voluntad.

La IA se ha utilizado ya en muchísimos ámbitos, también en el proceso jurisdiccional, aunque ese uso ha podido pasar desapercibido. Primero fueron las aplicaciones informáticas que almacenaban y proponían modelos de formularios para concretas actuaciones judiciales reiterativas, pero seguidamente vinieron los buscadores de jurisprudencia, que ofreciéndoles una temática o algunas palabras clave, localizaban las sentencias que podían interesar al usuario, ahorrando horas y horas de búsqueda ímproba en la que siempre podían escaparse algunas sentencias relevantes.

Utilizando una técnica parecida, actualmente ya existen herramientas que permiten preparar una argumentación jurídica<sup>73</sup> poniendo un caso en contexto con los materiales legales y jurisprudenciales relacionados con el mismo, ayudando a estructurar la citada argumentación de un escrito judicial. WIGMORE CHARTS, QUESTMAP, ARGUMED o CATO<sup>74</sup> son las denominaciones de las muchas aplicaciones que ya existen para este fin, funcionando como se ha indicado. ROSS INTELLIGENCE propone informaciones sobre el supuesto del que se trate y sugiere incluso tasas de éxito de la defensa<sup>75</sup>.

También analizan las herramientas de IA la copiosa documentación de un caso, examinando en segundos una serie de contratos, por ejemplo, y detectando los posibles errores que contengan<sup>76</sup>, lo que es fundamental para el examen de la prueba documental. En el contexto de las investigaciones del proceso

72. Sobre el tema, MCCARTHY, John e. a., «A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955», *AI Magazine* vol. 27, n. 4, 2006, p. 12. <http://www.aaai.org/ojs/index.php/aimagazine/article/view/1904/1802>. GARCÍA SERRANO, Alberto, *Inteligencia Artificial. Fundamentos, práctica y aplicaciones*, Madrid 2016, pp. 2 y ss. Con una lectura procesal, vid. la obra pionera de COMOGGIO, Paolo, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino 2018, pp. 330 y ss.

73. ALARIE / NIBLETT / YOON, «Law in the future», cit. p. 3.

74. ALEVEN, V. / ASHLEY, K.D., «Evaluating a Learning Environment for Case-Based Argumentation Skills», *ICAIL*, 1997, pp. 170 y ss.

75. Vid otros programas similares en BEN-ARI / FRISH / LAZOVSKI / ELDAN / GREENBAUM, «Artificial Intelligence in the Practice of Law: An Analysis and Proof of Concept Experiment.» cit. pp. 32 y ss. También NISSAN, «Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement», cit. pp. 9, 13. MCGINNIS / PEARCE, «The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services», cit. p. 3052.

76. CHIN, Monica, «An AI just beat top lawyers at their own game», *Mashable* 26-2-2018, [https://mashable.com/2018/02/26/ai-beats-humans-at-contracts/?utm\\_campaign=Mash-BD-Synd-Flipboard-All-Full&utm\\_cid=Mash-BD-Synd-Flipboard-All-Full#sJuKuln1jkq4](https://mashable.com/2018/02/26/ai-beats-humans-at-contracts/?utm_campaign=Mash-BD-Synd-Flipboard-All-Full&utm_cid=Mash-BD-Synd-Flipboard-All-Full#sJuKuln1jkq4).

penal, existen también herramientas de IA que se dedican al llamado *Data Mining*, es decir, a la búsqueda de datos que permitan establecer escenarios posibles de un delito, guiando a los investigadores hacia los lugares donde sea más probable localizar elementos de convicción con una efectividad de hasta un 68% por ciento, superior a la que otorgan la imaginación, creatividad o experiencia de un ser humano<sup>77</sup>.

Y con esos datos, la IA también puede elaborar estrategias de acusación y defensa, elaborando historias creíbles en las que el acusado pueda ser culpable o inocente, según convenga a cada posición procesal. Las herramientas son STEVIE<sup>78</sup> o ECHO y PEIRCE-IGTT<sup>79</sup> o el programa ALIBI<sup>80</sup>.

Sin embargo, no todo son buenas noticias. Desde hace ya tiempo se está utilizando en EEUU una herramienta cuya misión es averiguar el ansiado pronóstico de reiteración delictiva, a los fines de decidir la imposición de medidas cautelares sobre una persona. Así nacieron *Level of Service Inventory-Revised* (LSI-R)<sup>81</sup>, FOTRES, OASIS, HCR-20<sup>82</sup>, SVR-20 y RSVP<sup>83</sup>, SARA<sup>84</sup>, ODARA<sup>85</sup> VRAG<sup>86</sup> STATIC-99<sup>87</sup> o RiscCanvi<sup>88</sup>, aunque la que ha recibido una mayor atención mediática —y no sin razón—, es la aplicación llamada COMPAS<sup>89</sup>.

---

77. ADDERLEY, R. / BOND, J. W. / TOWNSLEY, M., «Predicting Crime Scene Attendance.» *International Journal of Police Science & Management*, 2007, 9 (4), pp. 312 y ss.

78. NISSAN, «Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement», cit. p. 11.

79. NISSAN, «Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement», cit. p. 13.

80. NISSAN, E., «Legal Evidence, Police Intelligence, Crime Analysis or Detection, Forensic Testing, and Argumentation: An Overview of Computer Tools or Techniques», 17 *Int'l J.L. & Info. Tech.* 1, 2009, pp. 1 y ss.

81. GRAÑA, José Luis / ANDREU, José Manuel / SILVA, Teresa, «Evaluación de las propiedades psicométricas del LSI-R en una muestra penitenciaria», *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 14, 2014, pp. 7 y ss.

82. HILTERMAN, Antonio, *HCR-20. Guía para la valoración del riesgo de comportamientos violentos*, Barcelona 2005.

83. HART, S. *RSVP Protocolo para la valoración del riesgo de violencia sexual*, Barcelona 2016.

84. <http://criminal-justice.iresearchnet.com/forensic-psychology/spousal-assault-risk-assessment-sara/>

85. Ontario Domestic, Assault Risk Assessment. Para violencia de género. <http://grcounseling.com/wp-content/uploads/2016/08/domestic-violence-risk-assessment.pdf>

86. <http://criminal-justice.iresearchnet.com/forensic-psychology/violence-risk-appraisal-guide-vrag/>

87. Para delinquentes sexuales. [Http://www.static99.org/](http://www.static99.org/)

88. ANDRÉS-PUEYO, A. / ARBACH-LUCIONI, K. / REDONDO, S., «The RiscCanvi: A New Tool for Assessing Risk for Violence in Prison and Recidivism», en *Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*, Chichester 2018, p. 259.

89. Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions. NORTHPOINTE, *Practitioners Guide to COMPAS*, 17-8-2012.



COMPAS es una herramienta de IA de predicción de riesgo, igual que las otras citadas, que tiene en cuenta una serie de datos bastante variopintos<sup>90</sup> que pueden influir en el comportamiento de una persona, tales como los antecedentes del reo, ámbito social del mismo, nivel de estudios, situación laboral, situación emocional e incluso su ideología relacionada con el delito. Su creador<sup>91</sup> ha combinado todos estos datos en un algoritmo que no ha revelado, lo cual no ha impedido a los tribunales estadounidenses su uso, basado en una sentencia del Tribunal Supremo de Wisconsin que el Tribunal Supremo Federal se negó a revisar en un *certiorari*, lo cual ha dado de momento carta de naturaleza a su uso<sup>92</sup>, como suele suceder jurisprudencialmente en estos casos, a modo de un indicio más junto con otras pruebas, lo que ha propiciado su crítica<sup>93</sup>, sobre todo teniendo en cuenta que los tribunales, por comodidad, acostumbran a acabar valiéndose por defecto de la herramienta incurriendo en un automatismo inaceptable aunque probablemente inevitable, dado que llega un momento en que los jueces piensan que sus consideraciones no van a ser mejores que las de la máquina.

Y ello no es cierto, toda vez que investigaciones recientes han demostrado no solamente que COMPAS tenía un sesgo racista<sup>94</sup>, sino que además, sometidos los mismos casos a voluntarios que operaban al azar o por mera intuición, resultó que las personas presentaron una eficacia percentual de acierto ligeramente superior a la de COMPAS<sup>95</sup>, lo que debería obligar a replantearse muchas cosas en este terreno, entre ellas la principal: si no vulnera el derecho de defensa que los tribunales estén trabajando con una aplicación cuyo algoritmo se desconoce —la empresa creadora aduce derechos de autor para no publicarlo— y que, por tanto, es inimpugnable.

---

90. Vid. el cuestionario en el que se basa en <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE.html>, así como su manual de uso en

91. Northpointe, Inc.

92. *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

93. Sobre el caso, TASHEA, Jason, «Risk-Assessment Algorithms Challenged In Bail, Sentencing And Parole Decisions», *ABA Journal*, Marzo 2017, [http://www.abajournal.com/magazine/article/algorithm\\_bail\\_sentencing\\_parole](http://www.abajournal.com/magazine/article/algorithm_bail_sentencing_parole). THADANEY ISRANI, Ellora, «When An Algorithm Helps Send You To Prison», *The New York Times*, 26-10-2017, <https://www.nytimes.com/2017/10/26/opinion/algorithm-compas-sentencing-bias.html>

94. LARSON, Jeff / MATTU, Surya / KIRCHNER, Lauren / ANGIN, Julia, «How We Analyzed The Compas Recidivism Algorithm», *ProPublica*, 23-5-2016, <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>.

95. FARRELL, James, «Humans Beat Popular Algorithm For Spotting Potential Re-Offenders», *SILICONANGLE*, 17-1-2018, <https://siliconangle.com/blog/2018/01/17/popular-algorithm-used-spot-potential-reoffenders-sometimes-extend-prison-sentence-doesnt-work-according-researchers/>. PEARSON, Jordan, «Bail Algorithms Are As Accurate As Random People Doing An Online Survey», *Motherboard*, 17-1-2018, [https://motherboard.vice.com/en\\_us/article/paqwmv/bail-algorithms-compas-recidivism-are-as-accurate-as-people-doing-online-survey](https://motherboard.vice.com/en_us/article/paqwmv/bail-algorithms-compas-recidivism-are-as-accurate-as-people-doing-online-survey).

Todo lo anterior sirve claramente de inspiración para evaluar si la IA podrá suplir en un futuro a un juez en la valoración de la prueba. La pregunta parece claramente absurda, pero en realidad no lo es tanto si se considera que la apreciación de la prueba también está sometida a parámetros de conducta del juez. Es decir, no puede depender de la intuición u olfato del juez porque los mismos no son motivables, y cualquier manifestación del poder del Estado que no se motiva deviene arbitraria.

En consecuencia, deben analizarse las pautas de valoración de cada medio de prueba, y en este sentido se abre un enorme camino a recorrer en el futuro. Resulta que todos los medios de prueba están condicionados por una ciencia. Los interrogatorios por la psicología del testimonio, la prueba documental por la semiótica textual, la prueba pericial por la materia científica de que se trate en el dictamen, y por último el reconocimiento judicial habitualmente por una prueba pericial, que por tanto también se rige por una ciencia.

Todas esas ciencias ofrecen parámetros a sus usuarios, que precisamente al existir y ser aplicables de forma matizadamente sistemática, son aptos para ser objeto de un algoritmo con el que se construya una herramienta de IA.

La psicología del testimonio<sup>96</sup> ofrece unos porcentajes de acierto de la memoria en función del tiempo de exposición, la antigüedad del recuerdo, o bien las circunstancias situacionales<sup>97</sup> tales como el estrés del observador —a mayor estrés, peor memoria—, o bien la raza del atacante, dado que su cara se recuerda peor por el atacado si no es de su raza. O bien el consumo de alcohol y sustancias, la luminosidad de la observación, la distancia respecto al testigo y la situación observada, entre otras cuya interpretación se puede deducir intuitivamente, pero que lo importante es que están respaldadas por datos estadísticos realizados con una base científica completamente seria.

Y dado que ello es así, ya han surgido aplicaciones que almacenan en sus algoritmos estos datos, de manera que los utilizan de manera automática, como se procede a través del programa ADVOKATE<sup>98</sup>, aunque la eficacia que se predica del mismo siempre depende del fabricante, que anuncia unas tasas de éxito en

96. Vid. ampliamente MANZANERO, *Psicología del testimonio*, pp. 27 y ss.

97. Vid. DIGES / PÉREZ MATA, *La prueba de identificación desde la Psicología del testimonio*, en: AAVV, *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento: un análisis desde el Derecho procesal penal y la Psicología del testimonio*, Madrid 2014, pp. 36 y ss.

98. BROMBY, Michael C. / HALL, Maria Jean, «The Development and Rapid Evolution of the Knowledge Model of ADVOKATE: An Advisory System to Assess the Credibility of Eyewitness Testimony Article», January 2002, pp. 143 y ss, <https://www.researchgate.net/publication/228189761>, y [https://www.researchgate.net/figure/ADVOKATE-Witness-Compellability\\_fig3\\_228189761](https://www.researchgate.net/figure/ADVOKATE-Witness-Compellability_fig3_228189761).

torno al 70%, como ya vimos anteriormente, y que en todo caso serían superiores a las capacidades de acierto humanas, que estarían en el 40%<sup>99</sup>.

Lo mismo se podría hacer con algunos de los parámetros de valoración de la declaración. Tomando en consideración los más frecuentes en las motivaciones de las sentencias —coherencia, capacidad de contextualización del declarante, corroboraciones con otras pruebas y comentarios oportunistas del declarante<sup>100</sup>—, al menos la contextualización —la correspondencia de la declaración con el entorno situacional— y las corroboraciones sí pueden ser objeto de IA, porque pueden cruzar los datos que se vayan obteniendo del resto de medios de prueba. La coherencia, sin embargo, no es tan fácilmente compendiable, dado que todo ser humano tiene en su discurso un cierto nivel de incoherencia que la máquina podría confundir erróneamente con sistemáticas mentiras, igual que operan obsesivamente algunos abogados y fiscales señalando contradicciones estúpidas o de matiz entre la declaración realizada en la instrucción y la expresada en el juicio oral de un proceso penal, intentando de ese modo ofrecer una falsa imagen de incredibilidad del interrogado.

Y de igual modo sucede con los comentarios oportunistas, es decir, con el uso de la retórica en la declaración. Los mismos no son tan sistemáticos como a veces puede parecer, y ni siquiera revelan un embuste cuando el declarante dice, por ejemplo, que recuerda perfectamente un hecho y su autoría porque siempre ha tenido una gran memoria visual y jamás olvida una cara. Es obvio tanto que ese es un comentario oportunista como que el declarante es muy probable que tenga esa alta opinión de sí mismo, pero ello no quiere decir que esté mintiendo. Hay que valorar cuidadosamente el resto de su declaración, y esa labor es difícil que la haga una máquina, por complejo que sea su algoritmo. Hay que valorar todo el contexto de acuerdo con máximas de comportamiento social que pueden y deben ser motivables, pero que son difícilmente compendiables.

Lo que sí puede hacer bastante bien una herramienta de IA es detectar preguntas inapropiadas en un interrogatorio porque introduzcan información que se espera que sea asumida inadvertidamente por el declarante<sup>101</sup>. Son las preguntas que han solido ser conocidas como capciosas, sugestivas, etc,

---

99. A ADDERLEY, R. / BOND, J. W. / TOWNSLEY, M., «Predicting Crime Scene Attendance.» *International Journal of Police Science & Management*, 2007, 9 (4), pp. 320 y ss.

100. Basándose en las enseñanzas de la psicología del testimonio (MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit. pp. 201 y ss) propuse estos factores en NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, pp. 222 y ss. Vid. también CONTRERAS ROJAS, *La valoración de la prueba de interrogatorio*, cit. pp. 275 y ss.

101. MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit. p. 137. IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, Donostia 2000, p. 47.

pero que se reducen normalmente a lo dicho: a la introducción de información no deseada. Esas herramientas ya existen, imponiendo un estilo en su formulación. Basta intentar introducir un nuevo artículo en Wikipedia para comprobarlo.

De forma análoga se puede obrar con la prueba documental. La semiótica textual<sup>102</sup> también impone unos parámetros de valoración —la contextualización del documento y su modalidad— que pueden evaluar las intenciones y el contexto de un documento a partir del vocabulario y expresiones empleadas. Es cierto que en este terreno podrá irse avanzando, dado que los estilos de redacción de las personas son bastante sistemáticos, como han ido demostrando algunas aplicaciones, por ejemplo una bastante reciente que detecta denuncias falsas<sup>103</sup>. Pero la inteligencia de un documento es labor humana en cuanto a las intenciones últimas del autor del escrito, igual que sucedía con la interpretación de los comentarios oportunistas. Es decir, una máquina puede calificar la modalidad de un comentario averiguando así la intención de su autor en ese momento puntual —la burla, por ejemplo—, pero entender el contenido total del documento es algo bastante más complejo y se escapa, por ahora, de las posibilidades de una máquina, más allá de la detección de errores sistemáticos en un grupo de contratos, como antes se indicó<sup>104</sup>.

Por último, la IA sí puede valorar la concurrencia de los criterios Daubert con respecto a una prueba pericial, y bastante más rápidamente y con mayor precisión que un ser humano al poder tener la información global de las técnicas publicadas y su consenso científico, y hasta el grado de acierto atribuido en esas publicaciones. Pero lo que nos importa del dictamen es que el juez lo entienda, como ya se dijo anteriormente. En esa materia poco puede ayudar la IA, más allá de lo indicado. Igual que tampoco podrá valorar intrínsecamente el contenido de los peritos, salvo que se den por buenos los habituales parámetros —profundamente falseables— que tienen en cuenta las diversas agencias de acreditación universitarias<sup>105</sup>, habitualmente engañadas por abnegados burócratas expertos en maquillar su trayectoria profesional y científica.

102. Vid. de nuevo CASSANY, Daniel, *Tras las líneas*, cit., LOZANO, Jorge / PEÑA-MARÍN, Cristina / ABRIL, Gonzalo, *Análisis del discurso*, cit..

103. QUIJANO-SANCHEZ e. a., «Applying automatic text-based detection of deceptive language to police reports: Extracting behavioral patterns from a multi-step classification model to understand how we lie to the police», cit. pp. 155 y ss.

104. MCGINNIS, J.O. / PEARCE, R.G., «The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services», 82 *Fordham L. Rev.*, 2014, p. 3041.

105. Vid. en España la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (<http://www.aneca.es/Programas-de-evaluacion/Evaluacion-de-profesorado/ACADEMIA>). Con más flexibilidad, aunque también con criterios orientativos se desarrolla la misma misión en Italia a través de la Abilitazione Scientifica Nazionale (<http://abilitazione.miur.it/public/index.php>).

Queda por ver si la IA podría ayudar en la aplicación de estándares probatorios, asumiendo que estos existan o deban existir, cuestión sumamente controvertida. Es decir, estaría por ver si el «más allá de toda duda razonable» o la «probabilidad preponderante» podrían ser automatizados.

En este sentido, el pronóstico es pesimista, u optimista, según se mire. Si se cae en la tentación bayesiana, evidentemente la IA es perfecta para ese enfoque, que lo reduce todo a una probabilidad estadística. Pero si ello es descartado al carecer, como es bien sabido, de la problemática —pero imprescindible— *prior probability*, el inconveniente es que todo lo que se llaman estándares de prueba<sup>106</sup> se traducen en formulaciones valorativas que nos llevan a estimar que una hipótesis ha sido confirmada o refutada en cada caso concreto, lo que no parece que sea generalizable teniendo en cuenta la complejidad potencial de cualquier situación real<sup>107</sup>.

Sin embargo, teniendo en cuenta la existencia, antes reseñada, de programas de IA que son capaces de establecer hipótesis inculpatorias o exculpatorias plausibles, los mismos sí podrían ser útiles al perfilar los datos sobre los que se pretende aplicar el estándar, al generar las hipótesis alternativas a la principal, lo que ayuda sin duda a la utilización de estos estándares basados en la probabilidad inductiva. Otra cosa es la pretendida fiabilidad de esos estándares, en la que no confío particularmente al no ser posible que ofrezcan un umbral seguro de convicción<sup>108</sup>, dado que la gradación acostumbra a depender de una sensación de convicción difícilmente motivable, por más que pueda servir de orientación a la intuición judicial. Pero esa es otra cuestión ajena a este estudio.

## 5. Conclusiones

1. La prueba científica ha conocido un importante auge en los últimos decenios, lo que ha permitido comprender mejor algunos de los hechos más difícilmente averiguables de un proceso.
2. Con todo, sigue pendiente el problema de la incomprensión de los jueces por la esencia de los dictámenes periciales, cuestión que los criterios Daubert sólo ayudan a resolver mínimamente.

106. También los seis claramente expuestos por FERRER BELTRÁN, Jordi, «Prolegomena to a theory on standards of proof. The test case for State liability for wrongful pre-trial detention», en prensa, 2018, pp. 19-20.

107. TARUFFO, M., «Judicial Decisions and Artificial Intelligence», cit. p. 311.

108. Cfr. TARUFFO, M., «Judicial Decisions and Artificial Intelligence», cit. pp. 315, 317 y 320.

3. La neurociencia ha supuesto un avance relevante —aunque limitado— en materia de explicación y predicción del comportamiento de los reos en el proceso penal. Con todo, sus conclusiones son todavía demasiado provisionales desde el punto de vista científico.
4. En materia de detección de mentiras, los métodos desarrollados hasta ahora —fMRI y onda P-300 sobre todo— no presentan evidencia científica que permita concluir, por el momento, su validez.
5. La inteligencia artificial va a cambiar muchos aspectos de la tramitación del proceso, de la argumentación de los escritos judiciales y de la elaboración de estrategias probatorias, de manera que esas actividades pueden llegar a optimizarse hasta un punto nunca visto anteriormente.
6. También va a ayudar la IA en la valoración de la prueba. Algunos de sus parámetros son bastante sistemáticos, por lo que son aptos para la generación de una herramienta de IA, aunque con fuertes limitaciones en cuanto a la apreciación conjunta de todo el material probatorio.



# Proof, Probability, and Statistics: The Dangers of «Delusive Exactness»\*

---

Susan Haack

*[I]t is the mark of an educated mind to expect that amount of exactness ... which the nature of the subject admits. —Aristotle.<sup>1</sup>*

*Delusive exactness is a source of fallacy throughout the law. —Oliver Wendell Holmes (1917)<sup>2</sup>*

## 1. Opening Remarks

Just as I began thinking about a topic for this paper, an article in the *Wall Street Journal* announced that workplace sexual harassment «is highly prevalent»: 51% of women surveyed, and 12% of men, the article continued, say they have been victims of such harassment; 51% of women, and 38% of men, say they have witnessed it.<sup>3</sup> That certainly sounded alarming. But then I began to wonder: What were those surveyed in the study cited told about what constitutes sexual harassment? How were those surveyed selected? How many of those surveyed responded? How many of the respondents were women, and how many men? Would those who had been harassed be more likely to respond than those who hadn't? How likely is it that someone would claim to have been harassed when they hadn't been, or that they would deny having been harassed when they had? And so on. What, in short, did those alarming-sounding statistics really *mean*?

---

\* © 2018 Susan Haack. All rights reserved.

1. ARISTOTLE, *Nicomachean ethics*, trans. Rackham, A., Cambridge, Mass., 1926, I. iii, p. 4.

2. *Truax v. Corrigan* 257 U.S. 312, 342 (1917) (Holmes, J., dissenting).

3. LUBLIN, J. S., «When #MeToo at work becomes catch-22,» *Wall Street Journal*, January 5, 2018, pp. B1, B7, B1 (*citing* a survey by the American Management Association of 3,247 executives, managers, and professionals, December 2017). Of course, the source raises the further question, how indicative the experience of «executives, managers, and professionals» is of the experience of other workers.



Don't worry—I'm not going to be talking about sexual harassment! My concern here, as my title signals, will be the role of probabilistic and statistical evidence in legal proof; and my focus, as my sub-title signals, will be the danger that the apparent exactness of such evidence may be «delusive.» To be sure, statistical evidence is precise, «definite and exact in statement»; but it isn't necessarily accurate, doesn't necessarily «conform[] exactly with the truth»; nor is it necessarily exact, «accurate in detail, strict, rigorous,»<sup>4</sup> or «objective,» if that means «free of any element of subjective interpretation.» And neither is it necessarily reliable, in the legal sense the U.S. Supreme Court gave this term in *Daubert*:<sup>5</sup> trustworthy, showing what it purports to show. And even when it *is* accurate, exact, objective, and legally-reliable, it may nevertheless be seriously misleading.

So, if you'd been wondering why I opened a paper supposedly on «future directions» in scientific testimony with a quotation from Aristotle and an observation from a hundred-year old U.S. Supreme Court ruling, I hope you now see the reason: my argument will be that the hankering for exactness where no exactness is possible that Holmes identified as «a source of fallacy throughout the law» *still* impedes us; and, specifically, that it gets in the way of a clear understanding of the proper role of probabilistic and statistical evidence—such as testimony of random-match DNA probabilities in criminal cases, or epidemiological testimony of increased risk in toxic-tort cases—in legal proof of questions of fact. As a result, the law sometimes asks more of statistics than statistics *can* give, and sometimes gets less from statistics than statistics *could* give.

Of course, substantive law must sometimes impose a sharp line on what is really a continuum: between juveniles and adults,<sup>6</sup> for example, between the mentally normal and the retarded,<sup>7</sup> or between a genuinely religious objection to military service and an objection based on personal philosophy.<sup>8</sup> In such instances, the issues are primarily practical—how to draw an admittedly artificial line so as to

---

4. The quotation marks indicate that I am citing definitions given in the Oxford English Dictionary online for «precise,» «accurate,» and «exact.» See Precise, *Oxford English Dictionary*, <http://www.oed.com/view/Entry/149661?rskey=xghr9B&result=2&isAdvanced=false#eid> (last visited 7 May 2018); Accurate, *Oxford English Dictionary*, <http://www.oed.com/view/Entry/12837redirectedFrom=accurate#eid> (last visited 7 May 2018); Exact, *Oxford English Dictionary*, <http://www.oed.com/view/Entry/65514?rskey=vglvX&result=1&isAdvanced=false#eid> (last visited 7 May 2018).

5. *Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 509 U.S. 579, 590 n.9 (1993).

6. See, e.g., COHEN, A. O., et al., «When does a juvenile become an adult? Implications for law and policy,» *Temple Law Review*, vol. 88 (2016), pp. 769-88 (surveying the various ages specified in different legal contexts as the point at which a juvenile becomes an adult, and summarizing recent scientific work on the maturation of the human brain).

7. See, e.g., *Hall v. Florida*, 572 U.S. \_\_\_, 134 S. Ct. 1986, 200-2001 (2014) (*holding* that a Florida statute foreclosing any further evidence of a defendant's mental disability if he or she scores above 70 on an IQ test is unconstitutional as applied).

8. See, e.g., *Fraina v. United States*, 255 F. 28 (2nd Cir. 1918) (distinguishing a genuinely religious objection to war from one based on «idealism»); *but compare* *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965) (adopting a much broader conception of religion).

create the fewest undesirable consequences. But with the statistical evidence on which the law must sometimes call, which will be my focus here, the issues are primarily epistemological—how to get the best out of such evidence. And so, as the saying goes, I have good news and I have bad news.

The good news: my theme, «proof, probability and statistics,» encompasses both questions of epistemology and questions of evidentiary procedure; moreover, it is relevant to questions of proof in both criminal and civil cases. The bad news: there won't be any exciting stuff about, for example, the (now not-so-recent) developments in fMRI neuro-imaging techniques, potentially helpful to a criminal-defense attorney hoping to convince a jury that his client wasn't fully responsible for his actions;<sup>9</sup> or about the (much more recent) advances in DNA analysis capable of distinguishing one monozygotic twin from the other, potentially helpful to a prosecutor in those rare cases where it's otherwise impossible to establish which twin is guilty.<sup>10</sup> Nor will there be anything about the 2013 return of Bendectin, the drug at issue in *Daubert*, to the U.S. market,<sup>11</sup> or the ongoing, now years-long uncertainty in Florida about whether we have, or haven't, switched from *Frye* to *Daubert*.<sup>12</sup> Moreover, my illustrations will, inevitably, have to be drawn from common-law jurisdictions, primarily from the U.S.

And, because my argument here will focus on the place of probabilistic and statistical evidence in legal proof, I will mention only in passing such philosophical issues as the relation of factual truth to substantive justice and the problems with the *soi-disant* «rationalist conception of proof,»<sup>13</sup> and such legal

9. See, e.g., MURPHY, E. R., «Through a scanner darkly: the use of fMRI as evidence of *mens rea*,» *Journal of Law and Health*, vol. 22, 2009, pp. 319-41; SPENCER COMPTON, E., «Not guilty by reason of neuroimaging: the need for cautionary jury instructions for neuroscience evidence in criminal trials,» *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, vol. 12, 2010, pp. 333-55. On fMRI (functional magnetic resonance imaging) scans as a means of lie-detection, see BEECHER-MONAS, E. & E. Garcia-Rill, «Overselling images: fMRI and the search for truth,» *John Marshall Law Review*, vol. 48, 2015, pp. 651-92.

10. WEBER-LEHMANN, J., et al., «Finding the needle in the haystack: differentiating 'identical' twins in paternity testing and forensics by ultra-deep next generation sequencing,» *Forensic Science International: Genetics*, vol. 9, 2014, pp. 42-45. Prosecutors who used the results of such a test to prove that it was Dwayne and not Dwight McNair who was responsible for a sexual assault now face a *Daubert* challenge to their admissibility. PHELAN, N., «Don't look at me: my twin did it!» *JHTL: Journal of High Technology Law Blog*, May 8, 2017, <https://sites.suffolk.edu/jhtl/2017/05/08/dont-look-at-me-my-twin-did-it/>.

11. Or rather, of a chemically-identical drug, now called «Diclegis,» made by a Canadian company, Duchesnay Inc. See DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, Food and Drug Administration NDA Approval Letter, 8 April 2013. Ironically—given that the Bendectin litigation was all about the safety of the drug—questions are now being raised about its efficacy. HOWARD, J., «Morning Sickness Drug's Efficacy Called into Question,» *CNN*, 4 January 2017, <https://www.cnn.com/2017/01/04/health/diclegis-morning-sickness-drug-fda/index.html> (last visited 7 May 2018).

12. In 2013 the Florida legislature voted to adopt *Daubert*, and the governor signed the bill. However, the Florida Constitution gives the final word on procedural changes to the state Supreme Court; and thus far it has declined to endorse the change.

13. HAACK, S., «La justicia, la verdad y la prueba: no tan simples, después de todo,» *Debatiendo con taruffo*, eds. J. Ferrer Beltrán & C. Vazquez, Madrid, 2016, pp. 311-36.

issues as the history, and the effects, of the *Daubert* trilogy<sup>14</sup> (the U.S. Supreme Court's series of cases on the standard of admissibility of expert testimony), or its *Melendez Diaz* trilogy (applying the confrontation clause of the U.S. Constitution to the presentation of forensic testimony at trial).<sup>15</sup>

My main theme is simple: that probabilistic and statistical evidence—whether it be evidence of the probability that the match between DNA from the crime scene and DNA from the defendant is purely a matter of chance, or evidence of the risk of developing lung cancer among those exposed to PCBs<sup>16</sup> relative to the risk among those not so exposed or, etc.—is, as the Supreme Court of New Jersey once put it, «one piece of evidence, among others.»<sup>17</sup> It must be evaluated in the same way as any other evidence, and in the context of the entirety of the evidence presented in a case. Statistics can't be assumed to be unimpeachable simply because they are expressed in precise numerical terms, nor can they serve as proxy for the degree of proof that the defendant is guilty, that exposure to the defendant's product is responsible for the plaintiff's cancer or, etc.

The fact-finder in a common-law trial is asked to determine whether the admissible evidence presented by the party with the burden of proof meets the relevant standard of proof. This is an epistemological task. So I begin (§2) with questions of legal epistemology: «How should we understand legal degrees of proof—what are they degrees of?» «What determines whether the evidence presented meets the required degree of proof?» «Is the mathematical calculus of probabilities helpful in understanding such questions?» Next, I turn specifically to the kinds of probabilistic and statistical evidence often offered in court: focusing, on the criminal side, on evidence of random-match DNA probabilities and, on the civil side, on evidence of epidemiological statistics in toxic-tort cases (§3). Then it will be time to emphasize that I'm not suggesting that there's anything wrong with statistical evidence, or with mathematical probabilities, as such; only that the ways they are used, and sometimes misused, in legal proof-procedure can create real difficulties (§4).

---

14. *Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 508 U.S. 579 (1993); *G. E. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997); *Kumho Tire v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999). See also HAACK, S., «Trial and Error: Two Confusions in *Daubert*» (2005), in *Evidence matters: science, truth and proof in the law*, New York, 2014, pp. 104-21; «Federal philosophy of science: a deconstruction—and a reconstruction» (2010), *Evidence Matters*, pp. 122-55.

15. *Melendez Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305 (2009); *Bullcoming v. New Mexico*, 564 U.S. 647 (2010); *Williams v. Illinois*, 567 U.S. 50 (2012). See also HAACK, S., «The expert witness: lessons from the U.S. experience,» *Humana Mente*, vol. 28, 2015, pp. 349-70.

16. Polychlorinated biphenyls, a large class of man-made chemicals, now known to be carcinogenic. These were the toxins at issue in *Joiner*, the second case in the *Daubert* trilogy.

17. *Landrigan v. Celotex Corp.*, 605 A.2d 1079, 1087 (N.J. 1992) (quoting an argument by defense counsel in the case).

## 2. The Epistemological Backdrop

The first step is to disentangle two issues only too easily, only too often, and only too disastrously confused: the role of probabilistic and statistical evidence in legal contexts, and the place of the mathematical theory of probability in understanding the legal concept of proof.

The confusion stems from running together two very different notions of probability. As Ian Hacking points out, «throughout its history the concept of probability has [had] two aspects»: it has connections both, on the one hand, with the epistemological notion of the degree of belief warranted by evidence and, on the other, with the statistical notion of a «tendency ... to produce stable relative frequencies.<sup>18</sup> In the first use—when we speak of how probable it is, given this or that evidence, that a claim is true—“probable» applies to the proposition as a whole; in its second use—when we speak, for example, of its being  $n\%$  probable that a 60-year old man will die in the next year—“probable» is part of the proposition itself. The *Oxford English Dictionary* takes the epistemological sense to be primary: «may in view of present evidence be reasonably expected to happen or be the case»;<sup>19</sup> so does *Merriam Webster's*: «supported by evidence strong enough to establish presumption but not proof.»<sup>20</sup>

The second use of «probable,» the one related to the tendency to produce stable relative frequencies, is the characteristic idiom of gamblers, statisticians, and actuaries; and it is this idiom that is regimented by the mathematical calculus of probabilities. Some, however, hope *also* to use this calculus to quantify the quality of evidence—probabilities in the first, epistemological sense. Often such theorists rely on Bayes's theorem,<sup>21</sup> an uncontroversial bit of mathematics routinely used to calculate inverse probability, the probability of A given B (the «posterior probability»), from the probability of B given A, and the probability of B given not-A (the «prior probabilities»). Some Bayesians re-interpret this theorem as an epistemological tool, a way of «updating» judgments of warrant in the light of «new» evidence.<sup>22</sup> And some, the subjective

18. HACKING, I. M., *The emergence of probability*, Cambridge, 1975, p. 1.

19. Probable, *Oxford English Dictionary*, <http://www.oed.com/view/Entry/151692?redirectedFrom=probable#eid> (last visited 7 May 2018).

20. Probable, *Merriam Webster's New Collegiate Dictionary*, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/probable> (last visited 7 May 2018).

21. Named after the Rev. Thomas Bayes, who proved it. For the history, see SCHUM, D., *Evidential foundations of probabilistic reasoning*, New York, 1994, pp. 48-49.

22. I put «updating» and «new» in scare quotes because this now-common usage, while it vaguely reflects statisticians' use of the terms «prior» and «posterior» probabilities, has nothing to do with the time at which evidence is discovered or presented.

Bayesians, simply identify probabilities with degrees of belief and reconstrue Bayes's theorem to constitute, in effect, a theory of the requirements for degrees of belief to be rational.

On the face of it, the idea that legal degrees of proofs are relative frequencies is bizarre. Legal degrees of proof look to be epistemological likelihoods, representing the degree to which evidence warrants a conclusion, rather than mathematical probabilities, representing relative frequencies. Nevertheless, legal probabilism—the idea that legal degrees of proof can be equated with mathematical probabilities and hence calculated mathematically—has a long history; and many, apparently, still find it attractive.<sup>23</sup> After all, it seems to offer a seductively simple and precise way of dealing with the complexities of the masses of evidence offered in legal cases; and perhaps also—or so some proponents suggest—a particularly simple and straightforward way to accommodate probabilistic and statistical evidence.<sup>24</sup> Moreover, the standard of proof in most civil cases, «preponderance of the evidence,» is sometimes expressed in terms of the plaintiff's being required to present sufficient evidence to make his side of the case «more probable than not,» which some take to mean «more than 50% probable»; and this in turn encourages the idea that we could construe «beyond a reasonable doubt,» analogously, as requiring a much higher mathematical probability (though how much higher—75%? 90%? 95%? 99%?—is unclear).<sup>25</sup>

Like Jonathan Cohen and many others,<sup>26</sup> however—though for rather different reasons—I think legal probabilism is misbegotten, born of an equivocation on two senses of «probable» and «likely,» a statistical and an epistemological.<sup>27</sup> So I'm with Richard von Mises, who wrote in 1908 that the mathematical calculus

23. According to Hacking, for example, Leibniz described the calculus of probabilities as «natural jurisprudence,» and George Boole hoped to apply it to the «estimation of the probability of judgments.» HACKING, *The emergence of probability*, pp. 86-87. More recently, the idea has found support among proponents of the «New Evidence Scholarship»; see, e.g., KAPLAN, J., «Decision theory and the fact finding process,» *Stanford Law Review*, vol. 20, 1968, pp. 1065-92; LEMPERT, R., «The new evidence scholarship: analyzing the process of proof,» *Probability and inference in the law of evidence: uses and limits of Bayesianism*, eds. P. Tillers & E. Green, pp. 62-102; PARK, R. & M. Saks, «Evidence scholarship reconsidered: results of the interdisciplinary turn,» *Boston College Law Review*, vol. 47, 2006, pp. 949-1031.

24. See, e.g., FINKELSTEIN, M. O. & W. B. Fairley, «A Bayesian approach to identification evidence,» *Harvard Law Review*, vol. 83, 1970, pp. 489-517.

25. According to POSNER, R. *Frontiers in legal theory*, Massachusetts, 2001, p. 361, judges' estimates of what probability «beyond a reasonable doubt» represents range between 75% and 95%.

26. COHEN, L. J., *The provable and the probable*, Oxford, 1977. See also TRIBE, L., «Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process,» *Harvard Law Review* vol. 84(6), 1971, pp. 1319-1393; JAFFEE, L. R., «Of probability and probability: statistics, scientific evidence, and the calculation of chances at trial,» *University of Pittsburgh Law Review* vol. 46, 1985, pp. 925-1089; ALLEN, R. J., «A reconceptualization of civil trials» (1986), *Probability and inference in the law of evidence*, eds. P. Tillers & E. D. Green, Dordrecht, 1988, pp. 20-60.

27. HAACK, S., «Legal probabilism: an epistemological dissent,» HAACK, *Evidence Matters*, 47-77. Previously published in Spanish, «El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica,» *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*, ed. C. Vazquez, Barcelona, 2013, pp. 65-98.

of probabilities has nothing to do with such questions as ‘Is there a probability of Germany being at some time in the future at war with Liberia?’<sup>28</sup> and Thomas Starkie, who wrote in 1842 that the idea that we could assign numbers to legal degrees of proof is «visionary and chimerical.»<sup>29</sup> Why so?—well, there are many reasons;<sup>30</sup> but perhaps the simplest is that in the epistemological realm of warrant and proof we don’t, and can’t, have relative frequencies of the kind the mathematical calculus of probabilities represents.

Significantly, legal probabilists usually just *assume* that degrees of proof can be assigned numbers; but on the rare occasions when they try to tell us what their numbers mean, they lapse into near-unintelligibility. Subjective probabilists Finkelstein and Fairley, for example, write that the number representing the probability that the defendant is guilty is to be understood as «the relative frequency of guilt over cases [presumably, possible but not necessarily actual cases] judged to be similar in the degree of belief they engender.»<sup>31</sup> The objectivist analogue, «the relative frequency of guilt over [possible but not necessarily actual] cases in which the evidence is similar,» is no better. Even if you let the reference to possible-but-not-necessarily-actual cases pass, once you realize that «similar» must mean «*epistemologically* evidence» you know you’ve been had. Moreover, because it assimilates degrees of epistemic warrant to statistical probabilities, legal probabilism creates especially dangerous confusions in the handling of real statistical evidence.

Given the difficulties besetting legal probabilism, the natural way to tackle the present issue—how the weight of the statistical evidence often presented in legal cases is to be evaluated—is from a more traditionally epistemological perspective, construing legal degrees of proof as *the degrees to which the admissible evidence presented warrants a factual claim at issue in a case*. And what determines how well evidence warrants a claim? My conception—transcending those old controversies about whether evidence should be treated atomistically, piece by piece, or holistically, in its entirety—is a kind of articulated holism. Evidence forms, not a chain, but a cable;<sup>32</sup> and legal proof is not linear, like mathematical proof, but multi-dimensional, like a crossword puzzle.<sup>33</sup>

28. VON MISES, R., *Probability, statistics, and truth*, London, 2nd revised English edition, 1957 (1928), p. 9.

29. STARKIE, T., *A Practical Treatise of the Law of Evidence*, Philadelphia, 7th edition, 1842 (1824), vol. 1, p. 579.

30. For the full battery of my arguments, see generally HAACK, S., «Legal probabilism: an epistemological dissent.»

31. FINKELSTEIN & Fairley, «A Bayesian approach to identification evidence,» p. 524.

32. PEIRCE, C.S., *Collected papers*, eds. C. Hartshorne, P. Weiss, & (volumes 7 and 8), A. Burks, Cambridge, Mass. 1931-58, 5.265 (1868). See also HAACK, S., «From the chain to the cable: Peirce’s theory of inquiry through his metaphors,» *Metatheoria* (forthcoming).

33. See, e.g., HAACK, S., *Evidence and inquiry*, 2nd expanded edition, Amherst, NY, 2009 (1993), chapters 1 and 4; «A founderherentist theory of empirical justification,» *Epistemology: an anthology*, eds. E. Sosa & J. Kim, Oxford, 2000, pp. 226-36; *Defending science—within reason: between scientism and cynicism*, Amherst, NY, 2003, chapter 3.

The evidence in a case ramifies, as the entries in a crossword do, and must be appraised *both* piece by piece, *and* as a whole. How reasonable a crossword entry is depends on how well it fits with the clue and any intersecting completed entries; how reasonable those other entries are, independently of the one at issue; and how much of the crossword has been completed. Similarly, how well a body of evidence warrants a claim depends on how well it supports the claim—its degree of *supportiveness*; how secure it is, independently of the claim it is brought to support—its degree of *independent security*;<sup>34</sup> and how much of the relevant evidence it includes—its degree of *comprehensiveness*.

Whether a piece of evidence is supportive with respect to a claim, is negative, or is irrelevant, depends on whether and if so how much that evidence contributes, positively or negatively, to what I call the «explanatory integration» of the claim with the body of evidence as a whole. Because real explanation requires reference to kinds of thing and laws of nature, supportiveness, and hence relevance, depends on facts about the world. Whether a person writes his *gs* with a big loop, for example, is relevant to whether he is trustworthy only if character can, as graphology claims, be discovered by studying a person's handwriting; whether the effects of this drug on mice are relevant to its likely effects on human beings depends on whether mice and humans are physiologically similar in the relevant respects; and so on.

Evaluating statistical evidence as part of a body of evidence requires us to ask the same questions we would ask about any evidence. (i) How solid are the statistics offered in themselves?—how well, for example, were any relevant studies designed, and how well were they executed? (ii) What does the statistical evidence contribute to the warrant of the factual claim at issue in the context of the body of evidence as a whole? (iii) How much of the relevant evidence does the evidence presented include—what potentially pertinent information is missing? As we'll soon see, while legal probabilism may *seem* to make this task a simple matter of calculation, it turns out, when you look closely, to make it not easier, but downright impossible.

### 3. The Legal Foreground

Like Lawrence Tribe in his celebrated paper, «Trial by Mathematics,» I begin with *People v. Collins*,<sup>35</sup> an otherwise routine purse-snatching case that has

---

34. Of course, the more secure a piece of evidence is, the more it increases the warrant of a claim it supports, but the less secure it is, the less it does so.

35. *People v. Collins*, 438 P.2d 33 (1968).

become a staple of U.S. evidence-law scholarship because of the remarkable role probabilistic testimony played at trial. An old lady was knocked down in an alley, and her purse stolen. The victim described the robber as a young woman with dark blond hair in a pony-tail; the other eyewitness, a passer-by, said he heard crying and screaming from the alley and then saw such a woman run out and jump into a yellow car driven off by a black man with a moustache and a beard. But the testimony of both these eyewitnesses was somewhat shaky, and the Collinses fit their descriptions only approximately. So the prosecutor tried to bolster his case by introducing as expert witness a college mathematics instructor who testified to the «product rule» —that the probability of the joint occurrence of a number of statistically independent events is the product of their individual probabilities.

Asked by the prosecutor to assume «for illustrative purposes» that the probability of a car's being a least partly yellow is 1 in 10, of a man's having a moustache 1 in 4, of a girl's having a pony-tail 1 in 10, of a girl's having blond hair 1 in 3, and of a negro man's having a beard 1 in 10, and that the probability of there being an interracial couple together in a car is 1 in 1,000, this expert then testified that the product rule implied that the odds against there being another couple matching all these descriptions were 1 in 12 million. This, the prosecutor told the jury, amounted to «mathematical proof» of Janet and Malcolm Collins's guilt; the implication being that the probability that the Collinses were not guilty was one in 12 million. The jury was apparently convinced: the Collinses were convicted.

But when we ask the three questions we must always ask about evidence—how solid is it in itself? What does it contribute to the weight of the evidence as a whole? What relevant evidence is missing?—we see that the prosecutor's «mathematical proof» was nothing of the kind. So far from being solid, the expert's figures had *no* factual basis: the probabilities he multiplied to arrive at the startling figure of 1 in 12 million were avowedly *invented*, for illustrative purposes. Moreover, no argument was offered to show that these invented probabilities were, as assumed, independent of each other. And in any case, the contribution of this testimony to establishing the Collinses' guilt was much less than the prosecution claimed; even if these made-up figures *had* been well-founded, they would hardly have amounted to proof that the Collinses were the perpetrators. Indeed—as the defense attorney pointed out in objection, but to no avail—these figures weren't so much as relevant to the case unless the eyewitnesses' descriptions of the perpetrators were correct.<sup>36</sup> In fact, both witnesses were hesitant—the victim thought the assailant's hair

---

36. The defense objection to this effect was overruled temporarily, and never revisited. Collins at 37.



might have been lighter than Janet Collins's, and while the other eyewitness identified Malcolm Collins at trial, at an earlier police line-up he had been unsure of the identification.

And even if the figure of 12 million to one had been real, not invented, and even if the eyewitness testimony had been strong, not wobbly, the inference that the probability that the Collinses were not the perpetrators was one in 12 million was obviously unjustified<sup>37</sup>—and would have been even if assigning numbers to degrees of proof made sense. The Collinses might, after all, have had solid proof that they bought their yellow car only after the robbery, or there might have been evidence that the robbers weren't local, or...., etc.—and many relevant questions went unasked.

Janet served her time; but Malcolm—who had a criminal record, and so faced a stiffer sentence—appealed. Eventually, the Supreme Court of California reversed his conviction and granted a new trial.<sup>38</sup> The prosecution's so-called «mathematical proof,» Justice Sullivan wrote, had «inadequate evidentiary foundation and ... inadequate proof of statistical independence.»<sup>39</sup> Mathematics, he continued, «a veritable sorcerer in our computerized society, while assisting the trier of fact in his search for truth, must not cast a spell over him.» This kind of «trial by mathematics,» he concluded, constituted a miscarriage of justice.<sup>40</sup>

Well, sure, you may be thinking; but that was fifty years ago. By now, we know better—no one today would be convinced by the kind of mathematical sleight of hand the prosecutor in *Collins* got away with. Maybe not. Still, fact-finders' (and others') tendency to gullibility and confusion in the face of «mathematical sorcery» continues; in fact, when the mathematics gets more sophisticated, the confusions can get worse. For example, just *because* DNA analysis, the «gold standard» of forensic identification techniques, is biologically so well-founded and yields such precise and often startlingly low random-match probabilities, DNA testimony can blind fact-finders to the possible flaws in DNA work, and confuse their assessment of the weight of other relevant evidence.

For example, like the jury in *Collins*, the jury in the 1995 trial of Denis Adams for rape—a leading U.K. case on DNA testimony—seems to have been misled by

---

37. As we will see later (and as the Supreme Court of California struggled to explain in an appendix to their ruling), it fails to take account of the size of the pool of potential suspects.

38. There never was a new trial, however, because the prosecutor was unable to get the witnesses together a second time.

39. Collins at 38.

40. Collins at 41 (perhaps you are struck, as I am, by the judge's reference to «our computerized society» —in 1968!).

mathematical-probabilistic arguments. But in this instance, ironically, the source of the trouble was the strategy adopted by the defense—presumably because the prosecution’s case rested *entirely* on expert testimony that the probability that the match between Adams’s DNA and DNA from the victim’s rape kit was random was 1 in 297 million, rounded down «in the interests of conservatism» to 1 in 200 million.<sup>41</sup> All the *other* evidence pointed to Adams’s innocence—e.g., he had an alibi witness, and he didn’t resemble the victim’s description of her attacker.<sup>42</sup> Moreover, as the defense pointed out, the DNA evidence was questionable: the database was small; the prosecution expert had «touched up» the result by drawing in faint bands in ink; the figure of 1 in 200 million was really the probability that the DNA was not from the defendant *or some male related to him*, and there was a 1 in 220 chance that the defendant’s brother’s DNA would also match.<sup>43</sup>

Most unwisely, however, in an ill-conceived attempt to prevent jurors’ being over-impressed by the DNA testimony and persuade them to give appropriate weight to the other, exculpatory evidence, the defense tried to force all the evidence into the same statistical mold as the DNA identification testimony, and relied on an elaborate Bayesian chain of argument to assess its weight. A statistician testified for the defense that the jury could deal with the whole case in statistical terms;<sup>44</sup> indeed, he said, the *only* logically correct way to reason with uncertainties was to use Bayes’s theorem—with the help of which, after answering a few simple questions, they could easily calculate the probability that Adams was guilty.

The victim had said her attacker spoke with a local accent.<sup>45</sup> So the defense expert began by asking the jury to decide what the odds were that the rapist was a local man. Supposing «for illustrative purposes,» that it was 75%; then, given that the male population of the area where the rape occurred was 150,000, the odds that Adams was the rapist would be 1 in 200,000. Then the expert began his Bayesian excursus. What were the odds that Adams would not match the victim’s description of the rapist if he was innocent, and what were the odds that he would not match her description if he was guilty? Supposing, again «for illustrative purposes,» that the figures were 90% and 10% respectively, then (given the initial figure of 1 in 200,000), by applying Bayes’s theorem we would arrive at odds of 1 in 1.8 million that Adams was guilty. What were the odds that

---

41. R. v. Adams [1996] 2 Crim. App. 467, 468 (Eng.).

42. *Id.*

43. Transcript of Judgment at 3, R. v. Adams [1996] 2 Crim. App. 467 (Eng.) (No. 95/1169/25), available at <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2006/222.html> (last visited 7 May 2018).

44. *Id.*

45. *Id.*

Adams could produce an alibi witness if he was innocent, and what were the odds that he could if he was guilty? Supposing —again «for illustrative purposes»— that the figures were 50% and 25% respectively, another application of Bayes's theorem would reduce the odds that Adams was guilty to 1 in 3,600,000. What, finally, were the odds that DNA from the victim would match Adams's DNA if he was innocent, and what were the odds that it would match if he was guilty? Assuming, as the prosecution expert testified, that the odds that it would match were 1 in 200 million if he was innocent, and that it was certain it would match if he was guilty, one more application of Bayes's theorem would yield a figure of 55 to 1 that Adams was guilty.

Not surprisingly, instead of having the intended effect, this recondite and very misleading mathematical argument seems to have left the jurors hopelessly confused; at any rate, after deliberating for five hours, they found Adams guilty. The court of appeals, however, expressed doubt about whether the defense expert's testimony had been even admissible—arguably, it trespassed on questions about «the relationship between one piece of evidence and another» that are «peculiarly ... within the province of the jury,» and which, moreover, are inevitably a matter of judgment;<sup>46</sup> and noted that jurors might well disagree among themselves about how cogent they found a piece of evidence, and what probabilities they would assign.<sup>47</sup> The trial court had made a conscientious effort to help jurors grasp the defense argument, Lord Rose wrote, but had neglected to remind them of «the more commonsense and basic ways» in which they might have assessed the relative weight of the DNA evidence.<sup>48</sup> Adams's conviction was quashed,<sup>49</sup> and a new trial was ordered.<sup>50</sup>

At the second trial, the defense used the same strategy as before, this time supplying the jury with questionnaires and calculators. Adams was convicted again. His second appeal was dismissed: this time, the trial court had correctly instructed the jury that it was up to them whether or not to use Bayes's theorem. Nonetheless, the court of appeals issued a stern warning against the mathematical shenanigans in which the defense engaged, which it described as «a recipe for confusion, misunderstanding, and misjudgment, possibly even among counsel, but very probably among judges and ... almost certainly among jurors.» «We are very clearly of the opinion,» Lord Bingham continued, that in cases such as this ... expert evidence should not be adduced to induce

---

46. *Id.*

47. *Id.*

48. *Id.*

49. *Id.*

50. *Id.*

juries to attach mathematical values to probabilities arising from non-scientific evidence at trial.»<sup>51</sup> That's right. But why, exactly?

The mathematics deployed by the defense expert was certainly confusing—I had to read the excerpts from defense counsel's examination of Prof. Donnelly several times before I could follow it, so I can just imagine how baffled and intimidated the jurors must have been. But there are much deeper problems. What are the odds that the rapist was a local man? What are the odds that a rapist won't match the victim's description of her attacker, and what are the odds that an innocent man won't match it? What are the odds that a rapist will be able to produce an alibi witness, and what are the odds that an innocent man will? As in *Collins*, the expert's numbers, supposedly for «for illustrative purposes» only, were *invented*, pulled out of the air. Granted, unlike the prosecution in *Collins*, the defense in *Adams* told the jurors it was up to them to supply what they thought were reasonable numbers; but this still conveyed the false impression that precise numbers *could* be given.

But in the case of numbers like those offered in *Adams*, this was quite impossible. The numbers the prosecution invented in *Collins* were the kind of thing that *could*, with a good deal of time and trouble, have been given a real factual basis. But in *Adams* the numbers the defense invented *couldn't* have been given such a basis. Why not?—because there is no way we could find out what percentage of real rapists could produce an alibi witness for a given time and what percentage of innocent persons could do so, no way we could know what percentage of real rapists don't match a victim's description and what percentage of innocent persons don't; for there is no way we could distinguish, in the population at large, men who have committed rape from men who haven't.<sup>52</sup> Assigning precise numbers to the reasonable sense that it's *unlikely* that a rapist would travel long distances to find a victim,<sup>53</sup> that a rape victim *might* be mistaken in her description of her attacker, that an alibi witness *might* lie to help a friend, or be mistaken himself as to dates or times, is to *impose artificial precision where such precision is impossible*.

This artificial precision seems to have distracted jurors' attention both from the standard of proof, «beyond a reasonable doubt» —for which Adams's alibi and

51. R. v. Adams [1998] 1 Crim. App. 377 at 384-85 (Eng.) (very oddly the ruling concludes, immediately after these stern words, «For all these reasons, the appeal is dismissed.» What was meant, I take it, was «Nevertheless, for reasons given earlier, this appeal is dismissed.»).

52. A subjective Bayesian might reply that we could ask jurors at what odds they would bet that a rapist can produce an alibi witness and at what odds they would bet he couldn't, etc.; but this sounds to me like a way of asking them to invent their own numbers.

53. Already a far cry, I note, from the victim's testimony about the accent with which the rapist spoke.

the victim's failure to identify him were arguably sufficient even without the weaknesses of the DNA testimony, its lack of independent security; and from the many relevant questions left unasked. Had the police investigated any other suspects besides Adams?<sup>54</sup> Had anyone else seen Adams in his girlfriend's building that evening? Could anyone else testify that he visited regularly every evening? What did the victim mean when she said the rapist had a local accent—that he spoke Thames-estuary English, or something more specific? Did the figure of 150,000 males in the local population refer to the *same* area as the victim's testimony about the rapist's accent—and how many of those 150,000 males were under 15 years old, or over 70? Did Adams's brother have an alibi? Did he *sound* like Denis? Had *his* DNA been tested? Etc., etc.

Don't forget, either, that we must always ask about the solidity, the independent security, of each piece of evidence in itself; and that, while DNA evidence is very precise, it isn't always solid, reliable, independently secure. For one thing, how discriminating such analysis is depends in part on how many loci are used. In 1994, the year the Forensic Science Service began DNA STR profiling and the match with Adams's DNA was found, forensic DNA analysts in the U.K. used only four probes. In 1995, when the U.K. launched the world's first DNA database, they began using six loci; but this wasn't enough to prevent at least one absurd misidentification. The probability that the match found between Raymond Easton's DNA and DNA from the scene of a robbery was random was found to be one in 37 million; and Mr. Easton was arrested and charged—despite the fact that he not only had an alibi, but was so afflicted with Parkinson's disease that he couldn't even dress himself, let alone drive to the crime scene or commit the crime. Only after his solicitor had demanded a retest on a 10-point scale was Mr. Easton brusquely informed that the prosecution had decided not to proceed for lack of evidence.<sup>55</sup> In this instance those precise, but misleading, random-match figures seem to have so blinded police and prosecutors to obvious facts that, like the jurors in *Adams*, they abandoned common sense.<sup>56</sup>

---

54. Adams, who had a previous conviction for sexual assault, was arrested on the basis of a «cold hit» from the U.K. DNA database. Statisticians disagree about whether and how hits as a result of such «trawling» may be misleading. See, e.g., KAYE, D., «Rounding up the usual suspects: a legal and logical analysis of DNA trawling cases,» *North Carolina Law Review*, vol. 87, 2008, pp. 425-503.

55. CHAPMAN, J. & J. Moulton, «DNA test blunder nearly landed me in jail: branded a burglar by 'foolproof' database,» *Daily Mail* (London), February 11, 2000. The new test showed that the perpetrator was not Easton. See [http://www.heraldsotland.com/news/12440889.Guilty\\_by\\_a\\_handshake\\_\\_Crime\\_scene\\_DNA\\_tests\\_may\\_not\\_be\\_as\\_accurate\\_as\\_we\\_are\\_led\\_to\\_believe/](http://www.heraldsotland.com/news/12440889.Guilty_by_a_handshake__Crime_scene_DNA_tests_may_not_be_as_accurate_as_we_are_led_to_believe/)

56. In 2000, U.K. forensic DNA analysts moved to 10 loci; and in 2014, to 17. GRAHAM, E.A.M., «DNA reviews: the national DNA database of the United Kingdom,» *Forensic Science Medical Pathology*, vol. 3, 2007, pp. 9014-18. In the U.S., the National DNA Index System launched in 1998 and used 13 loci; since January 2017, it has used 20. BUTLER, J.M., «The future of forensic DNA analysis,» *Philosophical Transactions of the Royal Society*, B 370, 2015, pp. 1-10. AUGENSTEIN, S. «DNA core loci expanding in two weeks,» December 15, 2016, <https://www.forensicmag.com/news/2016/12/DNA-core-loci-expanding-two-weeks> (last visited 7 May 2018).

Moreover, for all its biological solidity and all its numerical precision, forensic DNA analysis is no less subject to human error than other forensic evidence. In the U.S., we were reminded of this by Justice Kagan's dissent in *Williams v. Illinois*,<sup>57</sup> the most recent case in the *Melendez Diaz* trilogy. The issue was whether a forensic scientist from the state lab should have been allowed to testify that a private company, Cellmark, had found a match between a DNA sample from the victim and a sample from the defendant, or whether the analyst from Cellmark should have been present to testify to this. Justice Kagan's dissent from the plurality—which held that the second-hand testimony *was* sufficient—opens with a stunning excerpt from the transcript of a California case, *People v. Kocak*. An expert witness from Cellmark, returning to the stand after cross-examination, explained that she was «a little hysterical right now»—she had just realized that there was a mistake in the lab report: the match found between two DNA samples was not, as she had previously testified, between DNA from a swab taken from the rape victim and Mr. Kocak's DNA, but between the swab taken from the victim and the victim's own DNA—somehow, the lab report had mixed up which sample was which.<sup>58</sup> But given the many scandals over mismanaged and sloppy DNA labs,<sup>59</sup> we didn't really need Justice Kagan to remind us of the possibility of mistakes and misinterpretations in DNA analysis.

Again: Troy Brown was convicted in Nevada of raping a nine-year old girl, and sentenced to life imprisonment. The conviction rested in significant part on the testimony of a DNA analyst that the probability that a match between Brown's DNA and DNA from the victim was random was 1 in 3 million; from which, she claimed, it followed that there was a 99.9967% chance that Troy Brown was guilty.<sup>60</sup> As in *Adams*, there was a possibility that the DNA was not Troy's, but a brother's;<sup>61</sup> as in *Adams*, there was some evidence that might suggest Troy's innocence.<sup>62</sup> A report submitted by Lawrence Mueller, a professor of ecology and evolutionary biology, argued that the prosecution DNA expert's assessment of the probability that the match was with Troy rather than one of his four brothers was flawed (being based on special assumptions that gave the lowest biologically possible chance that a brother's DNA would also match); and that, when she inferred the probability of guilt from the random-match

---

57. *Williams v. Illinois*, 567 U.S. 50, 118-41 (2012) (Kagan, J., dissenting).

58. Transcript at 3-4, *People v. Kocak* (No. SCD110465) (Superior Court of California for the County of San Diego, Nov. 17, 1995).

59. HANSEN, M., «Crime in the Lab,» *ABA [American Bar Association] Journal*, September 2013, pp. 44-51 documents some of these. Since 2013, however, there have been more scandals—over crime labs in the District of Columbia and San Francisco (2015); in Orange County and in Broward (2016); and in Houston (2017).

60. I rely on *Brown v. Farwell*, 525 F.3d 787, 796 (9th Cir. 2008).

61. *Id.*

62. For example, the victim could not identify Troy, and his fingerprints could not be found in the trailer where she was assaulted. *Id.* at 791.

probability, she committed the «prosecutor’s fallacy.»<sup>63</sup> Actually, the prosecution expert seems to have committed *two* fallacies, one mathematical and one epistemological. The first was to argue from «the probability that the match with Troy Brown is random is one in 3 million» to «the probability that Troy Brown is the source is 99.9967%»;<sup>64</sup> the second was to argue from this source probability to the epistemological probability that Brown was guilty.<sup>65</sup> Nonetheless, the Supreme Court of Nevada affirmed the conviction.<sup>66</sup>

Brown’s federal habeas petition was granted by the federal district court, and affirmed by the federal appeals court, on the grounds that the DNA testimony had been «inaccurate and unreliable.»<sup>67</sup> Indeed it was: unreliable, because of the prosecution expert’s invalid inference from the random-match probability to the probability that Troy was the perpetrator, and inaccurate, because of the flawed assumptions about the probability of a brother’s DNA matching. The U.S. Supreme Court, however, reversed the appeal court’s decision and remanded the case for further proceedings; concluding that, although Ms. Romero did indeed commit the prosecutor’s fallacy, and her testimony may have been inaccurate about the probability of a match to a brother, «ample DNA and non-DNA evidence ... supported the jury’s verdict.»<sup>68</sup>

\*\*\*

Of course, in civil cases the statistical evidence presented isn’t usually (though it is occasionally)<sup>69</sup> DNA evidence. In toxic-tort cases, for example, it is more often epidemiological evidence that causes trouble.

---

63. Mueller Report, *Brown v. Farwell*, 525 F.3d 787 (9th Cir. 2008). The phrase, «the prosecutor’s fallacy» was coined by THOMPSON, W.C. & E. L. Schumann, «Interpretation of statistical evidence in criminal trials: the prosecutor’s fallacy and the defense attorney’s fallacy,» *Law and Human Behavior*, Vol. 11(3), 1987, pp. 67-87.

64. Which is invalid, since if (for example) the probability that the match is random is 1 in 1000, and there are 10,000 people who could potentially have been the source of the blood, about 10 of the other 1,999 people would also match; which means that the probability that the defendant is NOT the source is 10/11, i.e., 91%. FENTON, N. & M. Neil, «Avoiding probabilistic reasoning fallacies in legal practice using Bayesian networks,» *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 36, 2011, pp. 114-150, 120-21.

65. Which, as we saw, is invalid, since there might be, for example, evidence that the DNA was mishandled, that the defendant has an iron-clad alibi, or, etc. It is this invalid inference that Thompson and Schumann call «the Prosecutor’s Fallacy.» THOMPSON & Schumann, «The interpretation of statistical evidence in criminal trials,» p. 170.

66. *Brown v. Nevada*, 934 P.2d 235 (1997).

67. *Brown v. Farwell* at 793.

68. *McDaniel v. Brown*, 558 U.S. 120, 136 (2010). There were no further proceedings.

69. See, e.g., PHILLIPS, J., «Who is my daddy—using DNA to help resolve post-death paternity cases,» *Albany Law Journal of Science and Technology* 8, 1997, p. 172; BROWNE BARBOUR, V. S., «Mama’s baby, papa’s maybe: disestablishment of paternity,» *Akron Law Review* 48, 2015, pp. 263-312.

Epidemiological studies explore the incidence of some disease or disorder in a population; and while they may find a *correlation* between exposure to some substance S and some disease or disorder D, they can't by themselves establish that S *causes* D. Moreover, epidemiological investigation is always about the *population* concerned, not about *individuals*.<sup>70</sup> But the plaintiff in a toxic tort case alleges that *he* has suffered injury as a result of exposure to some toxin (a medicine, perhaps, or an environmental pollutant) for which the defendant is responsible; so he must show both that S *can* cause D (general causation) and that, in this instance, it caused *his* D (specific causation). I will focus here on the role of epidemiological evidence in proof of specific causation.<sup>71</sup>

Even supposing that we know, say, that Vioxx can cause cardiovascular problems in some patients,<sup>72</sup> how can Mr. X, who suffered a stroke after taking Vioxx, show that Vioxx caused *his* injury? On the face of it, it's far from obvious that epidemiological evidence has any bearing at all on this question. Some courts, however, have treated epidemiological evidence that the risk of developing D is more than doubled among those exposed to S than among those not so exposed as key to proving that it is more probable than not that S caused the plaintiff's D.

This idea seems first to have turned up in court in the wake of the 1976 swine flu epidemic, in response to which the U.S. government instituted a massive vaccination program. Shortly afterwards, a disturbing number of reports of cases of a rare neurological disorder, Guillain-Barré Syndrome (GBS), among those who had recently been vaccinated were received by the Centers for Disease Control; and the vaccination program was discontinued. Usually, if GBS developed, it was very soon after vaccination; but Mr. Floyd Cook and two other plaintiffs alleged that the vaccination had caused them to develop GBS between twelve-and-a-half and thirteen weeks later.<sup>73</sup> The defendant's expert witness testified that, while there was a greatly increased risk of GBS immediately after vaccination, the risk lessened considerably after three weeks, and «drop[ped] below twice that of non-vaccinees shortly before the tenth week.»<sup>74</sup> The plaintiffs disputed this, claiming that the defendant's experts' figures were

70. As the etymology of «epidemiology»—derived from the Greek, «*epi*» (upon) and «*demos*» (the people)—reveals.

71. For my thoughts about what is involved, epistemologically, in proving general causation, I refer readers to HAACK, S., «Proving causation: the weight of combined evidence» (2008), *Evidence Matters*, pp. 208-38; «Correlation and causation: the 'Bradford Hill criteria' in epidemiological, legal, and epistemological perspective,» *id.*, pp. 239-63.

72. Vioxx, a blockbuster drug for arthritis pain, was withdrawn from the U.S. market in 2004 after it was discovered to cause cardiovascular problems. The story is told in HAACK, S., «The integrity of science: what it means, why it matters» (2006), *Putting philosophy to work: inquiry and its place in culture*, expanded edition, Amherst, NY, 2013 (2008), pp. 121-140.

73. *Cook v. United States*, 545 F.Supp. 306 (N.D. Cal. 1982).

74. *Id.* at 308.



based on flawed assumptions. Neither party, however, contested the principle that Mr. Cook's case could be proven «by a preponderance of the evidence» only if the relative risk was shown to be more than doubled; and the court found for the defendant on the grounds that none of the plaintiffs' experts even claimed to show a more than doubled risk as late as week 13.<sup>75</sup>

The ruling in *Cook* reveals that the court took a showing of relative risk  $> 2$  to be necessary to meet the standard of proof. A footnote indicates that it also took such a showing to be sufficient:

Suppose the relative risk for vaccin[e]s nine weeks after vaccination is two—i.e., that they are twice as likely to experience onset of GBS after that interval as are persons in the unvaccinated population during [that] calendar week. If fifty GBS cases occur among a million unvaccinated persons that week, then a hundred cases would be expected among a million nine-week vaccinees. Of that hundred, fifty would have been expected without vaccination, while the other fifty are explained only by the... vaccination. Thus, the likelihood that a given nine-week vaccinated case of GBS is attributable to vaccination is 50% . . . . *Once the relative risk rises above two, it becomes more probable than not that a given case was caused by the vaccine.*<sup>76</sup>

Here, as in *Brown*, a degree of proof—now, indeed, *the* degree of proof required by the relevant legal standard—is equated with a statistical probability.

A few years later, in another case of swine-flu vaccination and GBS, another federal court also took the view that statistical evidence of more than doubled risk is sufficient for proof by a preponderance of the evidence. In this case there was dispute over when, exactly, Mr. Louis Manko had developed the disorder; he claimed that «smoldering» GBS set in shortly after he was vaccinated, and later progressed into full-blown GBS,<sup>77</sup> while the defendant claimed that the so-called «smoldering» form was actually a different disorder altogether.<sup>78</sup> Apparently persuaded by the plaintiff's expert testimony that the relative risk of contracting GBS 11-16 weeks after vaccination was 3.89,<sup>79</sup> the court found for Mr. Manko, arguing that:

A relative risk of «2» means that, on the average, there is a fifty percent likelihood that a particular case of the disease was caused by the event under investigation

75. *Id.* at 316.

76. *Id.* at 308 n.1 (my italics).

77. *Manko v. United States*, 636 F. Supp. 1419, 1427-28 (W.D. Mo. 1986).

78. *Id.* at 1428.

79. You might wonder why this figure is so different from those presented in *Cook*. The explanation seems to be that Mr. Manko's experts relied on statistical analyses of relative risk in a population stratified by, for example, age. *Id.* at 1435.

and a fifty percent likelihood that the disease was caused by chance alone. ... [I]t is more likely than not that plaintiff's swine flu vaccination caused his GBS.<sup>80</sup>

Here again we see the standard of proof being equated with a statistical probability. And here again we see that this has distracted attention from the key questions: «how solid is the statistical (in this instance, the epidemiological) evidence in itself?» «what does it contribute to the body of evidence as a whole?» and «what potentially relevant evidence might be missing?»

As to independent security: epidemiological studies may be better designed, or worse, and may be better-conducted, or worse; and a study that shows a significantly elevated risk but is poorly designed or poorly conducted or both would give us only a low epistemological likelihood of a high statistical probability. And as to the contribution of the epidemiological evidence to the evidence as a whole: if you're not misled by the formula «more probable than not,» it doesn't take much thought to realize that an epidemiological study showing a more than doubled relative risk among those exposed to some substance is neither necessary nor sufficient for proof of specific causation «by a preponderance of the evidence»: it's not necessary, because there may be evidence that some subjects are especially sensitive to the effects of exposure, and the plaintiff may be able to show that he is one of them; and it's not sufficient, because there may be evidence that some subjects are less susceptible to the effects of the exposure, and the defendant may be able to show that the plaintiff is one of them<sup>81</sup>—or that in his case there is a better explanation of the disorder.

A few years after *Manko*, however, the more-than-doubled-risk idea turned up again in *DeLuca*,<sup>82</sup> one of the many suits against Merrell Dow Pharmaceuticals claiming that their morning-sickness drug, Bendectin, caused limb-reduction birth defects. Granting the plaintiffs' appeal against summary judgment, the court observed in passing that—given that New Jersey law required that they show that it was more likely than not that their child's birth defects were caused by the drug—if they were to avoid summary judgment at a new trial they must produce epidemiological evidence that the relative risk among the children of mothers who had taken the drug was more than doubled.<sup>83</sup> Oddly—given that the court's assumption was that  $RR > 2$  is *necessary* for proof of specific causation, not that it is *sufficient*, the court the court cited *Manko*, but not *Cook*.<sup>84</sup>

80. *Id.* at 1434.

81. As in effect happened in *Manko*.

82. *DeLuca v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 911 F.2d. 941 (3rd Cir. 1990).

83. *Id.* at 958.

84. *Id.*

The *DeLuca* court's use of the  $RR > 2$  idea mightn't have been very significant but for the fact that in 1995 judge Kozinski<sup>85</sup> picked it up in his final ruling in that most famous of Bendectin cases, *Daubert*, on remand to the ninth circuit from the Supreme Court. Affirming the District Court's summary judgment for Merrell Dow, pointing out that California tort law required the Dauberts to show that Bendectin more likely than not caused their child's injuries, judge Kozinski argued that what this means «[i]n terms of mathematical proof,» is that the plaintiffs must show that a mother's taking Bendectin more than doubled the risk of birth defects in her child. Hence, he continued, a study isn't even admissible unless it shows that «children whose mothers took Bendectin are more than twice as likely to develop limb-reduction borth defects as children whose mothers did not»;<sup>86</sup> in this context, hecited *DeLuca*.

Of course, this was a considerable leap beyond *DeLuca*, where the court's point was that, if the plaintiffs relied on Dr. Done's testimony alone, they would have to show a more than doubled relative risk *just to avoid summary judgment*: Judge Kozinski's final ruling in *Daubert* requires each plaintiff's expert to offer a showing of  $RR > 2$  *for his testimony to be even admissible*. Naturally, however, this final ruling in *Daubert* was highly influential, and judge Kozinski's new requirement on admissibility spread rapidly through the courts.<sup>87</sup> In *In re Silicone Gel Breast Implants*, for example, the court wrote that «under California law [statistical] analyses must show a relative risk greater than 2.0 to be 'useful' to the jury.»<sup>88</sup> In *Estate of George* the Supreme Court of Vermont held that the trial court had not abused its discretion in requiring a showing of relative risk greater than two for admissibility, which «easily tied into Vermont's 'more likely than not' civil standard.»<sup>89</sup>

Vermont Chief Justice Rieber, however, objected that this new requirement on admissibility «requires each study to prove that claimants should win on the merits,» and is incompatible with the accepted principle that a piece of evidence needn't be sufficient to meet the proponent's burden of proof in order to be admissible.<sup>90</sup> That's right; it's not acceptable to require each piece of expert testimony to be sufficient to meet the standard of proof before it is

85. I can't resist adding that Judge Kozinski retired in early 2018—in the wake of allegations of sexual harassment! ZAPOTOSKY, M., «Federal appeals judge announces immediate retirement amid probe of sexual misconduct allegations,» *Washington Post*, 18 December 2017, [https://www.washingtonpost.com/world/national-security/federal-appeals-judge-announces-immediate-retirement-amid-investigation-prompted-by-accusations-of-sexual-misconduct/2017/12/18/6e38ada4-e3fd-11e7-a65d-1ac0fd7f097e\\_story.html?utm\\_term=.d2a223fb45b3](https://www.washingtonpost.com/world/national-security/federal-appeals-judge-announces-immediate-retirement-amid-investigation-prompted-by-accusations-of-sexual-misconduct/2017/12/18/6e38ada4-e3fd-11e7-a65d-1ac0fd7f097e_story.html?utm_term=.d2a223fb45b3) (last visited 7 May 2018).

86. *Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 43 F.3d 1312, 1320-21 (9th Cir. 1995).

87. See HAACK, S., «Risky business,» pp. 269-72.

88. *In re Silicone Gel Breast Implants Prod. Liab. Litig. (California)*, 318 F. Supp.2d 879, 893 (C.D. Cal. 2004).

89. *Estate of George v. Vt. League of Cities & Towns Prop. & Cas. Intermunicipal Fund, Inc.*, 993A.2d 362, 375 (Vt. 2010).

90. *Id.* at 387 (Rieber, J., dissenting).

even admitted. But the more fundamental point is that the idea that a showing of  $RR > 2$  is sufficient to establish specific causation rests on the confusion of a degree of proof with a statistical probability: a point the Supreme Court of New Jersey grasped in *Landrigan* when it wrote, in the passage I cited in my opening remarks, that «a relative risk of 2.0 is not so much as password to a finding of causation as one piece of evidence, among others,» and that when the trial court reconsidered the case on remand it should consider the validity of the studies on which the expert relied, the solidity of his assumptions about the defendant's exposure to asbestos, the absence of other risk factors, and so on<sup>91</sup>—in short, how solid the epidemiological evidence was in itself, and what it contributed to the body of evidence as a whole. Quite so.

#### 4. Concluding Remarks

As an old saying goes, to a man with a hammer, everything looks like a nail. Those of a formalistic bent happily mathematize the ideas with which they must deal quite regardless of the suitability or even the intelligibility of such treatment; and even legal probabilists aware of the problems with this kind of approach still hanker for formalism of one kind or another, such as more sophisticated mathematics of Bayesian nets.<sup>92</sup> But if, as I have argued elsewhere,<sup>93</sup> there are good reasons to doubt that degrees of warrant fit the profile of the axioms of the probability calculus, this is a vain hope. (You may wonder, now, whether I am saying that epistemological probabilities are inherently resistant to any kind of formal regimentation; to which I can only reply that I suspect they may be, but haven't said so here because I don't, or don't yet, see how to show this.)

Don't misunderstand me: that I suspect that we can't put meaningful numbers on legal degrees of proof doesn't mean that I think there's anything wrong with the mathematical calculus of probabilities, or with Bayes's theorem, *in their appropriate sphere*. The point is only that this sphere is limited.<sup>94</sup> Bayes's theorem obviously falls well short of a complete account of warrant: it offers no explanation of how we are to determine the probability of a claim given certain evidence; it takes probabilistic consistency to be sufficient for warrant, regardless of the reasonableness or otherwise of the prior probabilities assigned; and it relies only on the evidence available. More fundamentally, applying the theorem as legal Bayesians do—assimilating degrees of proof to statis-

91. *Landrigan* at 1087.

92. See, e.g., FENTON & Neil, «Avoiding probabilistic reasoning fallacies in legal practice using Bayesian networks.»

93. See HAACK, S., «Legal probabilism: an epistemological dissent» pp. 60-64.

94. See also RUSSELL, B., *Human knowledge, its scope and limits*, New York, 1948, p. 381.

tical probabilities—is just the kind of exercise in delusive exactness that is bound to lead to confusion.

Again: I'm not for a moment suggesting that there's anything wrong with statistical evidence *as such*—although, of course, I take for granted that such evidence, like any evidence, is of variable quality. Nor am I denying that such evidence can be very useful in some cases, that in some instances substantive law actually makes it essential;<sup>95</sup> or that a grasp of the calculus of probabilities may be required to assess the solidity of statistical testimony. The point is only that we shouldn't allow the fact that probabilistic and statistical evidence is expressed in precise numerical terms to distract us from asking whether it is strong or weak, reliable or unreliable, truth-indicative or misleading; from evaluating its bearing on factual issues in the case in the context of all the evidence presented, statistical and non-statistical; or from taking account of what evidence is missing that we know would be relevant if we had it.

Yes, this is a difficult and demanding task—much *more* difficult and demanding than making statistical probabilities proxies for degrees of proof, or putting artificial but meaningless numbers on degrees of proof and applying Bayes's theorem. But, as another old saying reminds us, «if it sounds too good to be true, it probably is.» If we are to give statistical evidence its due weight, no more and no less, there is no way of avoiding this difficult and demanding task.<sup>96</sup>

## Bibliography

- ALLEN, R. J., «A reconceptualization of civil trials» (1986), *Probability and inference in the law of evidence*, eds. P. Tillers & E. D. Green, Dordrecht, 1988, pp. 20-60.
- ARISTOTLE, *Nicomachean ethics*, trans. Rackham, A, Cambridge, Mass., 1926
- AUGENSTEIN, S. «DNA core loci expanding in two weeks,» December 15, 2016, <https://www.forensicmag.com/news/2016/12/dna-core-loci-expanding-two-weeks> (last visited 7 May 2018).
- BEECHER-MONAS, E. & E. Garcia-Rill, «Overselling images: fMRI and the search for truth,» *John Marshall Law Review*, vol. 48, 2015, pp. 651-92.
- BROWNE BARBOUR, V. S., «Mama's baby, papa's maybe: disestablishment of paternity,» *Akron Law Review* 48, 2015, pp. 263-312.
- BUTLER, J.M., «The future of forensic DNA analysis,» *Philosophical Transactions of the Royal Society*, B 370, 2015, pp. 1-10.

95. For example, by requiring evidence of a manufacturer's share of the market for some product, or of a plaintiff's expected lifetime earnings or, etc. See TRIBE, «Trial by mathematics,» p.1338, notes 28-31.

96. My thanks to Mark Migotti for helpful comments on a draft, and to Nicholas Mignanelli for help with references and formatting.

- CHAPMAN, J. & J. Moulton, «DNA test blunder nearly landed me in jail: branded a burglar by 'foolproof' database,» *Daily Mail* (London), February 11, 2000.
- COHEN, A. O., et al., «When does a juvenile become an adult? Implications for law and policy,» *Temple Law Review*, vol. 88 (2016), pp. 769-88.
- COHEN, L. J., *The provable and the probable*, Oxford, 1977.
- DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, Food and Drug Administration NDA Approval Letter, 8 April 2013.
- FENTON, N. & M. Neil, «Avoiding probabilistic reasoning fallacies in legal practice using Bayesian networks,» *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 36, 2011, pp. 114-150.
- FINKELSTEIN, M. O. & W. B. Fairley, «A Bayesian Approach to Identification Evidence,» *Harvard Law Review*, vol. 83, 1970, pp. 489-517.
- GRAHAM, E.A.M., «DNA reviews: the national DNA database of the United Kingdom,» *Forensic Science Medical Pathology*, vol. 3, 2007, pp. 9014-18.
- HAACK, S., *Evidence and inquiry*, 2nd expanded edition, Amherst, NY, 2009 (1993).
- , «A foundherentist theory of empirical justification,» *Epistemology: an anthology*, eds. E. Sosa & J. Kim, Oxford, 2000, pp. 226-36.
- , *Defending science—within reason: between scientism and cynicism*, Amherst, NY, 2003, chapter 3.
- , «Trial and Error: Two Confusions in *Daubert*» (2005), in HAACK, S., *Evidence matters*, pp. 104-21.
- , «The integrity of science: what it means, why it matters» (2006), *Putting philosophy to work: inquiry and its place in culture*, expanded edition, Amherst, NY, 2013 (2008), pp. 121-140.
- , «Proving causation: the weight of combined evidence» (2008), in HAACK, S., *Evidence Matters*, pp. 208-38.
- , «Federal philosophy of science: a deconstruction—and a reconstruction» (2010), *Evidence Matters*, pp. 122-55.
- , «Legal probabilism: an epistemological dissent,» HAACK, *Evidence Matters*, 47-77. Previously published in Spanish, «El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica,» *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*, ed. C. Vazquez, Barcelona, 2013, pp. 65-98.
- , «Correlation and causation: the 'Bradford Hill criteria' in epidemiological, legal, and epistemological perspective» *Evidence Matters*, pp. 239-63.
- , *Evidence matters: science, truth and proof in the law*, New York, 2014.
- , «The expert witness: lessons from the U.S. experience,» *Humana Mente*, vol. 28, 2015, pp. 349-70.
- , «La justicia, la verdad y la prueba: no tan simples, después de todo,» *Debatiendo con Taruffo*, eds. J. Ferrer Beltrán & C. Vazquez, Madrid, 2016, pp. 311-36.
- , «From the chain to the cable: Peirce's theory of inquiry through his metaphors,» *Metatheoria* (forthcoming).
- HACKING, I. M., *The emergence of probability*, Cambridge, 1975.
- HANSEN, M., «Crime in the Lab,» *ABA [American Bar Association] Journal*, September 2013, pp. 44-51.
- HOWARD, J., «Morning Sickness Drug's Efficacy Called into Question,» *CNN*, 4 January 2017, <https://www.cnn.com/2017/01/04/health/diclegis-morning-sickness-drug-fda/index.html> (last visited 7 May 2018).

- JAFFEE, L. R., «Of probativity and probability: statistics, scientific evidence, and the calculation of chances at trial,» *University of Pittsburgh Law Review* vol. 46, 1985, pp. 925-1089.
- KAPLAN, J., «Decision theory and the fact finding process,» *Stanford Law Review*, vol. 20, 1968, pp. 1065–92.
- KAYE, D., «Rounding up the usual suspects: a legal and logical analysis of DNA trawling cases,» *North Carolina Law Review*, vol. 87, 2008, pp. 425-503.
- LEMPERT, R., «The new evidence scholarship: analyzing the process of proof,» *Probability and inference in the law of evidence: uses and limits of Bayesianism*, eds. P. Tillers & E. Green, pp. 62–102.
- LUBLIN, J. S., «When #MeToo at work becomes catch-22,» *Wall Street Journal*, January 5, 2018, pp. B1, B7, B1.
- Merriam Webster's New Collegiate Dictionary*, www.merriam-webster.com/ (last visited 7 May 2018).
- MURPHY, E. R., «Through a scanner darkly: the use of fMRI as evidence of *mens rea*,» *Journal of Law and Health*, vol. 22, 2009, pp. 319-41.
- Oxford English Dictionary*, <http://www.oed.com/> (last visited 7 May 2018).
- PARK, R. & M. Saks, «Evidence scholarship reconsidered: results of the interdisciplinary turn,» *Boston College Law Review*, vol. 47, 2006, pp. 949–1031.
- PEIRCE, C.S., *Collected papers*, eds. C. Hartshorne, P. Weiss, & (volumes 7 and 8), A. Burks, Cambridge, Mass., 1931-58. [References to the *Collected Papers* are by volume and paragraph number.]
- PHELAN, N., «Don't look at me: my twin did it!» *JHTL: Journal of High Technology Law Blog*, May 8, 2017, <https://sites.suffolk.edu/jhtl/2017/05/08/dont-look-at-me-my-twin-did-it/>.
- PHILLIPS, J., «Who is my daddy—using DNA to help resolve post-death paternity cases,» *Albany Law Journal of Science and Technology* 8, 1997.
- POSNER, R. *Frontiers in legal theory*, Massachusetts, 2001.
- RUSSELL, B., *Human knowledge, its scope and limits*, New York, 1948.
- SCHUM, D., *Evidential foundations of probabilistic reasoning*, New York, 1994.
- SPENCER COMPTON, E., «Not guilty by reason of neuroimaging: the need for cautionary jury instructions for neuroscience evidence in criminal trials,» *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, vol. 12, 2010, pp. 333-55.
- STARKIE, T., *A practical treatise of the law of evidence*, Philadelphia, 7th edition, 1842 (1824), vol. 1.
- THOMPSON, W.C. & E. L. Schumann, «Interpretation of statistical evidence in criminal trials: the prosecutor's fallacy and the defense attorney's fallacy,» *Law and Human Behavior*, Vol. II(3), 1987, pp. 67-87.
- TRIBE, L., «Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process,» *Harvard Law Review* vol. 84(6), 1971, pp. 1319-1393.
- VON MISES, R., *Probability, statistics, and truth*, London, 2nd revised English edition, 1957 (1928), p. 9.
- WEBER-LEHMANN, J., et al., «Finding the needle in the haystack: differentiating 'identical' twins in paternity testing and forensics by ultra-deep next generation sequencing,» *Forensic Science International: Genetics*, vol. 9, 2014, pp. 42-45.
- ZAPOTOSKY, M., «Federal appeals judge announces immediate retirement amid probe of sexual misconduct allegations,» *Washington Post*, 18 December 2017, <https://www.washingtonpost.com/world/national-security/federal-appeals-judge-announces-immediate-retirement-amid-investigation-prompted-by-accusations-of-sexual-misconduct/2017/>

12/18/6e38ada4-e3fd-11e7-a65d-1ac0fd7f097e\_story.html?utm\_term=d2a223fb45b3  
(last visited 7 May 2018).

## Cases Cited

- Brown v. Nevada, 934 P.2d 235 (1997).  
 Brown v. Farwell, 525 F.3d 787, 796 (9th Cir. 2008).  
 [Brown v. Farwell] Mueller Report, Brown v. Farwell, 525 F.3d 787 (9th Cir. 2008).  
 Bullcoming v. New Mexico, 564 U.S. 647 (2010).  
 Cook v. United States, 545 F.Supp. 306 (N.D. Cal. 1982).  
 Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc., 509 U.S. 579 (1993).  
 Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc., 43 F.3d 1312 (9th Cir. 1995).  
 DeLuca v. Merrell Dow Pharm., Inc., 911 F.2d. 941 (3rd Cir. 1990).  
 Estate of George v. Vt. League of Cities & Towns Prop. & Cas. Intermunicipal Fund, Inc.,  
 993A.2d 362, 375) (Vt. 2010).  
 Fraina v. United States, 255 F. 28 (2nd Cir. 1918).  
 Gen. Elec. Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997).  
 Hall v. Florida, 572 U.S. \_\_\_, 134 S. Ct. 1986, 200-2001 (2014).  
 In re Silicone Gel Breast Implants Prod. Liab. Litig. (California), 318 F. Supp.2d 879, 893 (C.D.  
 Cal. 2004).  
 Kumho Tire v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).  
 Landrigan v. Celotex Corp., 605 A.2d 1079, 1087 (N. J. 1992).  
 Manko v. United States, 636 F. Supp. 1419, 1427-28 (W.D. Mo. 1986).  
 McDaniel v. Brown, 558 U.S. 120, 136 (2010).  
 Melendez Diaz v. Massachusetts, 557 U.S. 305 (2009).  
 People v. Collins, 438 P.2d 33 (1968).  
 [People v. Kocak] Transcript, People v. Kocak, (No. SCD110465) (Superior Court of California  
 for the County of San Diego, Nov. 17, 1995).  
 R. v. Adams [1996] 2 Crim. App. 467, 468 (Eng.).  
 [R. v. Adams] Transcript of Judgment, R. v. Adams [1996] 2 Crim. App. 467 (Eng.) (No.  
 95/1169/25), available at <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2006/222.html>  
 (last visited 7 May 2018).  
 R. v. Adams [1998] 1 Crim. App. 377 at 384-85 (Eng.).  
 Truax v. Corrigan 257 U.S. 312, 342 (1917).  
 United States. v. Seeger, 380 U.S. 163 (1965).  
 Williams v. Illinois, 567 U.S. 50 (2012).





PONENCIAS SOBRE  
**COOPERACIÓN PROCESAL  
INTERNACIONAL Y PRUEBA**



# Cooperación procesal penal y prueba

---

*Lorenzo M. Bujosa Vadell  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Salamanca*

**Sumario.** 1. Introducción. 2. Las dimensiones constitucionales de la cooperación procesal. 3. La perspectiva transnacional del derecho a la prueba. 3.1. La necesidad de la cooperación internacional para la obtención de prueba y sus modelos. 3.2. Cuestiones generales sobre cooperación internacional para la obtención de prueba. A) Panorama general. B) Código Bustamante. C) Convenciones Interamericanas en el ámbito de la OEA. D) Convención sobre obtención de prueba en el extranjero en materias civiles y mercantiles. E) Convenio europeo sobre asistencia mutua en materia penal. F) La simplificación de la cooperación: El principio de reconocimiento mutuo. 4. Algunas cuestiones específicas sobre la obtención de la prueba en el proceso civil. 5. Algunas cuestiones específicas sobre la obtención de prueba en el proceso penal. 6. El reto de la obtención transnacional de prueba electrónica. 7. La cooperación transnacional para la obtención de prueba y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal: El Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica. 8. Cooperación procesal en materia de prueba y Tribunales Internacionales. 9. Conclusiones.

## 1. Introducción

Sería incompleto un análisis del estado de la cuestión y, básicamente, de la problemática sobre la prueba en el mundo actual si no tuviéramos en cuenta la dimensión transnacional de este amplio objeto de estudio, cuya centralidad ya fue destacada en el conocido aserto de BENTHAM: «El arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas» y no necesita, en principio, de mayores argumentaciones<sup>1</sup>. Si algunos de los sujetos o de los

---

1. BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, 1959, p. 11. Las reservas podrían oponerse no tanto frente a la afirmación concreta de este autor clásico, sino que vendrían más bien desde una perspectiva mucho más amplia, tratando de resaltar la creciente relativización de la Jurisdicción como elemento central en un Estado Social de Derecho. No se trata sólo del fenómeno global de convergencia entre un modelo de proceso eminentemente destina-

objetos materiales o jurídicos a los que se refiere el proceso cada vez con mayor frecuencia se encuentran en territorios distintos de aquellos en los que se desarrolla la propia función jurisdiccional es necesario aplicar instrumentos cooperativos sin los cuales la actividad de los tribunales se encontraría con frecuencia frustrada.

Es muy evidente esta consideración respecto a los Tribunales Internacionales Penales *ad hoc* y a la Corte Penal Internacional, que sin la imprescindible cooperación de los Estados o de las organizaciones intergubernamentales en absoluto pueden tener efectividad alguna<sup>2</sup>, pero en cierto grado también los órganos jurisdiccionales internos, a pesar de estar acostumbrados a tratar asuntos netamente nacionales, precisan asimismo de la ayuda esencial exterior en diferentes aspectos de su actividad jurisdiccional. La amplitud del ámbito de aplicación de esta consideración es tan grande que ha aportado ya material de reflexión suficiente para abundantes encuentros científicos nacionales e internacionales y sigue planteado numerosas cuestiones y necesidades en múltiples puntos específicos.

En las páginas que siguen, naturalmente, nos fijaremos sólo en uno de esos aspectos, que sin embargo no se caracteriza por su carácter limitado, es decir, a las diversas consecuencias jurídicas que conlleva la necesidad de contar con la cooperación ajena para poder tener las pruebas necesarias para que el proceso se desarrolle con todas las garantías, pero también con la eficacia que constitucionalmente se le exige. Dejamos de lado, por tanto, otras muchas exigencias de cooperación que han sido y están siendo estudiadas también por el Derecho procesal contemporáneo, pero que no contribuyen directamente a la finalidad que se acaba de destacar.

---

do a resolver negocios privados (proceso civil) y un modelo teóricamente perfeccionado con el tiempo para un justo enjuiciamiento de asuntos primordialmente públicos (proceso penal), problemática sobre la que conviene tener en cuenta la obra de ARMENTA DÉU, T. (Coord.), *La convergencia entre proceso civil y penal. ¿Una dirección adecuada?*, Madrid, 2013; sino que a ello hay que añadir además una actitud cada vez más generalizada de «huida de la Jurisdicción» que, en cierto modo, parte de la idea de que el proceso es un mal a evitar en la medida de lo posible, ya sea a través de acuerdos reparatorios, de conformidades, de la atribución de funciones *a priori* jurisdiccionales a otros sujetos ajenos al Poder Judicial (Vid. BONET NAVARRO, J., «El monitorio notarial y otras carcomas de la jurisdicción», *Diario La Ley*, núm. 9167, 27 de marzo de 2018) o de la instauración de tribunales arbitrales de inversiones que se sitúan por encima de la propia potestad jurisdiccional de los Estados, entre otras variadas manifestaciones (Vid. HERRERO PEREZAGUA, J.F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Cizur Menor, 2014). En este sentido, la resolución de los conflictos se va alejando en parte del ejercicio de la Jurisdicción, y en esa misma medida del proceso mismo, y por tanto, la actividad probatoria entendida en el sentido de BENTHAM va perdiendo *de facto* la centralidad pública a la que se refería este admirable autor.

2. Refiriéndose al Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, su entonces presidente A. CASSESE, pronunció, ante la Asamblea de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1995, las llamativas palabras siguientes: «Our Tribunal is like a giant who has no arms and no legs. To walk and work, he needs artificial limbs. These artificial limbs are the State authorities; without their help the Tribunal cannot operate». Estas ideas, plenamente aplicables a la Corte Penal Internacional, fueron reiteradas por su autor en «On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law», *European Journal of International Law*, 1998, vol. 9, num. 1, p. 7.

De este modo, será preciso entroncar debidamente la necesidad de cooperación internacional en materia probatoria con la parte dogmática de la Constitución como un elemento funcional importante de su propia efectividad. Una vez destacada esta perspectiva constitucional y sin que suponga contradicción con ella, es preciso delimitar las diversas cuestiones en que se desmenuza la aplicación del punto de vista supranacional al ejercicio del derecho fundamental a la prueba, con un planteamiento general al que acompañarán sin embargo numerosas referencias concretas a partir de los diversos informes nacionales que se han recibido para completar este estudio global<sup>3</sup>. A pesar de partir de las observaciones sobre cuestiones genéricas, en las que subyace una visión unitarista del Derecho procesal, es obligado diferenciar entre el orden jurisdiccional civil y el penal que, como es bien sabido, en el ámbito probatorio tienen notorias particularidades y por ello merecen una atención separada.

Pese a las limitaciones espaciales de este estudio entendemos que no abordaríamos de manera adecuada la problemática planteada si no tratáramos, aunque sean en breves párrafos, algunas de las más novedosas cuestiones de este ámbito como la relativa a la cooperación procesal internacional en materia de prueba electrónica, la cual como veremos es casi consustancial a esa actividad probatoria. Tampoco podemos dejar de considerar abreviadamente las complejidades de la ya aludida cooperación respecto a los tribunales internacionales porque desde su puesta en marcha supuso novedades sustanciales en esta problemática. Permitásenos, por otro lado, que como representante del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal haga una referencia específica a los esfuerzos realizados por esta organización con el fin de promover la regulación armonizada de estas materias.

## 2. Las dimensiones constitucionales de la cooperación procesal

En el contexto evidente del mundo globalizado en el que nos encontramos, a pesar de ciertas reacciones proteccionistas, es claro que el tráfico jurídico se

---

3. Es un placer agradecer la inestimable ayuda que han proporcionado los diversos informes nacionales aportados. Es necesario puntualizar que la Prof. Laura Ervo y yo mismo, como coponentes sobre el mismo tema, nos hemos repartido distintos ámbitos geográficos, lo cual con seguridad no va evitar reiteraciones en la exposición de estas cuestiones, pero esperamos que contribuyan a mostrar una realidad complementaria y a una reflexión sosegada acerca de cómo perfeccionar las abundantes limitaciones que todavía hoy en día nos encontramos en esta complicada materia. Es de justicia mencionar expresamente, por mi parte a los siguientes juristas: Alexey ARGUNOV (Rusia); Rashri BABOOLAL-FRANK (Sudáfrica); María Virginia BARREIRO (Uruguay); Federico BUENO DE MATA (España); José Alberto CRUCETA ALMÁNzar (República Dominicana); Marta DEL POZO PÉREZ (España); João FERNANDES MOREIRA (Portugal), Víctor GRANDA AGUILAR y Pablo HERRERA (Ecuador); Primitivo GUTIÉRREZ SÁNCHEZ (Bolivia); Toshitaka KUDO (Japón); Enrique LETELIER LOYOLA (Chile); Pilar MAESTRE CASAS (España); Juan MENDOZA DÍAZ (Cuba); Elton MIRASHI (Albania); Miguel Ángel PAZ RAMÍREZ (Venezuela); José Gilberto PONCE ANZOLA (Venezuela); Shimon SHETREET (Israel); Elisabetta SILVESTRI (Italia); Dimitrios TSIRIKAKIS (Grecia); Lurdes VARREGOSO MESQUITA (Portugal) y Camilo ZUFELATO (Brasil).

desarrolla más allá de las fronteras, que hace ya mucho tiempo dejaron de ser muros de separación entre soberanías encerradas en sí mismas y debieron iniciar una adaptación a una realidad cambiante y mucho más fluida<sup>4</sup>. Todo ello se refleja, como no podría ser de otra forma, en el ejercicio de una de las potestades soberanas, derivadas por tanto de la propia Constitución, o si se prefiere otra perspectiva, que en realidad es complementaria a la anterior: en la obtención de tutela efectiva por parte de los órganos públicos específicamente organizados para ello, y revestidos de las consiguientes garantías.

Cuando el Tribunal Constitucional español trata de definir el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa del artículo 24.2 de la Constitución<sup>5</sup> afirma «que este derecho garantiza a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses (por todas, SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3, y 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). Ahora bien, el alcance de esta garantía se encuentra delimitado por tres órdenes de consideraciones: en primer lugar, el propio tenor literal del art. 24.2 CE; en segundo lugar, su carácter de derecho constitucional de configuración legal; y, por último, su carácter de derecho procedimental»<sup>6</sup>. De este modo, se incluye la exigencia de «pertinencia», lo cual «implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiéndose por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi* [por todas, SSTC 147/2002, de 15 de julio, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2 a); y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2], ya que, como señaló muy tempranamente este Tribunal, la opinión contraria no sólo iría contra el tenor literal del art. 24.2 CE, sino que conduciría a que, a través de propuestas de pruebas numerosas e inútiles, se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad (AATC 96/1981, de 30 de septiembre, FJ 2; 460/1983, de 13 de octubre, FJ 6; y 569/1983, de 23 de noviembre, FJ 6), vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el art. 24.2 CE (STC 17/1984, 7 de febrero, FJ 4).»

4. Sigue siendo muy pertinente, desde esta perspectiva, la consideración de CAPPELLETTI, M., cuando en su artículo «Appunti per una fenomenologia della giustizia nel secolo XX», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978, núm. 4, 1413-1414, afirmó: «La dimensione internazionale della giustizia implica infatti, prima di ogni altra cosa, abbandono della concezione esclusivistica e monopolistica della sovranità dello Stato; essa implica, com'è eloquentemente proclamato dalla costituzione italiana del 1948, volontà dello Stato di consentire le 'limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni'».

5. Para un examen breve y sistemático *vid.* el estudio de PICÓ y JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del procesal*, Barcelona, 2012, pp. 177-186 y, mucho más ampliamente, su monografía *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996.

6. Así la STC 1/2004, de 14 de enero (Sala Primera).

Esta es una consideración importante respecto a las pruebas que deban obtenerse en el extranjero, pues la valoración de pertinencia debería abstraerse del lugar donde se encuentren las fuentes de prueba necesarias, siempre que una vez introducidas en el proceso por medios válidos puedan tener una relación con el *thema decidendi*, o lo que es lo mismo, puedan contribuir a la convicción del tribunal acerca de la narración de los hechos objeto de prueba. Existe el riesgo de que la necesidad de solicitar la cooperación de autoridades extranjeras se prevea como un factor que pueda alargar indebidamente el proceso, lo cual podría vulnerar el derecho a un proceso razonable o, en terminología constitucional española, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. O por la misma razón, pudiera ocurrir que la prueba solicitada se considerara inútil al tener que pasar por las horcas caudinas del engorroso procedimiento de las comisiones rogatorias. Entendemos que eso sería desviar indebidamente el razonamiento, pues siendo verdad que en muchas ocasiones la necesidad de cooperación en materia probatoria lo que hace es paralizar el proceso, las dificultades en la obtención de la prueba no deberían hacerse recaer en quien ostenta el derecho fundamental a ejercerla. Por ello, en nuestra opinión, lo que se deriva de la Constitución en estos casos no debe ser una degradación del contenido del derecho fundamental, sino la exigencia de arbitrar vías efectivas para la obtención de la prueba que se solicita de manera pertinente.

Es claro que en todo caso se trata de un derecho de configuración legal, y por tanto, «la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido en el Ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio (SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3, y 167/1988, de 27 de septiembre, FJ 2)»<sup>7</sup>. Conforme a esta jurisprudencia ello implica «por un lado, desde la perspectiva de las partes procesales, que hayan solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento (por todas SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2); y, por otro, desde la perspectiva de los órganos judiciales, que es a quienes compete la interpretación de las normas legales aplicables sobre la admisión y práctica de los medios de prueba, que se pronuncien sobre su admisibilidad motivadamente sin incurrir en incongruencia, irrazonabilidad o arbitrariedad y que, en su caso, la falta de práctica de los medios de prueba admitidos no les sea imputable (por todas, SSTC 147/2002, de 15 de julio, FJ 4; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 3; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; y 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3).» Todo lo cual debe ser aplicado también a la prueba solicitada en el extranjero, por tanto, las previsibles dificultades que ello conlleve no deben implicar una inadmisibilidad de la prueba solicitada, pues sería una argumen-

7. Continuamos guiados por la STC 1/2004, de 14 de enero.



tación irrazonable la que se fundara sólo en los problemas que la cooperación internacional puede implicar. Es más, como se deriva de esta propia doctrina constitucional el tribunal debe llevar a cabo las actuaciones apropiadas para que en el momento adecuado pueda practicarse la prueba, ya que de lo contrario tal omisión podría serle imputable<sup>8</sup>.

El tercer elemento que constitucionalmente se tiene en cuenta para considerar vulnerado el derecho fundamental a la prueba es que «quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [por todas, STC 157/2000, de 12 de junio, FJ 2 c)]; ello se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (STC 147/2002, de 15 de julio, FJ 4), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito ( STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 5), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3)»<sup>9</sup>. Desde luego es difícil una justificación *a priori* de ese carácter decisivo de una prueba que ni siquiera tenemos a mano, por estar en un Estado distinto de aquél en el que se está desarrollando el proceso. Pero, de nuevo, entendemos que las consideraciones sobre licitud, pertinencia, conducencia y necesidad de la prueba que el litigante debe exponer al órgano jurisdiccional deben desarrollarse al margen del lugar donde se encuentre la fuente probatoria. Será en caso de admitirse la prueba conforme a las reglas generales y, por consiguiente, ordenarse su práctica, cuando deban aplicarse los procedimientos legalmente aplicables para ello, incluidos los que veremos en los apartados siguientes por tener que superar obstáculos de transnacionalidad.

En definitiva, lo esencial es examinar la relevancia de la prueba respecto al sentido del fallo, y todo ello al margen de otro tipo de razonamientos espurios, que pueden tener consecuencias en la práctica, pero cuyos obstáculos debieran ser superados y no simplemente asumidos como tolerables en un Estado de Dere-

---

8. Como pormenoriza la STC 126/2011, de 18 de julio (Sala Segunda): «Hemos declarado, además, que corresponde a los órganos judiciales la decisión sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas propuestas, que podrán rechazar de forma motivada cuando estimen que las mismas no son relevantes para la resolución final del asunto litigioso. En consecuencia, debe ser imputable al órgano judicial la falta de práctica de la prueba admitida o la inadmisión de pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o con una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria e irrazonable, debiendo entenderse que, fuera de estos supuestos, corresponde a la jurisdicción ordinaria el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas en ejercicio de la potestad jurisdiccional otorgada por el art. 117.3 CE, así como su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia.».

9. Como continúa diciendo el Tribunal Constitucional, en la reiterada STC 1/2004, de 14 de enero: «De ese modo, el recurrente ha de razonar en esta sede en un doble sentido. Por un lado, respecto de la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; de otro, argumentando que la resolución final del proceso judicial podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien, por este motivo, busca amparo (por todas, SSTC 147/2002, de 15 de julio, FJ 4; 79/2002, de 8 de abril, FJ 3; y 165/2001, de 16 de julio)».

cho. Por tanto, consideramos que para la efectividad del derecho fundamental a la prueba pertinente se derivan dos exigencias elementales desde el punto de vista que adoptamos en este análisis: en primer lugar, una dirigida a los órganos competentes del Estado para arbitrar, por sí mismas o a través de cauces convencionales, vías simplificadas y céleres de cooperación en la obtención de pruebas, y en segundo lugar, es preciso que el órgano jurisdiccional competente aplique las vías legales y convencionales que le permitan acceder a esos medios de cognición necesarios para el adecuado ejercicio de su función jurisdiccional, y que de momento se encuentran en lugares lejanos, o por lo menos fuera del ámbito en que ellos mismos puedan ejercitar directamente su potestad.

### 3. La perspectiva transnacional del derecho a la prueba

#### 3.1. La necesidad de la cooperación internacional para la obtención de prueba y sus modelos

Nos situamos, por tanto, anta la exigencia de obtener fuentes de prueba que se encuentran en un territorio distinto de aquél en que se está ejerciendo la potestad jurisdiccional. Las valoraciones sobre licitud, pertinencia, conducencia y necesidad han llevado a la admisibilidad de la proposición probatoria y el obstáculo con el que nos encontramos en este punto es el del elemento de la transnacionalidad<sup>10</sup>, que a su vez puede colocarnos en varios contextos diversos, que podemos agrupar en tres grandes bloques, a cada uno de los cuales habrá que agregar algunos matices.

La situación ordinaria o tradicional es la de las relaciones interestatales, en las que la jurisdicción de un Estado precisa la colaboración de los órganos competentes de otro distinto. En este modelo podemos encontrarnos con la vigencia de convenios bilaterales de cooperación, de convenios multilaterales de ámbito regional o más amplio aún, o subsidiariamente, con aplicación de la legislación interna en función del principio de reciprocidad<sup>11</sup>.

Un segundo modelo es el de una integración mayor que pretende superar las meras relaciones interestatales y avanzar hacia un espacio judicial único, aún con

10. Justamente la Ley española 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en su artículo 3.3 alude a la trascendencia constitucional de este elemento: «En la interpretación y aplicación de la presente ley se procurará asegurar una tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares».

11. Existe aún otro tipo de acuerdos, como el que señala el boliviano Primitivo GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, que implica la relación entre un Estado y un tribunal supranacional. Así el «Acuerdo de Cooperación entre el Ministerio de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos» de 13 de julio de 2009.

obstáculos jurídicos y fácticos difíciles de evitar, y con una construcción compleja y nada fácil. El ejemplo más patente es la cooperación en el ámbito de la Unión Europea por la que desde finales de los años noventa del pasado siglo se formularon los primeros pasos del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia<sup>12</sup>.

Finalmente, los progresos del Derecho procesal supranacional y, especialmente, los condicionamientos de la sinuosa política internacional, permitieron la creación de órganos jurisdiccionales situados por encima de los Estados, aunque de distinta manera: los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en conformidad con el capítulo VII de la Carta (Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión) y la Corte Penal Internacional a partir de un tratado multilateral que conocemos como Estatuto de Roma. Estas diferencias de origen, como se dirá más adelante, influyeron notoriamente en la estructuración de las respectivas relaciones de cooperación.

En la exposición que sigue vamos a tener en cuenta básicamente los dos primeros modelos, dejando algunas referencias específicas sobre el tercer modelo para un breve apartado posterior. Aún así, son muchos los elementos que es preciso tener en cuenta para expresar con cierta precisión los rasgos generales del panorama de cooperación respecto a la obtención de pruebas. Para ello, puede ser útil exponer en primer lugar los elementos generales y dedicar, posteriormente, algún espacio a las especificidades que exigen respectivamente la cooperación civil y la cooperación penal.

### **3.2. Cuestiones generales sobre cooperación internacional para la obtención de prueba**

#### ***A) Panorama general***

Entre las cuestiones generales nos encontramos algunos puntos fundamentales relativos a diferencias de regulación interna entre los Estados que necesitan cooperar y que pueden llevar en los casos concretos a problemas prácticos de difícil evitación. La ausencia de armonización normativa en la regulación del procedimiento probatorio en general lleva a desconfianzas que operan en sentido opuesto a una fluida colaboración entre jurisdicciones, aunque precisamente ciertas comunidades de Estados más integradas vayan tratando de su-

---

12. Punto fundamental en esta evolución fue la formulación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales como «piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión» en la núm. 33 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere (Finlandia) que tuvo lugar durante los días 15 y 16 de octubre de 1999.

perar estos condicionamientos con mayor o menor éxito. Los criterios de admisibilidad de la prueba y los límites y exclusiones probatorias, por supuesto, no son idénticos en los distintos ordenamientos, lo cual es un evidente factor de ralentización, si no de obstaculización en la obtención de pruebas desde otros Estados. A todo ello se suma una escasa atención por parte de la doctrina, sobre todo fuera del ámbito de la Unión Europea<sup>13</sup>.

Téngase en cuenta que se trata de reconocer efectos procesales nucleares a actuaciones provenientes de órganos que, en principio, no ejercen potestad constitucional alguna desde el punto de vista del Estado requirente. Las necesidades de la realidad del tráfico jurídico cada vez más globalizado hacen que sea imprescindible una flexibilización en este sentido, justamente para beneficio común. En concreto, se trata de conceder valor probatorio a actuaciones realizadas en el extranjero<sup>14</sup>, lo cual implica en sí mismo una auténtica revolución desde el punto de vista de la exclusividad jurisdiccional de cada uno de los Estados.

En general son muchos los textos normativos que tratan de ofrecer vías para la cooperación procesal, y entre ellas, bastantes para la obtención de algún tipo de prueba desde el extranjero. En el ámbito del continente americano, desde una perspectiva multilateral, es fundamental la referencia al Código de Derecho Internacional Privado, llamado Código Bustamante, calificado justamente por el Prof. MENDOZA DÍAZ como «un instrumento primigenio en el ámbito de la cooperación judicial en la región americana». Fue elaborado por el destacado profesor cubano Antonio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, y fue aprobado en el VI. Congreso Panamericano de Derecho Internacional Privado, celebrado en La Habana en el año 1928<sup>15</sup>. También, en el ámbito de la OEA, la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias<sup>16</sup> y su protocolo facultativo, o la

13. Así lo reconoce el Prof. ZUFELATO en su informe nacional: «De modo geral o tema da cooperação internacional em matéria processual é pouco desenvolvido pela doutrina processual brasileira. Trata-se de um tema que historicamente sempre foi ligado a órgãos do Estado, mas sem uma crítica da ciência jurídica nem mesmo processual. O mesmo vale quando essa cooperação se dá em matéria probatória». O la conclusión del Prof. MENDOZA DÍAZ: «... en Cuba el tema de la cooperación judicial internacional no ocupa los primeros planos en el campo normativo interno, ni tiene un desarrollo en la doctrina nacional. En fecha reciente se ha estado trabajando en un proyecto de reforma del proceso penal cubano, en el que se pretende incorporar un segmento normativo a esta materia, a fin de instrumentar en el plano nacional los compromisos que el país asumió al rubricar los principales instrumentos que rigen esta materia a nivel internacional en lo relativo a la lucha contra el tráfico de drogas, la corrupción y el terrorismo.»

14. Es importante puntualizar que, en las organizaciones de especial integración, en las que se reconoce una ciudadanía común —que ciertamente no sustituye a la nacional— y en ocasiones conlleva un espacio de libre circulación con sus fronteras exteriores comunes, hablar de extranjería puede sonar anticuado y, desde luego, por lo menos parcialmente superado por los avances de la integración misma. Un ejemplo claro es lo dispuesto en los artículos 20 y ss. del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

15. *Vid.* [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_ven\\_anexo3.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf)

16. Como nos recuerda la Prof. MEROI en su informe nacional, esta convención ha sido ratificada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela

Convención sobre recepción de pruebas en el extranjero<sup>17</sup> y su protocolo facultativo<sup>18</sup>, hechas ambas en Panamá en 1975 y también en el mismo contexto multilateral, la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, hecha en Montevideo en 1979<sup>19</sup>.

Con un enfoque territorial aún más amplio, en el seno de la Conferencia de La Haya para el Derecho Internacional Privado, se elaboraron varias convenciones que directa o indirectamente atañen a esta materia. Entre ellas debe resaltarse en primer lugar, el Convenio de La Haya de 1954 sobre procedimiento civil, que en sus artículos del 8 al 16, dispone que la autoridad judicial de un Estado contratante de acuerdo con las disposiciones de su legislación, podrá dirigirse mediante carta rogatoria a la autoridad competente de otro Estado contratante, pidiéndole que ejecute dentro de su jurisdicción, un acto de instrucción u otros actos judiciales<sup>20</sup>. Por otra parte, más específicamente, el 18 de marzo de 1970 se firmó la Convención sobre obtención de prueba en el extranjero en materias civiles y mercantiles, en vigor desde el 7 de octubre de 1972<sup>21</sup>. Por otro lado, es destacable en el ámbito del Consejo de Europa el Convenio europeo sobre asistencia mutua en materia penal, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, y que durante largo tiempo fue el instrumento principal para la cooperación procesal penal en Europa. En el ámbito de la Unión Europea, es importante el Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil<sup>22</sup>, así como Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal<sup>23</sup> y la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de

---

17. Ratificada por Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

18. Que vincula a Argentina, Ecuador, México, Uruguay, Venezuela.

19. Hay que tener en cuenta también los conocidos como «Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional» (1889 y 1940), que contienen también normas de auxilio jurídico internacional y rigen en el ámbito sudamericano (1889, ratificado por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay; 1940, ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay).

20. Conforme al informe nacional del Prof. Toshitaka KUDO: «Japan is a contracting state to the Convention of 1 March 1954 on Civil Procedure (hereinafter called «CCP»), but has not signed any other regional treaty or multinational convention on taking evidence abroad, including the Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters». Mientras, por otra parte, «South Africa does not possess a piece of legislation that governs the law of evidence in relation to international procedural co-operation between countries», según afirma el prof. Rashri BABOOLAL-FRANK.

21. *Vid.* <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/evidence>

22. Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001 (DOUE L 174 de 27 de junio de 2001).

23. DOUE L 350 de 30 de diciembre de 2008.

2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal<sup>24</sup>. A estos instrumentos, naturalmente, se unen numerosos convenios bilaterales que atienden a otras relaciones interestatales<sup>25</sup>, así como otros multilaterales de contenido específico que tienen algunas disposiciones sobre obtención de pruebas en el extranjero<sup>26</sup>.

Desde el punto de vista español son dos los textos fundamentales a tener en cuenta: la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil<sup>27</sup> y la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que operan como respectivos códigos de cooperación internacional en el ámbito procesal civil y procesal penal<sup>28</sup>. En la exposición que sigue nos basaremos fundamentalmente en algunos textos multilaterales de carácter más amplio, aunque será conveniente alguna referencia más concreta, relativa bien a las regulaciones particulares del Espacio Judicial Europeo, bien a las regulaciones nacionales.

### **B) Código Bustamante**

Como establece el Código Bustamante<sup>29</sup>: «Toda diligencia judicial que un Estado contratante necesite practicar en otro, se efectuará mediante exhorto o comisión rogatoria cursados por la vía diplomática. Sin embargo, los Estados contratantes podrán pactar o aceptar entre sí en materia civil o criminal cualquier otra forma de transmisión» (art. 388), teniendo en cuenta que «El exhorto será redactado en la lengua del Estado exhortante y será acompañado de una traducción hecha en la lengua del Estado exhortado, debidamente certificada por intérprete juramentado» (art. 392). El título VII es el que se refiere específicamente a la prueba, atendiendo a numerosos aspectos particulares,

24. DOUE L 130 de 1 de mayo de 2014.

25. Así el prof. MENDOZA DÍAZ en su informe nacional relata que «En la actualidad se reporta la existencia en Cuba de 23 tratados bilaterales de cooperación en el ámbito jurídico. La mayoría de estos acuerdos fueron rubricados en los años 80 y un gran por ciento de ellos fue con los países del extinto campo socialista. Son convenios generales de asistencia jurídica recíproca, generalmente en el campo civil, familiar y penal, mientras que otros se limitan al campo penal».

26. Por ejemplo, el conocido como Convenio de Palermo, es decir, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional [art. 12.1.b) y concordantes, y especialmente, arts. 13 y del 18 al 30] o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, abierta a la firma en la Conferencia política de Mérida (México) del 9 al 11 de diciembre de 2003 (arts. 46 a 50).

27. BOE, núm. 182, de 31 de julio de 2015

28. BOE, núm. 282, de 21 de noviembre de 2014, con la importante reforma operada por la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación (BOE núm. 142, de 12 de junio de 2018).

29. Aparte de las numerosas declaraciones y reservas, es llamativo el éxito relativo de este texto normativo internacional. En 2018 ha sido ratificado sólo por: Bahamas, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. (Cfr. [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_a-31\\_codigo\\_bustamante\\_firmas.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-31_codigo_bustamante_firmas.asp)).

con unas abundantes normas sobre ley aplicable<sup>30</sup> (art. 398: «La ley que rija el delito o la relación de derecho objeto del juicio civil o mercantil, determina a quién incumbe la prueba»; art. 399: «Para decidir los medios de prueba que pueden utilizarse en cada caso, es competente la ley del lugar en que se ha realizado el acto o hecho que se trate de probar, exceptuándose los no autorizados por la ley del lugar en que se sigue el juicio»; art. 400: «La forma en que ha de practicarse toda prueba se regula por la ley vigente en el lugar en que se lleva a cabo»; art. 401: «La apreciación de la prueba depende de la ley del juzgador»; art. 404: «La capacidad de los testigos y su recusación dependen de la ley a que se someta la relación de derecho objeto del juicio»; art. 405: «La forma del juramento se ajustará a la ley del juez o tribunal ante quien se preste y su eficacia a la que rija el hecho sobre el cual se jura; art. 406: «Las presunciones derivadas de un hecho se sujetan a la ley del lugar en que se realiza el hecho de que nacen»; art. 407: «La prueba indiciaria depende de la ley del juez o tribunal», así como sobre valoración de la prueba (art. 402: «Los documentos otorgados en cada uno de los Estados contratantes, tendrán en los otros el mismo valor en juicio que los otorgados en ellos, si reúnen los requisitos siguientes: 1. Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes del país del otorgamiento y de aquel en que el documento se utiliza; 2. Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse conforme a su ley personal; 3. Que en su otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos; 4. Que el documento esté legalizado y llene los demás requisitos necesarios para su autenticidad en el lugar donde se emplea»; art. 403: «La fuerza ejecutiva de un documento se subordina al derecho local»)<sup>31</sup>.

Como vemos, aunque se trata de la regla predominante, no se aplica en todos los casos la *lex fori*, lo cual conlleva necesariamente complicaciones, pues lo más sencillo sería para el tribunal aplicar siempre el Derecho del lugar en que se desarrolla proceso y, si fuera necesario, hiciera constar en la propia solicitud algunas formas específicas que estime imprescindibles para la validez de la prueba en su propio Derecho, como se previó ya en el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruse-

30. Antes, en el artículo 391 se establece que «El que reciba el exhorto o comisión rogatoria debe ajustarse en cuanto a su objeto a la ley del comitente y en cuanto a la forma de cumplirlo a la suya propia».

31. Es obligado a añadir que los artículos siguientes se refieren a unas reglas especiales para la prueba de leyes extranjeras, sobre las que conforme al artículo 409: «La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada» y «A falta de prueba o si el juez o el tribunal por cualquier razón la estimaren insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable» (art. 410).

las el 29 de mayo de 2000 (art. 4.1)<sup>32</sup> o en el Estatuto de Roma (art. 87.4 y 99.1). Todo ello es, sin embargo, una notable excepción a la norma habitual por la que los órganos jurisdiccionales aplicarán en su actividad procesal las normas de su propio Estado, razonable además porque la práctica de la prueba se lleva a cabo precisamente para tener consecuencias en el Estado requirente.

### C) *Convenciones Interamericanas en el ámbito de la OEA*

En el seno de la Organización de Estados Americanos se hizo en 1975 en Panamá la *Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias*, ratificada también por España<sup>33</sup>. En ella, de manera breve se regula la materia que nos ocupa, pues expresamente se refiere a la realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero y a la recepción y obtención de pruebas de informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto.

Se permite su transmisión al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad central del Estado requirente o requerido según el caso<sup>34</sup>. Los documentos deben ser legalizados y traducidos al idioma del país de destino, aunque su legalización no es necesaria si se transmiten por vía consular o diplomática<sup>35</sup>. Es muy interesante la flexibilización que se permite para los tribunales de zonas fronterizas: «Los tribunales de las zonas fronterizas de los Estados parte podrán dar cumplimiento a los exhortos o cartas rogatorias previstos en esta Convención en forma directa, sin necesidad de legalizaciones» (art. 7). Se establece la norma habitual de que los exhortos o cartas rogatorias se tramitan de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido, aunque a solicitud del órgano jurisdiccional requirente podrá otorgarse al exhorto o carta rogatoria una tramitación especial, o aceptarse la observancia de formalidades adicionales en la práctica de la diligencia solicitada, siempre que ello no fuera contrario a la legislación del Estado reque-

32. DOUE C 197, de 12 de julio de 2000.

33. BOE núm. 195, de 15 de agosto de 1987.

34. Cada Estado Parte informa a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos acerca de cuál es la autoridad central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias.

35. Conforme al artículo 8: «Los exhortos o cartas rogatorias deberán ir acompañados de los documentos que se entregarán al citado, notificado o emplazado, y que serán:

- a. Copia autenticada de la demanda y sus anexos, y de los escritos o resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada;
- b. Información escrita acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, los términos de que dispusiere la persona afectada para actuar, y las advertencias que le hiciera dicho órgano sobre las consecuencias que entrañaría su inactividad;
- c. En su caso, información acerca de la existencia y domicilio de la defensoría de oficio o de sociedades de auxilio legal competentes en el Estado requirente».



rido. Por otro lado, en el trámite y cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias las costas y demás gastos correrán por cuenta de los interesados.

Lo establecido en esta Convención no impide a los Estados parte que pertenezcan a sistemas de integración económica acordar directamente entre sí procedimientos y trámites particulares más expeditos que los previstos en esta Convención y esos acuerdos pueden ser extendidos a terceros Estados en la forma que resolvieren las partes<sup>36</sup>. Tampoco se entiende que restrinja las disposiciones de convenciones que en materia de exhortos o cartas rogatorias hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia.

Más específicamente, se aprobó también en Panamá en 1975 la *Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero*<sup>37</sup>, que condiciona el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias que tuvieren como objeto la recepción u obtención de pruebas o informes en materia civil o mercantil a que la diligencia solicitada no fuere contraria a disposiciones legales en el Estado requerido que expresamente la prohíban y a que el interesado ponga a disposición del órgano jurisdiccional requerido los medios que fueren necesarios para el diligenciamiento de la prueba solicitada<sup>38</sup>. También aquí la ejecución se llevará a cabo conforme a las leyes y normas procesales del Estado requerido, aunque podrá aceptarse la observancia de formalidades o procedimientos especiales adi-

36. Como recuerda Andrea MEROI, en el ámbito del MERCOSUR (Mercado Común del Sur, integrado originariamente por Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina; hoy también son Estados partes Venezuela y Bolivia, y estados asociados, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú y Surinam) rigen:

– El Protocolo de Las Leñas (Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, 1992, y Acuerdo Complementario, 1997)-

– La Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (2002)

– El Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes y la República de Bolivia y la de Chile (2002).

Además, se firmó un Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (1996) que, en su artículo 9, contempla la posibilidad de que se realicen actos procesales a distancia (vgr., contestar demanda, ofrecer prueba, interponer recursos, etc.), ante los jueces del propio domicilio extranjero de la parte respectiva remitiendo la documentación pertinente al juez provincial. Pero lamentablemente, ese instrumento aún no entró en vigencia.

37. [http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp\\_conv\\_interame\\_recep\\_prue\\_extranjero.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conv_interame_recep_prue_extranjero.pdf)

38. Los exhortos o cartas rogatorias en que se solicite la recepción u obtención de pruebas o informes en el extranjero deberán contener la relación de los elementos pertinentes para su cumplimiento, a saber: 1. Indicación clara y precisa acerca del objeto de la prueba solicitada; 2. Copia de los escritos y resoluciones que funden y motiven el exhorto o carta rogatoria, así como los interrogatorios y documentos que fueran necesarios para su cumplimiento. 3. Nombre y dirección tanto de las partes como de los testigos, peritos y demás personas intervinientes y los datos indispensables para la recepción u obtención de la prueba; 4. Informe resumido del proceso y de los hechos materia del mismo en cuanto fuere necesario para la recepción u obtención de la prueba; 5. Descripción clara y precisa de los requisitos o procedimientos especiales que el órgano jurisdiccional requirente solicitare en relación con la recepción u obtención de la prueba, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 párrafo primero, y en el artículo 6.

cionales en la práctica de la diligencia, salvo que sean incompatibles con la legislación del Estado requerido o de imposible cumplimiento. Asimismo, los gastos para el trámite y cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias correrán por cuenta de los interesados.

Por último, nos interesa la *Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero*<sup>39</sup>, de 1979, para la que se consideran medios entre otros, la prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales; la prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia; y los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos.

#### **D) Convención sobre obtención de prueba en el extranjero en materias civiles y mercantiles**

La Convención de 18 de marzo de 1970 es mucho más detallada en cuanto a la regulación de esta materia, no en vano se dedica específicamente a ella, elaborada desde la Conferencia de la Haya. Así se prevé, de manera más sistemática, la emisión de comisiones rogatorias para la obtención de prueba o para la realización de algún acto procesal (art. 1). Cada Estado Parte debe designar su Autoridad Central encargada de la recepción de las comisiones rogatorias —e incluso pueden designar a más de una<sup>40</sup> y se establece el contenido mínimo<sup>41</sup>, sin que sea necesaria la legalización u otro tipo de formalidades. Pero

39. <https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-pruebaderechoext.htm>

40. Así, el artículo 7 de la Ley española 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil determina que la autoridad central española en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil es el Ministerio de Justicia, y en el artículo siguiente se establecen sus funciones:

«a) Verificar la adecuación de las solicitudes que se reciban a lo previsto en los artículos 10, 11, 30 y 31 y demás normas concordantes de aplicación.  
b) Prestar el auxilio y la colaboración que las autoridades judiciales competentes requieran en materia de cooperación jurídica internacional.  
c) Garantizar la correcta tramitación de las solicitudes de cooperación jurídica internacional.  
d) Promover el uso de las redes internas e internacionales de cooperación disponibles.  
e) Proporcionar información sobre Derecho español cuando proceda con arreglo a lo previsto en el artículo 36, así como información sobre Derecho extranjero, conforme a lo dispuesto en los artículos 34 y 35.  
f) Solventar en lo posible las dificultades que puedan suscitarse en el cumplimiento de las solicitudes de cooperación jurídica internacional.  
g) Colaborar con las autoridades centrales de otros Estados, así como con otras autoridades españolas y extranjeras». En otros países como Chile, según el informe nacional de Enrique LETELIER, en 2013 se centralizó la función de la Autoridad Central en la Corte Suprema, prescindiendo entonces de la tradicional intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores; aunque por lo que corresponde a la asistencia procesal penal a partir de 2017 corresponde a la Fiscalía».

41. «A Letter of Request shall specify»:

a) the authority requesting its execution and the authority requested to execute it, if known to the requesting authority;  
b) the names and addresses of the parties to the proceedings and their representatives, if any;  
c) the nature of the proceedings for which the evidence is required, giving all necessary information in regard thereto;  
d) the evidence to be obtained or other judicial act to be performed.

hay flexibilidad en cuanto a la determinación de los cauces de remisión (art. 27.a)<sup>42</sup>. El idioma utilizado debe ser el del Estado requerido, por lo menos en una traducción que acompañe a la copia de la resolución. Pero es posible aceptar una carta rogatoria en inglés o francés o una traducción a una de esas lenguas. La traducción debe ser certificada. Al recibir la solicitud la Autoridad Central puede oponer objeciones a la misma (art. 5).

La autoridad requirente puede solicitar ser informada del momento y el lugar en que tendrán lugar las actuaciones requeridas, con el fin de que las partes y sus representantes puedan estar presentes. E incluso puede solicitarse que personal jurisdicente del Estado requirente esté presente en el momento de la ejecución. La ley aplicable es la del lugar en que se lleve a cabo esta actuación, aunque también aquí la autoridad requirente podrá recabar alguna forma específica, a menos que sea incompatible con el Derecho interno del Estado de ejecución o sea de aplicación imposible (art. 9)<sup>43</sup>. Para la ejecución de la solicitud pueden ser aplicadas medidas de coerción en la medida que lo permita el Derecho interno. Cabe la aplicación de objeciones convencionales a la práctica de la prueba, cuando la persona implicada tenga el privilegio o el deber de rehusar someterse a ella según la legislación del Estado de ejecución o según la del Estado de origen —en este último caso si en la solicitud se ha especificado la existencia de tal privilegio o deber o de otra manera se ha confirmado por la autoridad requirente a la autoridad requerida— (art. 11).

Se limitan en la Convención de 1970 los motivos de denegación, pues conforme al artículo 12 sólo cabe oponer que la actividad requerida no corresponde a los órganos jurisdiccionales en el Estado de ejecución o que éste último considera

---

Where appropriate, the Letter shall specify, inter alia -

- e) the names and addresses of the persons to be examined;
- f) the questions to be put to the persons to be examined or a statement of the subject-matter about which they are to be examined;
- g) the documents or other property, real or personal, to be inspected;
- h) any requirement that the evidence is to be given on oath or affirmation, and any special form to be used;
- i) any special method or procedure to be followed under Article 9.

A Letter may also mention any information necessary for the application of Article 11.

No legalization or other like formality may be required»

42. En la regulación española el artículo 9 de la Ley 29/2015 permite que las solicitudes de cooperación jurídica internacional en materia civil se transmitan, siempre que estuvieran previstas en el ordenamiento jurídico de ambos Estados, por cualquiera de las siguientes vías:

- a) Por la vía consular o diplomática.
- b) A través de las respectivas autoridades centrales.
- c) Directamente entre los órganos jurisdiccionales.
- d) Por conducto notarial, si ello es compatible con la naturaleza del acto de cooperación.

43. Esa es la determinación del artículo 13 de la Ley 29/2015: «Las solicitudes de cooperación jurídica internacional se ejecutarán sin dilación conforme a las normas procesales españolas. Excepcionalmente y a solicitud de la autoridad extranjera requirente podrán aceptarse formalidades o procedimientos especiales, si ello es compatible con la legislación española y resulta practicable».

que su soberanía o su seguridad pudiera verse perjudicada. Argumento este último que puede dar lugar a interpretaciones amplias e incluso arbitrarias. Es interesante la disposición que establece la imposibilidad de denegar la ejecución únicamente con base en que en la legislación interna del Estado requerido éste último tenga jurisdicción exclusiva sobre el asunto debatido en el proceso o en que según esa misma legislación no podría ejercitarse tal pretensión<sup>44</sup>.

El envío de los documentos resultantes de la ejecución de la solicitud se hará por la misma vía por la que se remitió la solicitud<sup>45</sup>. Si no ha sido posible la ejecución en todo o en parte deberá darse a conocer de manera inmediata y deberán explicarse las razones.

En principio, el Estado requerido no tiene derecho al reembolso de los gastos de ningún tipo, pero sí puede reclamar lo pagado a peritos o intérpretes, así como los costes ocasionados por la aplicación de procedimientos específicos reclamados por el Estado requirente y distintos a los ordinarios en el Estado requerido.

No hay que olvidar en todo ello la importancia del aseguramiento de la prueba para garantizar su genuinidad en el momento de ser apreciada y valorada por el órgano jurisdiccional competente del Estado requirente. Con ese fin se permite que en el Estado requerido se nombre a una persona específica para ello con el consentimiento del Estado requirente, con el previo conocimiento de los gastos que ello puede ocasionar<sup>46</sup>.

### ***E) Convenio europeo sobre asistencia mutua en materia penal***

En materia penal, el Convenio de 20 de abril de 1959 es el que ha regido la cooperación en materia probatoria durante largo tiempo en Europa. Este tra-

44. La regulación nacional española, de aplicación subsidiaria, es la del artículo 14 Ley 29/2015: «1. Las autoridades judiciales españolas denegarán las solicitudes de cooperación jurídica internacional cuando:

- a) El objeto o finalidad de la cooperación solicitada sea contrario al orden público.
- b) El proceso de que dimana la solicitud de cooperación sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española.
- c) El contenido del acto a realizar no corresponda a las atribuciones propias de la autoridad judicial española requerida. En su caso, ésta podrá remitir la solicitud a la autoridad competente, informando de ello a la autoridad requirente.
- d) La solicitud de cooperación internacional no reúna el contenido y requisitos mínimos exigidos por esta ley para su tramitación.»

45. Conforme a la legislación española, la transmisión podrá realizarse por cualquier medio que garantice la seguridad y confidencialidad de las comunicaciones y que los documentos son auténticos y legibles (art. 12.3 de la Ley 29/2015) y una vez ejecutadas, las solicitudes se devolverán por la vía de transmisión utilizada para cursarlas (art. 12.4 del mismo texto legal).

46. En los artículos del 15 al 22 del Convenio de 1970 se establecen unas normas particulares para la obtención de pruebas civiles o mercantiles con el concurso de diplomáticos, funcionarios consulares o representantes específicos siempre que no se utilice la coerción y se cumplan determinadas condiciones.

tado internacional se propuso conseguir la más amplia cooperación procesal respecto a las infracciones criminales que en el momento de solicitud de la asistencia recayeran dentro de la jurisdicción de las autoridades judiciales del Estado requirente (art. 1). Se excluyeron los delitos políticos y conexos y los delitos fiscales, así como las solicitudes que pudieran afectar a la soberanía, a la seguridad, al orden público o a otros intereses esenciales del Estado requerido, a criterio de este último.

También aquí el método de cooperación aplicado es el de las comisiones rogatorias<sup>47</sup> y, en su caso, la adición de copias de documentos, salvo que la parte requerida exija el envío de originales. La parte requirente podrá pedir expresamente que se tome declaración bajo juramento a los testigos o peritos y la parte requerida deberá llevarlo a cabo si su propio derecho no lo impide. También aquí puede solicitarse que se notifique el momento y lugar para la ejecución de la comisión rogatoria, y que determinados funcionarios u otras personas interesadas estén presente en la práctica de la prueba. Todo ello se transmitirá a través de los respectivos Ministerios de Justicia (art. 15)<sup>48</sup>.

A través de una declaración, cada Estado puede condicionar la cooperación a que la conducta que motiva el proceso sea sancionable tanto en el Estado requerido como en el Estado requirente, que se trate de una infracción criminal que permita la extradición según la legislación del Estado requerido y que la ejecución de la comisión rogatoria respete el Derecho de este mismo Estado (art. 5).

Se regula la transmisión de documentos, que a nuestros efectos pueden ser citaciones para comparecer con el fin de declarar, y también la entrega temporal de personas en privación de libertad. La entrega puede ser denegada si la persona afectada no consiente, si su presencia es necesaria en el Estado requerido a efectos de un proceso penal pendiente, si la entrega va a prolongar la privación de libertad o si hay otros motivos fundados para denegarla. En todo caso, si se produce la entrega, se le aplicará el principio de especialidad.

---

47. Conforme al artículo 14: «Requests for mutual assistance shall indicate as follows:

- a) the authority making the request,
- b) the object of and the reason for the request,
- c) where possible, the identity and the nationality of the person concerned, and
- d) where necessary, the name and address of the person to be served»

Por otro lado, es preciso determinar de qué infracción criminal se trata y contener un resumen de los hechos.

48. En la legislación albanesa, conforme explica Elton Mirashi en su informe nacional, la regla general en cuanto a las Autoridades centrales es el Ministerio de Justicia (Ministria e Drejtesise), pero en caso de urgencia por cuestiones procesales y otras consideraciones pueden crearse relaciones directas entre los tribunales y órganos de fiscalía, pero con la obligación de enviar una copia de este intercambio e interrelación al Ministerio en un segundo momento. Sin embargo, la Comisión Especial para la Reforma Parlamentaria del Sistema de Justicia en 2015 criticó la falta de armonización con la Convención del Consejo de Europa.

### **F) La simplificación de la cooperación: El principio de reconocimiento mutuo**

Ante este panorama amplio deben situarse las consideraciones sobre la construcción paulatina del Espacio Judicial Europeo por las que se ha procurado establecer ciertos estándares comunes, así como una superación de algunas de las formalidades y limitaciones de la cooperación tradicional con el fin de conseguir una simplificación y una aceleración de la obtención de asistencia procesal entre países que mantienen una relación especialmente estrecha<sup>49</sup>. De este modo, en el ámbito de la Unión Europea —aunque sin aplicación en todos sus Estados miembros, dado el criterio de geometría variable que ha predominado— se han conseguido importantes avances tanto en armonización como en la utilización de vías directas entre órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros<sup>50</sup>, así como la limitación de motivos de denegación, —en especial en el ámbito penal la desaparición del control de la doble incriminación como presupuesto para la concesión de la asistencia solicitada—.

A ello haremos referencias específicas en los epígrafes siguientes, pero es necesario recordar el objetivo del principio de reconocimiento mutuo<sup>51</sup>, y decimos objetivo, porque es evidente que estamos lejos de su consecución completa, que implicaría reconocer y ejecutar una resolución jurisdiccional proveniente de otro Estado miembro como si se tratara de una solicitud de auxilio judicial que proceda de otro órgano jurisdiccional de nuestro propio país<sup>52</sup>. Son claros los avances, pero también lo han sido los obstáculos para una fluida cooperación.

49. Vid. más ampliamente *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Cizur Menor, 2006. En su informe nacional sobre Grecia el Prof. TSIRIKAKIS señala que «The proceedings to obtain evidence abroad which are governed by the Greek procedural law and as well as proceedings governed by the Hague Evidence Convention are more complicated and time consuming than the proceedings governed by the Evidence Regulation due the necessity to send the request to a central authority, also to the Greek Ministry of Justice. On the contrary the Evidence Regulation has introduced a simpler procedure under which the requesting court has direct contact with the requested court and furthermore the requesting court may ask for permission to perform evidence itself in the requested state».

50. De ahí que, conforme al artículo 4 de la Ley española 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil: «Los órganos jurisdiccionales españoles estarán habilitados para el establecimiento de comunicaciones judiciales directas, respetando en todo caso la legislación en vigor en cada Estado. Se entiende por comunicaciones judiciales directas aquéllas que tienen lugar entre órganos jurisdiccionales nacionales y extranjeros sin intermediación alguna. Tales comunicaciones no afectarán ni comprometerán la independencia de los órganos jurisdiccionales involucrados ni los derechos de defensa de las partes».

51. Vid. VAN BALLEGOIJ, W., *The Nature of Mutual Recognition in European Law. Reexamining the notion from an individual rights perspective with a view to its further development in the criminal justice area*, Cambridge, 2015.

52. Como define la Prof. DEL POZO PÉREZ en su informe nacional: «una vez que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya dictado una resolución —que contiene una determinada decisión— en el ejercicio de sus competencias, de acuerdo a su propia legislación, si la misma tiene implicaciones internacionales en el seno de la UE deberá ser aceptada de manera automática por todos los Estados miembros, debiendo producir, además, en los Estados de la UE los mismos efectos o muy similares a los que produciría en su Estado de origen».

Es importante, sin embargo, subrayar una importante novedad que tiene implicaciones directas en la cooperación para la obtención de prueba. Mediante la cooperación entre diversas jurisdicciones se van obteniendo una serie de datos personales que a menudo afectan a derechos fundamentales, sobre todo cuando se trata de la asistencia para procesos penales. Ello justifica una mención a la aprobación reciente del Reglamento General de Protección de Datos<sup>53</sup> y más específicamente la Directiva relativa a la protección de datos personales relacionados con un proceso penal<sup>54</sup>.

#### **4. Algunas cuestiones específicas sobre la obtención de la prueba en el proceso civil**

En las páginas anteriores hemos hecho ya referencia a diferentes instrumentos normativos relativos a la obtención de pruebas en el extranjero para ser utilizadas en un proceso cuyo objeto sea de naturaleza civil o mercantil, pero puede ser útil completar esa exposición panorámica con algunos aspectos más concretos en los que será imprescindible extendernos algo más en las alusiones relativas al Espacio Judicial Europeo o a la creación de un espacio similar de integración en el ámbito de MERCOSUR. La asistencia judicial tradicional como vía para la obtención de prueba a través de Autoridades Centrales, cuando no son puntos de contacto judiciales, y de procedimientos extraordinariamente formalizados, debería quedar para aquellos casos de patente desconfianza entre jurisdicciones. Dicho de otra manera: la cooperación judicial no puede tener la consecuencia de la convalidación de vulneraciones de derechos. Pero cuando esto no es así, cuando estamos en relaciones de amistad y alta cooperación a diversos niveles entre Estados, parece lógico tratar de agilizar la eficacia del derecho fundamental a la prueba transnacional.

En este sentido el ya citado Reglamento (CE) No 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, trata de simplificar y acelerar la cooperación entre jurisdicciones para una rápida y eficaz obtención de pruebas que se encuentran en otros Estados

---

53. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) DOUE L 119 de 4 de mayo de 2016.

54. Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. DOUE L 119 de 4 de mayo de 2016.

miembro. Por ello permite la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, o la realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro, y todo ello utilizando las comunicaciones directas<sup>55</sup>. De este modo a los órganos centrales les queda una función muy subsidiaria: «a) facilitar información a los órganos jurisdiccionales; b) buscar soluciones en caso de que una solicitud plantee dificultades; c) a modo de excepción y a instancia de un órgano jurisdiccional requirente, trasladar una solicitud al órgano jurisdiccional requerido».

Al recibir la solicitud el órgano jurisdiccional requerido ejecutará la solicitud con la mayor brevedad y, a más tardar, en los noventa días siguientes a la recepción de la solicitud. La legislación aplicable será la del Estado requerido. También aquí se permite que el órgano jurisdiccional requirente pida que la solicitud se ejecute de acuerdo con alguno de los procedimientos especiales previstos en el Derecho de su Estado miembro, mediante un formulario determinado<sup>56</sup>.

Es posible solicitar al órgano jurisdiccional requerido que utilice los medios tecnológicos de comunicación en la realización de la obtención de pruebas, en particular la videoconferencia y la teleconferencia. Y el requerido accederá a ello, a no ser que ésta sea incompatible con el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido o que existan grandes dificultades de hecho.

En caso de que así lo prevea el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente, las partes y, en su caso, sus representantes tendrán derecho a estar presentes cuando el órgano jurisdiccional requerido realice las diligencias de obtención de pruebas. También los mandatarios del órgano jurisdiccional requirente, si ello es compatible con el Derecho del Estado requirente. Si fuera necesario, el órgano jurisdiccional requerido recurrirá para la ejecución de la solicitud a medidas coercitivas adecuadas en los casos y en la medida previstos por el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido para la ejecución de solicitudes presentadas con el mismo fin por autoridades nacionales o por una de las partes. Cabe la obtención directa de

55. Artículo 2: «1.El órgano jurisdiccional ante el que se halle iniciada o se prevea incoar la causa (en lo sucesivo «el órgano jurisdiccional requirente»), remitirá directamente al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro (en lo sucesivo «el órgano jurisdiccional requerido»), las solicitudes a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 1 (en lo sucesivo «las solicitudes»), a los efectos de la realización de diligencias de obtención de pruebas.

2. Cada Estado miembro elaborará una lista de los órganos jurisdiccionales competentes para la realización de las diligencias de obtención de pruebas de conformidad con el presente Reglamento. Esta lista mencionará asimismo el ámbito de competencia territorial y, en su caso, especial de dichos órganos jurisdiccionales».

56. El órgano jurisdiccional requerido cumplirá dicha petición, a no ser que el procedimiento en cuestión sea incompatible con el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido o que existan grandes dificultades de hecho. En caso de que el órgano jurisdiccional requerido no acceda a la petición por alguno de los motivos arriba citados, informará al órgano jurisdiccional requirente mediante el otro formulario determinado.



pruebas por el órgano jurisdiccional requirente siempre que no sea necesarias medidas de coerción. Para ello debe remitirse la solicitud al órgano central o al órgano jurisdiccional competente conforme a un formulario predefinido<sup>57</sup>.

Por su parte, la Ley 29/2015 prevé como regulación subsidiaria en España para los actos de comunicación, notificación y traslado de documentos judiciales al extranjero que los órganos jurisdiccionales españoles podrán transmitir solicitudes de notificación y traslado de documentos al extranjero, bien a través de la autoridad central española, bien directamente a la autoridad competente del Estado requerido. Además, siempre que no se oponga la legislación del Estado de destino, las autoridades españolas podrán practicar las comunicaciones directamente a sus destinatarios con las necesarias garantías que permitan dejar constancia de su recepción. También se prevé la notificación y traslado de actos extrajudiciales.

Más en concreto en los artículos 29 y ss. se regula la práctica y obtención de pruebas en el extranjero para que surtan efecto en un procedimiento judicial en España, o en España para que surtan efecto en un proceso extranjero. Para ello se determinan unas especialidades en la solicitud dirigida a tomar declaración de una persona, que incluirán las preguntas que hayan de formularse o los hechos sobre los que verse<sup>58</sup>; también para el caso de examen de testigos o para el examen de documentos u otros objetos, que deberán ser razonablemente identificados.

## **5. Algunas cuestiones específicas sobre la obtención de prueba en el proceso penal**

Respecto a la asistencia judicial en materia penal como vía para la obtención de prueba también es preciso aludir a algunos avances concretos tanto relativos a la realización de diligencias propiamente de investigación, como al aseguramiento de los elementos probatorios obtenidos. También desde este punto de

---

57. La prof.<sup>a</sup> MAESTRE CASAS alude al problema del carácter obligatorio y/o exclusivo del Reglamento 1206/2001. De acuerdo con el artículo 1.1, letra a), éste se va a aplicar cuando la práctica de la prueba o la asistencia jurídica es requerida en un proceso que se desarrolla en un Estado miembro y ha de realizarse en otro Estado miembro. Por tanto, regula la obtención transfronteriza de pruebas, aunque, como precisa el TJUE, no de un modo exhaustivo pues únicamente pretende facilitar dicha obtención, permitiendo el acceso a otros instrumentos que persigan el mismo objetivo (*vid.* la STJUE de 6 septiembre 2012, As. C-170/11: Lippens y otros). Esta afirmación provoca que puedan utilizarse varios mecanismos de obtención de pruebas al mismo tiempo, lo que no facilita la tarea de los órganos jurisdiccionales a la hora de decidir qué norma aplicar.

58. Es interesante el debate que puede suscitarse en este punto sobre si no sería mejor priorizar la vía de la videoconferencia y, por tanto, no adelantar el envío de las preguntas, con el fin de estimular la inmediatez. En nuestra opinión, sí sería recomendable, pero no tanto para asegurar la inmediatez —que puede llevar a distorsiones en la apreciación de la prueba— sino para fortalecer la contradicción y espontaneidad del debate procesal.

vista la aplicación del principio de reconocimiento mutuo paulatinamente ha venido a superar las previsiones del Convenio del Consejo de Europa de 1959 y, además, las del Convenio celebrado por el Consejo Europeo, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, texto que se inscribía aún en el ámbito de las relaciones intergubernamentales de la Unión Europea.

Una primera aplicación limitada de este principio para la obtención de pruebas fue a través del llamado exhorto europeo de obtención de pruebas<sup>59</sup>, entendido como una resolución judicial por la que se podían recabar directamente objetos, documentos y datos de otro Estado miembro<sup>60</sup>. Antes se había regulado la aplicación transnacional de decisiones de aseguramiento de la prueba, con la finalidad de poder reclamarla en el futuro y así se mantiene en la Ley española Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales<sup>61</sup>.

Pero las medidas concretas para la obtención de prueba penal en el extranjero se contienen básicamente en la llamada «orden europea de investigación»<sup>62</sup>, que ha implicado —a destiempo, todo sea dicho— la incorporación de un nuevo título (X) a la Ley 23/2014. Tal orden se define como una resolución penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, dictada con vistas a la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de pruebas para su uso en un proceso penal. También se podrá emitir una orden europea de investigación con vistas a la remisión de pruebas o de diligencias de investigación que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado miembro de ejecución<sup>63</sup>.

59. Aprobado por la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal. (DOUE L 350 de 30 de diciembre de 2008).

60. Cabe decir que esta norma fue derogada por el Reglamento (UE) 2016/95 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 por el que se derogan determinados actos en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal (DOUE L 26 de 2 de febrero de 2016). No así las normas de trasposición en el ordenamiento español como señala la prof. DEL POZO PÉREZ en su informe nacional.

61. Se trata de la trasposición de la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DOUE L 196 de 2 de agosto de 2003).

62. Creada por la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DOUE L 130, 1 de mayo 2014).

63. Se consideran autoridades de emisión los jueces o tribunales que conozcan del proceso penal en el que se debe adoptar la medida de investigación o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento. Son también autoridades de emisión los Fiscales en los procedimientos que dirijan, siempre que la medida que contenga la orden europea de investigación no sea limitativa de derechos fundamentales. Y de manera harto incoherente con nuestro sistema que mantiene al Juez de Instrucción como responsable de las investigaciones pena-

Con ese importante objetivo, se prevé la utilización de este instrumento para el traslado temporal a España de personas privadas de libertad en el Estado de ejecución, para el traslado temporal al Estado de ejecución de personas privadas de libertad en España, para una comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual<sup>64</sup>, para obtener información sobre cuentas bancarias y otro tipo de cuentas financieras, para obtener información sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras, para obtener pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo, para realizar investigaciones encubiertas, para intervención de telecomunicaciones o para adoptar medidas de aseguramiento de prueba o de diligencias de investigación en relación con los medios de prueba. Por otro lado, la Ley 11/2003, de 21 de mayo, es la que regula los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea<sup>65</sup>.

## 6. El reto de la obtención transnacional de prueba electrónica

Las características propias de lo que conocemos genéricamente como prueba electrónica hacen que debamos referirnos a dos realidades distintas: por un lado, la prueba que utiliza los medios electrónicos para probar hechos físicos, y por otro, la prueba que utiliza los medios electrónicos para probar hechos electrónicos<sup>66</sup>. Es decir, por un lado, hay una realidad tradicional en la que nos encontramos con acciones u omisiones con relevancia jurídica que pueden ser probadas a través de la aplicación de algunos de los instrumentos que podemos englobar en lo que conocemos como tecnologías de información y comunicación —un ejemplo es la videoconferencia de la que ya se ha hablado anteriormente, que permite un interrogatorio de parte o una declaración testifical a distancia—. Pero, por otro lado, las propias tecnologías electrónicas se convierten en un medio de realización de conductas, con trascendencia penal o no, pero a menudo con necesidad de prueba: el comercio electrónico, la ciberdelincuencia, .... Cuando hablamos de cooperación transnacional en la obtención de prueba electrónica nos referimos a ambas perspectivas, aunque es la segunda la que, como es evidente, ofrece mayores novedades.

---

les, salvo algunas excepciones, se considera como autoridad competente en España para recibir las órdenes europeas de investigación emitidas por las autoridades competentes de otros Estados miembros al Ministerio Fiscal.

64. Como señala el magistrado José Alberto CRUCETA ALMANZAR en su informe nacional sobre la República Dominicana: «La Suprema Corte de Justicia dictó en fecha 3 de julio de 2014 la Resolución No. 2463-2014, sobre el Desarrollo de la Videoconferencia como Herramienta de Cooperación Internacional, la cual reglamenta el uso de la videoconferencia como un instrumento de recolección, conservación e incorporación de pruebas, y los procesos, a través de la cooperación jurídica internacional entre los Estados, garantizando siempre los derechos de las partes».

65. BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2003.

66. Cfr. BUENO DE MATA, F., *Prueba electrónica y proceso 2.0*, Valencia, 2014, p. 104.

Entre los abundantes trabajos realizados en el Consejo de Europa para facilitar la cooperación procesal destaca, sobre el punto que estamos tratando, el Convenio de Budapest<sup>67</sup> sobre ciberdelincuencia (STE núm. 185), que pretende una cierta armonización penal y procesal penal entre los Estados miembros y dedica su capítulo tercero justamente a la cooperación internacional, bajo el siguiente principio general: «Las Partes cooperarán entre sí en la mayor medida posible, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo, en aplicación de los instrumentos internacionales aplicables a la cooperación internacional en materia penal, de acuerdos basados en legislación uniforme o recíproca y de su derecho interno, para los fines de las investigaciones o los procedimientos relativos a los delitos relacionados con sistemas y datos informáticos o para la obtención de pruebas electrónicas de los delitos» (art. 23). Es cierto que se trata de un texto ya antiguo, sobre todo si tenemos en cuenta los avances vertiginosos en la criminalidad electrónica, siempre por delante de la persecución jurídica, pero es fundamental tenerlo en cuenta cuando son numerosos los Estados de nuestro entorno que se están vinculando a sus preceptos<sup>68</sup>.

Y siguiendo el propósito ya tradicional de perfeccionar las normas elaboradas por el Consejo de Europa<sup>69</sup>, desde la Comisión Europea el pasado mes de abril ha propuesto nuevas normas de gran interés, básicamente en tres sentidos<sup>70</sup>: en primer lugar, la creación de una orden europea de entrega de pruebas elec-

---

67. Fue hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, con el objeto de completar entre otros el Convenio Europeo en materia de Asistencia Penal, de 20 de abril de 1959 (STE núm. 30) y su Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1978 (STE núm. 99). Es importante señalar que se trata de un tratado abierto a la firma de otros Estados distintos a los que integran el Consejo de Europa que hayan participado en su elaboración y, además, conforme su artículo 37.1: «Tras la entrada en vigor del presente Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, previa consulta con los Estados Contratantes del Convenio y una vez obtenido su consentimiento unánime, podrá invitar a adherirse al presente Convenio a cualquier Estado que no sea miembro del Consejo y que no haya participado en su elaboración. La decisión se adoptará por la mayoría establecida en el artículo 20.d) del Estatuto del Consejo de Europa y con el voto unánime de los representantes con derecho a formar parte del Comité de Ministros». De este modo, este convenio vincula, entre muchos otros, a países como Argentina (desde el 1 de octubre de 2018), Australia (desde el 1 de marzo de 2013), Canadá (desde el 1 de noviembre de 2015), Chile (desde el 1 de agosto de 2017), Costa Rica (desde el 1 de enero de 2018), República Dominicana (desde el 1 de junio de 2013), Israel (desde el 1 de septiembre de 2016), Japón (desde el 1 de noviembre de 2012), Panamá (desde el 1 de julio de 2014), Paraguay (desde el 1 de noviembre de 2018) o Estados Unidos de América (desde el 1 de enero de 2007).

68. En concreto, España publicó el Instrumento de Ratificación en el Boletín Oficial del Estado núm. 226, de 17 de septiembre de 2010.

69. El Vicepresidente primero de la Comisión, Frans TIMMERMANS declaró: «Las pruebas electrónicas son cada vez más importantes en los procesos penales. No podemos permitir que los delincuentes y los terroristas exploten las tecnologías de la comunicación electrónicas y modernas para ocultar sus actividades delictivas y eludir la acción de la justicia. No debe haber lugar alguno en Europa donde puedan ocultarse los delincuentes y los terroristas, ni en línea ni fuera de línea. Con las propuestas que hoy presentamos, se establecen instrumentos sin precedentes que permitirán a las autoridades competentes no solo recabar pruebas electrónicas de manera rápida y eficaz allende las fronteras, sino también ofrecer garantías sólidas para los derechos y las libertades de todos los interesados».

70. Como señala el Prof. BUENO DE MATA en su informe sobre España: «Las autoridades de la UE son conscientes de que la Orden Europea de Investigación debe ser reforzada a través de mecanismos complementarios que recojan las particularidades de la comisión de delitos en Internet encaminados a obtener pruebas electrónicas por las distintas autoridades».

trónicas por la que la autoridad judicial de un Estado pueda solicitar correos electrónicos y textos o mensajes en aplicaciones directamente a un prestador de servicios; en segundo lugar, la aprobación de una orden de conservación para impedir que se supriman datos específicos con el fin de que puedan ser recabados en un futuro y, en tercer lugar, la obligación de designar a un representante legal de los prestadores de servicios en la Unión para la recepción, cumplimiento y control de la aplicación de las resoluciones y órdenes emitidas por las autoridades competentes de los Estados miembros a fin de recabar pruebas en los procesos penales<sup>71</sup>.

Como señala la Prof. <sup>a</sup> DEL POZO PÉREZ la orden europea de investigación establece un régimen único para la obtención de pruebas y pretende ser un nuevo sistema global/general de obtención de diligencias de investigación transeuropea (que pueden valorarse como prueba anticipada o preconstituida). Las ventajas son evidentes: Evita la actual dispersión y fragmentación normativa, refuerza el principio de reconocimiento mutuo basado en la confianza y la equivalencia, acaba con la inseguridad jurídica, mantiene los avances y «buenas prácticas» de la cooperación europea y los hace vinculantes: transmisión y asistencia judicial directa y Judicialización, acelera el procedimiento, refuerza los derechos fundamentales del investigado y elimina la actual confusión entre los prácticos del Derecho.

## **7. La cooperación transnacional para la obtención de prueba y el instituto iberoamericano de derecho procesal: el Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica**

En una ponencia en la que se representa al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal es imprescindible hacer una referencia específica a los trabajos desarrollados hace algún tiempo para la elaboración de un Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica. La base para ello fue la constatación de dar respuesta a la exigencia de tutela judicial transnacional. Y la finalidad «la reunión de los principios fundamentales y reglas generales inherentes a la jurisdicción transnacional que, con las adaptaciones necesarias a cada Estado, sea pasibles de aplicación en todos los sistemas jurídicos que consagren un Estado de Derecho».

Así, siendo presidente del Instituto el Prof. PARRA QUIJANO en 2005 se propuso la preparación de este Código por una comisión presidida por la añorada Ada PELLEGRINI GRINOVER, siendo secretario Ricardo PERLINGIERO. El texto final fue

---

71. *Vid.* [europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-3343\\_es.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3343_es.pdf)

aprobado por la Comisión de Revisión en Salvador de Bahía en septiembre de 2007, con lo que se seguía la senda de elaboración de orientaciones articuladas para la armonización normativa entre los ordenamientos de los países de nuestro ámbito geográfico.

Llama la atención la elección de la expresión «cooperación interjurisdiccional», aunque debemos decir que la compartimos, pues en el fondo se trata de facilitar la cooperación entre jurisdicciones que se necesitan entre sí<sup>72</sup>, y además abre el camino hacia una despolitización de la asistencia procesal, al subrayar que quienes deben ayudarse son las jurisdicciones, no exactamente los Estados entendidos como un todo en el que se incluyen las diversas ramas del poder político, evitando así las interferencias políticas en el peor de los sentidos. Es pronto para obtener las consecuencias prácticas de esta idea, pero probablemente estemos en el buen camino.

Obviamente el Código tiene una ambición de completitud, no sólo porque se refiere a la cooperación procesal civil y a la penal, sino porque introduce diversas modalidades de asistencia procesal, con una destacada referencia a la licitud como presupuesto para la admisión de la prueba, a partir de la cual se entienden admisibles para este tipo de cooperación todos los medios de prueba obtenidos lícitamente (art. 5). Se admite la prueba por videoconferencia y el intercambio de informaciones sobre el derecho extranjero. Hay una norma de flexibilización al proponerse que no necesitan traducción los documentos que puedan ser comprendidos<sup>73</sup>.

Específicamente sobre la cooperación penal se prevé la realización de pruebas y la obtención de informaciones, la investigación conjunta y la comparecencia temporaria de personas y serían de aplicación también a la perspectiva de obtención de pruebas en el extranjero los procedimientos regulados en el capítulo IV, de auxilio mutuo, carta rogatoria, e incluso la impugnación de la eficacia de decisiones extranjeras o de ejecución de las mismas, incluso como medidas judiciales de urgencia. Es necesario arbitrar vías para el conocimiento y la discusión de Código Modelo desde las diversas perspectivas nacionales.

72. Podría ser más discutible la utilización del término «interjurisdiccional» si se observa que se incluyen en el ámbito de aplicación no sólo la cooperación entre Tribunales, sino también entre órganos administrativos, y entre órganos administrativos y tribunales de diversos Estados. El punto de encuentro está, sin embargo, en que todo ello tiene un objetivo común: «lograr la efectividad de la prestación jurisdiccional transnacional» (art. 1). De todas formas, tal vez exista cierta contradicción cuando se encabeza el capítulo IV refiriéndose a los «Procedimientos de cooperación *interjurisdiccional*» y en el primero de ellos, el «auxilio mutuo», se incluye «el intercambio de actos o diligencias que no impliquen la intervención de la jurisdicción o no tengan naturaleza jurisdiccional en el Estado requerido».

73. Y se presumen auténticos, salvo prueba en contrario, los documentos tramitados por medio de autoridades centrales o por vía diplomática.

Posiblemente sea pronto aún para hacer propuestas de perfeccionamiento de este interesante Código Modelo, dado el escaso tiempo transcurrido desde su aprobación y el aún limitado conocimiento que se tiene de este texto entre los juristas latinoamericanos. Es preciso el debate sin duda; pero no debemos perder de vista que algunos países que conforman el Espacio Iberoamericano ya han dado ciertos pasos para una mayor simplificación y eficiencia de la asistencia judicial, que deben ser considerados y tal vez incorporados en el modelo que el Instituto pueda ofrecer a la reflexión jurídica en nuestro entorno.

## 8. Cooperación procesal en materia de prueba y tribunales internacionales

Si hay un ámbito en que es imprescindible la cooperación procesal es respecto a los tribunales internacionales que se encargan del enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales (genocidio; crímenes de lesa humanidad; crímenes de guerra; agresión). En estos ámbitos las fuentes de prueba se encontrarán muy probablemente en el territorio donde se han cometido tales crímenes —aunque es posible que algunas de ellas se encuentren en territorios distintos—. Esta circunstancia elemental conlleva la necesidad de que los órganos de investigación y enjuiciamiento integrados en estas instituciones complejas reclamen la entrega de los elementos probatorios a quien disponga de ellos. Recuérdese además que tanto los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, como la Corte Penal Internacional<sup>74</sup> tienen su sede ordinaria en La Haya, por tanto, salvo que las sesiones transcurran de manera excepcional en otro lugar, será allí donde deba remitirse el acervo probatorio, sea físicamente, sea a través de transmisiones *on line*.

Sin ánimo de entrar de lleno en los problemas prácticos de la cooperación en materia probatoria con estos tribunales internacionales, sí es preciso destacar una diferencia estructural importante. Cuando es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas quien crea la institución jurisdiccional se crea una relación de verticalidad con los Estados a los que se pide asistencia, de ahí que las normas de cooperación con los Tribunales penales *ad hoc* son breves, concisas y directas: se exige la cooperación desde una posición superior. Pero no es exactamente así cuando se trata de cooperar en la obtención de fuentes de prueba por la Corte Penal Internacional, pues tanto el Estatuto de Roma como las Reglas de Procedi-

---

74. Omitimos en este punto las referencias a la obtención de prueba por los llamados «Tribunales Especiales Mixtos» que combinan en su conformación a juristas nacionales y juristas extranjeros —por ejemplo el Tribunal Especial de Sierra Leona, el Tribunal Especial para el Líbano o las Salas Especiales para Camboya—, pues por sus propias características exigirían un estudio más específico, que sin embargo, no se apartaría demasiado de las exigencias de cooperación en la obtención de prueba en los tres modelos que se han expuesto en el texto.

miento y Prueba colocan la cooperación en una posición distinta, podríamos decir que intermedia entre la cooperación vertical de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda y la cooperación horizontal de la cooperación tradicional interestatal. De ahí que en numerosos puntos la normas que regulan el proceso ante la Corte refuerzan la obligación genérica del artículo 86 del Estatuto, no con facultades coercitivas, de las que carece, sino con unas mucho más suaves medidas de negociación por las que se puedan encontrar vías más aceptables para el Estado al que se solicita la cooperación<sup>75</sup>.

## 9. Conclusiones

De todo ello se deducen una serie de conclusiones muchas de las cuales son claras. La primera de ellas es la inflación de fuentes normativas multilaterales y bilaterales, lo que puede llevar a una grave inseguridad<sup>76</sup>, la cual es mucho mayor si sometemos la cooperación procesal internacional a los vaivenes de la política, como ha sucedido con tanta frecuencia.

Otro de los problemas al que ya hemos aludido es la ausencia de armonización normativa que dificulta notablemente la buena disposición hacia una efectiva cooperación. Directamente aparece como un factor que incrementa el tiempo. Pero tenemos ejemplos claros en que la dilación no ha sido en absoluto un problema, así en el informe sobre Argentina, aunque no así en el de Uruguay<sup>77</sup>. En algunos casos se habla derechamente de la existencia de procedimientos anticuados, y en algún otro incluso de la ausencia de trámites propiamente dichos.

También redundante en la inseguridad la fluctuación de autoridad central según el gobierno de turno, lo cual estaría relacionado con otro problema que se

75. Cfr. SWART, B., «General Problems», en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, [A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (eds.)], vol. II, Oxford, 2002, p. 1594.

76. La Prof. <sup>a</sup> MEROI alude a este inconveniente y recuerda que, entre las conclusiones a las que llegó la Sección Derecho Internacional Privado sobre «Aplicación de las normas más favorables a la Cooperación Judicial Internacional» del XXVº Congreso Argentino de Derecho Internacional (La Plata, Argentina, 26 y 27 de septiembre de 2013) estaba la de aplicar siempre la norma más favorable a la cooperación judicial internacional («En el caso de pluralidad de fuentes en principio aplicables y sin perjuicio de las normas de compatibilidad y del derecho de los tratados en lo que fueren pertinentes, se deberá aplicar la norma más favorable a la cooperación judicial internacional»), lo cual sin embargo no siempre puede resultar sencillo de determinar.

77. La profesora María Virginia BARREIRO en su informe sobre Uruguay hace notar que: «Los principales problemas prácticos que se observan en el diligenciamiento de los exhortos y cartas rogatorias refieren fundamentalmente a la demora en su diligenciamiento. En algunos casos debido al incumplimiento de los requisitos formales exigidos por la normativa lo que implica la devolución del exhorto o carta rogatoria a la autoridad requirente para su corrección. En otros casos la demora esa causada en la ausencia o insuficiencia de un relato claro del expediente que permita realizar el diligenciamiento de la prueba en forma útil y productiva. Por lo que el estricto cumplimiento de los requisitos establecidos en las convenciones y acuerdos resulta fundamental para evitar dilaciones en el diligenciamiento».



expresa en algunos informes nacionales: la falta de información precisa, que en los días actuales parecería fácil de resolver simplemente a través de una página web debidamente actualizada.

En ocasiones se aprecia una evidente falta de adhesión a las normas generales, aunque en otras ello supone una flexibilización en favor de la eficacia de la cooperación, en línea con un *principio pro cooperatione*, que puede llevar incluso a admitir la asistencia judicial cuando se han incumplido los trámites legalmente aplicables.

Otro asunto que en la práctica no es menor es el relativo a quién costea los gastos de la cooperación. Mientras que las convenciones interamericanas los atribuyen al interesado, entendemos que ese criterio podría vulnerar el derecho fundamental a la prueba, que como hemos tratado de destacar incluye también a la prueba situada en el extranjero. Las dificultades económicas en la satisfacción de los gastos para la eficacia de un derecho fundamental no deben frustrar la eficacia de tal derecho. La solución es bien arbitrar sistemas adecuados y eficientes para quien tenga escasas posibilidades económicas o bien, de manera más generalizada, que sea el Estado quien directamente se haga cargo de esos gastos.

Puede facilitar mucho las cosas el camino hacia la digitalización, al que se refieren tanto el informe sobre Chile, como el de Uruguay. La disminución de demoras podría ser inmediata y a medio plazo también podría redundar en un decrecimiento de los costes. En los tiempos que corren las distancias se salvan fácilmente acudiendo a las tecnologías de información y de comunicación.

# International cooperation and evidence in the nordic, baltic, and former socialist countries; continental europe, and common law europe<sup>1</sup>

---

*Dr. Laura Ervo  
Professor of Law, Excellent Teacher, Örebro University, SE-701 82 Örebro, Sweden.  
Laura Ervo Professor i rättsvetenskap / Dr., Professor of Law Örebro universitet/ The  
Örebro University SE-701 82 Örebro Sverige / Sweden  
Adjunct professor, The Universities of Turku, Helsinki and Eastern Finland.  
Trained on the Bench.*

## Summary

This general report covers the European countries except Southern Europe, which is grouped with Latin America and covered by another general report written by Professor Lorenzo Mateo Bujosa Vadell.

The present report is compiled on the basis of the following national reports, which cover Europe in five blocks; namely the Scandinavian countries (by Nylund), the Baltic countries (by Vebrate), continental European countries, using the Netherlands and Germany as examples (by Krans and Ribbers); common law countries, using England and Wales as examples (by

---

1. The general report is based on the national reports written by:

Dr. hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska prof. US University of Szczecin, Poland, Dr. Aleksandra Klich University of Szczecin, Poland and Dr. Joanna Studzińska University of Kozminski, Warsaw, Poland.

Professor, Dr. Bart Krans, Leiden University, the Netherlands and PhD fellow Pauline Ribbers, Leiden University, the Netherlands.

Professor, Dr. Anna Nylund, University of Tromsø – The Arctic University of Norway.

Dr. Senior Teaching Fellow John Sorabji, University College London, United Kingdom.

Associate professor, Dr. Vigita Vebrate, Vilnius University, Lithuania.

Sorabji), and former socialist countries, using Poland, the Czech Republic and Slovakia as examples (by Flaga-Gieruszyńska, Klich and Studzińska).

The common description of the Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, drafted in The Hague on 18 March 1970, and Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters (chapters 1 and 2) is mainly based on the national report written by Krans and Ribbers.

The general report primarily covers international cooperation outside and inside the EU, using EU instruments, while additionally touching upon regional and bilateral co-operation. At the end of the report, some specific practical problems and current topics are covered separately, i.e. in particular the use of modern technology in cross-border situations.

## 1. Global Cooperation – The Hague 1970 Convention

With regard to the taking of evidence outside the European Union, the Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters is an important instrument.<sup>2</sup> This Convention replaced two (earlier) instruments on civil procedure<sup>3</sup> which had been limited to authorizing consular requests for deposition of witnesses and for authorizing bilateral agreements with regard to direct communication between States.<sup>4</sup> The intention of the drafters of the Convention was to simplify and expedite the process by which evidence could be gathered in transnational civil litigation.<sup>5</sup> A 'central' aim of the Convention is to ensure that evidence gathered abroad will be 'appropriate for use' in a civil procedure in the requesting State. To this end, the Convention enhances cooperation between courts in the pro-

---

2. See in general: *Practical Handbook on the Operation of the Hague Evidence Convention*, HCCH Publications 2016. See for the full text of the Convention: [www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=82](http://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=82).

3. The 1905 and 1954 Hague Conventions on Civil Procedure.

4. Hatzimihail and Nuyts 2005, p. 22.

5. Buxbaum 2005, p. 345. Cf. Amram 1970, p. 1: 'In broad outline, the Convention seeks to: a) improve the existing system of Letters of Request; and b) enlarge the devices for the taking of evidence by increasing the powers of consuls and by introducing, on a limited basis, the concept of the commissioner; and at the same time c) preserve all existing more favourable and less restrictive practices resulting from internal law, internal rules of procedure and bilateral or multilateral conventions'.

cess of getting evidence itself.<sup>6,7</sup> The Convention was signed during the Hague Conference on Private International Law in October 1968.<sup>8</sup> At the time of writing, in 2018, there are 61 Contracting Parties, including the United States of America, the Russian Federation, and the People's Republic of China.<sup>9</sup> With the exception of Belgium, Austria and Ireland, the other (25) EU-Member States are also Party to the Convention. The Convention distinguishes two<sup>10</sup> methods for the taking of evidence, i.e. on the one hand, by means of letters of request, where detailed rules are set out in Chapter I of the Convention. And on the other hand, through diplomatic officers or consular agents of a Contracting State or commissioners, where detailed rules are set out in Chapter II of the Convention.

Chapter I of the Convention (Articles 1-14) contains provisions with regard to the 'Letters of Request' (the so-called '*commissions rogatoires*'). In this chapter, rules have been laid down with regard to the designation of a Central Authority, the form and scope of the Letter of Request, the methods of transmission, the method and procedure of execution, measures of compulsion, and grounds for refusal to execute the Letter of Request.<sup>11</sup> Chapter II of the Convention (Articles 15-22) contains provisions with regard to the use of diplomatic officers, consular agents or commissioners to take evidence. In this chapter, rules are laid down with regard to: the circumstances under which a diplomatic officer, consular agent, or commissioner may act; the extent to which approval and consent of the State of execution may be required, the extent to which compulsion against a witness may be available, the privileges and immunities of a witness, the limits of the power of the diplomatic officer or consular agent, and the privilege of obtaining evidence through other channels in the event of the failure to obtain the evidence through the consul or commissioner.<sup>12</sup>

---

6. Cf. Buxbaum 2005, p. 344, with a reference to Article 9 of the Convention: 'The judicial authority which executes a Letter of Request shall apply its own law as to the methods and procedures to be followed. However, it will follow a request of the requesting authority *that a special method or procedure be followed*, unless this is incompatible with the internal law of the State of execution or is impossible of performance by reason of its internal practice and procedure or by reason of practical difficulties (...)' Cf. Van het Kaar 2008, p. 124: the aim of the Convention is twofold: on the one hand, it aims—in comparison with the Conventions of 1905 and 1954—to expedite and simplify the execution of letters of *commissions rogatoires*; on the other hand, it aims to extend the methods for the taking of evidence abroad.

7. Moolenaar 2004, p. 12: its 'greatest merit'—but also the biggest bone of contention—is that the Convention sets rules for the international taking of evidence for both *civil law* and *common law* jurisdictions.

8. Amram 1970, p. 1.

9. [www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82](http://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82). The current status of Russia and China: 'Accession giving rise to an acceptance procedure'.

10. Cf. Freudenthal 2013, p. 153: the 'third' method (Art. 17: 'In a civil or commercial matter, a person duly appointed as a *commissioner* for the purpose may, without compulsion, take evidence in (...)').

11. Amram 1970, p. 2.

12. Amram 1970, p. 2.

Chapter III of the Convention (Articles 23-42) contains general clauses with regard to, *inter alia*, the use of diplomatic channels to resolve disputes, the application of the Convention to the territories of a signatory, the time the Convention will remain in force, and the power of denunciation. Furthermore, this chapter contains specific clauses that, *inter alia*, limit the scope of Letters of Request, provide details respecting the Central Authority, regulate certain costs, and list matters where States may derogate<sup>13</sup> from the provisions of the Convention.<sup>14</sup>

In all reports, the Hague Convention is named as the main tool for cooperation outside the EU, and the system is described in a similar way to the description above written by *Krans and Ribbens*. No peculiarities or problems are reported. In the Baltic report it is pointed out that while all three Baltic countries ratified the Convention, they continue to make rather many exceptions to it.<sup>15</sup>

Judicial personnel of the requesting authority may be present at the execution of a Letter of Request only with prior authorisation of the Ministry of Justice. Pre-trial discovery of documents is also not allowed in either of the three countries. In fact, the Hague Convention is rarely applied in practice. Usually, courts apply EU Regulation or bilateral agreements. Other Hague Conventions, concerning e.g. service-abroad judicial and non-judicial documents or the Convention on abolishing the requirement of legalisation of foreign documents or the Convention on the civil aspects of child abduction, are applied more often in decisions or judgments of the courts.<sup>16</sup>

These comments/concerns from the Baltic perspective might be relevant for other countries too, even if they are not explicitly mentioned in the other reports. To highlight one such aspect, the prohibition of pre-trial discovery outside common law countries is one of the typical differences in legal systems that has *not* been harmonized in international private law so far.

---

13. See Article 33 Convention: 'A State may, at the time of signature, ratification or accession exclude, in whole or in part, the application of the provisions of paragraph 2 of Article 4 and of Chapter II. No other reservation shall be permitted (...)'. Cf. Article 35 Convention.

14. Amram 1970, p. 2.

15. Valentinas Mikelėnas, Vytautas Nekroius, *Civilinio proceso teisė*, II tomas, 2005.

16. The Baltic report written by Vigita Vebraitė.

## 2. European Cooperation

### 2.1. Regulation

Since 1999, the European Union has been trying to enhance judicial cooperation in civil matters between Member States.<sup>17</sup> Thus, the Union shall develop judicial cooperation in civil matters that have cross-border implications, based upon the principle of mutual recognition of judgments and of decisions in extrajudicial cases. Such cooperation may include the adoption of measures for the approximation of the laws and regulations of the Member States.<sup>18</sup> On the basis of this article, several instruments have been created and different areas of judicial cooperation can be distinguished.<sup>19</sup>

One of the areas of judicial cooperation concerns the subject of cross-border cooperation between national civil courts. In this area, regulations have been adopted to simplify and expedite the transmission of judicial documents between Member States, for instance in the taking of evidence in civil or commercial matters<sup>20</sup>. In October 1999, the European Council expressed the view that procedural rules in cross-border cases—in particular on the taking of evidence—should be developed.<sup>21</sup> The objective of these rules had to be the improvement of cooperation between national courts on the taking of evidence in civil or commercial matters.<sup>22</sup> It was, moreover, argued that this objective could be better achieved at ‘Community level’.<sup>23</sup> The Council furthermore argued that action was necessary as it was ‘often essential’ for a decision in a civil or commercial matter pending before a court in a Member State to take evidence in another Member State.<sup>24</sup> In July

---

17. Cf. Tampere European Council, ‘Presidency Conclusions’, 15-16 October 1999, para. 28: ‘In a genuine European Area of Justice individuals and businesses should not be prevented or discouraged from exercising their rights by the incompatibility or complexity of legal and administrative systems in the Member States’. Cf. the description by the EJTN Handbook 2016 (p. 8): ‘“enhanced cooperation” meaning «procedure by which Member States (minimum nine) can work together in specific areas of EU law (e.g. divorce, legal separation) without other EU country involvement, for the purpose of efficiency and expeditious performance»’.

18. Article 81 (1) TFEU.

19. Source: [www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuld=FTU\\_4.2.5.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuld=FTU_4.2.5.html). Cf. A guide for legal practitioners — Judicial cooperation in civil matters in the European Union, 2015 ([publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a9da11b8-0a6a-491e-8ae9-a0ff9d7e8535/language-en](http://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a9da11b8-0a6a-491e-8ae9-a0ff9d7e8535/language-en)), Freudenthal 2004 and Leipold 2003.

20. Regulation (EC) No. 1206/2001 of 28 May 2001.

21. Regulation (EC) No. 1206/2001, recital 3.

22. Regulation (EC) No. 1206/2001, recital 5.

23. Regulation (EC) No. 1206/2001, recital 5.

24. Recital 7 of Council Regulation (EC) No. 1206/2001 with a reference to Council Regulation (EC) No. 1348/2000 of 29 May 2000 on the serving in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters.

2001,<sup>25</sup> Council Regulation (EC) No. 1206/2001 'on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters' entered into force.<sup>26</sup> The primary objective of the Regulation is to expedite the execution of requests for the performance of the taking of evidence.<sup>27</sup> Since 1 January 2004, the Regulation has been applicable within the EU. Only Denmark has opted out of the Regulation and is therefore neither bound by nor subject to its application.<sup>28</sup>

First and foremost, the Council Regulation seeks to improve, simplify, and accelerate co-operation between courts in the taking of evidence. The regulation provides for two ways of taking of evidence between Member States; namely the taking of evidence through the requested court and the direct taking of evidence by the requesting court. The requesting court is the court before which the proceedings are brought or contemplated. The requested court is the competent court of another Member State for the performance of the taking of evidence. The central body is responsible for supplying information and seeking solutions to any difficulties that may arise in respect of a request.<sup>29</sup> This tool serves to ease the taking of evidence in cross-border situations because the taking of evidence in civil proceedings is not restricted to the boundaries of a Member State. For instance, it may be necessary to hear witnesses or experts in other Member States, or the court may have to visit a scene of occurrence situated in another Member State.<sup>30</sup>

The Regulation applies to (1) requests for the taking of evidence; (2) requests by the court of a Member State; (3) the evidence has to be intended for use in judicial proceedings (commenced or contemplated); (4) in civil or commercial matters.<sup>31</sup> Importantly, the Regulation does not give a definition of 'evidence'<sup>32</sup>

25. Cf. Report of the European Parliament of 27 February 2001 on *the Federal Republic of Germany's initiative* with a view to the adoption of a Council Regulation on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil and commercial matters (A5-0073/2001) ([www.statewatch.org/semidoc/assets/files/parliament/A5-0073-01.pdf](http://www.statewatch.org/semidoc/assets/files/parliament/A5-0073-01.pdf)).

26. Council Regulation (EC) No. 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters. Legal basis: Article 81(2)(d) TFEU.

27. See: 'Practice Guide for the Application of the Regulation on the Taking of Evidence', drafted by the Commission and published in 2006 ([ec.europa.eu/civiljustice/evidence/docs/evidence\\_ec\\_guide\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/evidence/docs/evidence_ec_guide_en.pdf)), p. 4. Cf. Storskrubb 2008, p. 115 (and p. 114-118, 'Legislative History').

28. Council Regulation (EC) No. 1206/2001, recital 22.

29. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:I33130>, visited 2018-03-02.

30. [https://e-justice.europa.eu/content\\_taking\\_of\\_evidence-76-en.do](https://e-justice.europa.eu/content_taking_of_evidence-76-en.do), visited 2018-03-02 and Storskrubb 2008, pp. 114.

31. Practice Guide 2006, p. 5. Cf. Allemeersch & Houtmeyers 2015, p. 254-261.

32. According to the Practice Guide 2006 (p. 6), 'evidence' includes for instance 'hearings of witnesses of fact, of the parties, of experts, the production of documents, verifications, establishment of facts, expertise on family or child welfare'.

nor a definition of 'court'<sup>33</sup>. The notion of 'civil and commercial matters' is an autonomous concept and has to be interpreted in the light of the objectives of the Regulation and of the TFEU.<sup>34</sup> More specifically, the Regulation applies to litigation based on civil and commercial law, consumer law, employment law, and on competition law as far as private proceedings are concerned.<sup>35</sup> It is not allowed to make a request to obtain evidence which is not intended for use in judicial proceedings, commenced or contemplated (Art. 1(2)). Moreover, the Regulation does not offer the possibility of making a reservation with regard to so-called 'pre-trial discovery' or so-called 'fishing expeditions' (i.e. the European Council has stated in a non-binding declaration that the Regulation is not applicable to pre-trial discovery or fishing expeditions).<sup>36</sup> And finally, the requests for taking of evidence must be filed using standard forms set out in the Annex of the Regulation (Art. 4 and 17). These forms must be drafted in the official language of the Member State of the requested court or in another language accepted by that state (Art. 5).

With regard to active legal aid,<sup>37</sup> Article 10(1) of the Regulation stipulates that the requested court shall execute the request without delay and, at the latest, within 90 days of receipt of the request.<sup>38</sup> The requested court shall execute the request 'in accordance with the law of its Member State' (Art. 10(2)). However, the requesting court may call for the request to be executed 'in accordance with a special procedure provided for by the law of its Member State'.<sup>39</sup> The requested court shall comply with such a requirement unless this procedure is 'incompatible' with the law of the Member State of the requested court or by reason of 'major practical difficulties' (Art. 10(3)). In addition, the requesting court may ask the requested court to use communications technology in the facilitation of the taking of evidence, 'in particular by using videoconferencing and teleconferencing' (Art. 10(4)). Articles 11 and 12 give parties and

---

33. According to the Practice Guide 2006 (p. 6), the concept should be given 'a broad interpretation', 'thus including all authorities in the Member States with jurisdiction in the matters falling within the scope of the Regulation'.

34. Practice Guide 2006, p. 5.

35. Practice Guide 2006, p. 5-6: '(...) the scope of application of the Regulation includes matters which are excluded from the scope of application of the Brussels I Regulation such as in matters relating to the status or legal capacity of natural persons, rights in property arising out of a matrimonial relationship, wills and succession; bankruptcy, proceedings relating to the winding-up of insolvent companies or other legal persons, judicial arrangements, compositions and analogous proceedings'.

36. Freudenthal 2013, p. 167 refers to the 2350th meeting of the European Council (Justice, Home Affairs and Civil Protection), Brussels, 28 and 29 May 2001, 9205/01 PV/CONS 26 JAI 42.

37. Adolphsen 2015, p. 252, Hess 2010, p. 467, Von Hein 2004, p. 871.

38. Cf. Art. 15 Regulation: 'If the requested court is *not* in a position to execute the request within 90 days of receipt, it shall inform the requesting court thereof, using form G in the Annex (...)'.  
39. Cf. Lebois 2003, p. 292-293.



representatives<sup>40</sup>, *inter alia*, a right to be present at the taking of evidence by the requested court. Finally, the requested court shall without delay send to the requesting court the documents establishing the execution of the request (Art. 16).

With regard to passive legal aid<sup>41</sup>, the requesting court shall submit a request to the central body or competent authority in that Member State (Art. 17(1)). Direct taking of evidence<sup>42</sup> may only take place if it can be performed on ‘a voluntary basis’ without ‘the need for coercive measures’ (Art. 17(2)). Within 30 days of receiving the request, the central body or competent authority of the requested Member State shall inform the requesting court if the request is accepted<sup>43</sup> and, if necessary, provide information about ‘under what conditions according to the law of its Member State such performance is to be carried out’ (Art. 17(4)).

Also in this respect the system was described in a general way in all national reports without any peculiarities being noted. Nor were any specific problems reported. We may consequently conclude that this European regulation normally does not cause any specific debate in the Member States, but rather has been found to be a practical and useful tool. On this background, European co-operation in the field of taking evidence seems to be working well.

## 2.2. Case law

The Court of Justice of the European Union (CJEU) has rendered four<sup>44</sup> cases with regard to Regulation 1206/2001.<sup>45</sup> These cases clarify the scope of (i.e. the Articles of) the Regulation 1206/2001.

40. Cf. Art. 12(2) Regulation: ‘For the purpose of this Article, the term «representative» shall include members of the judicial personnel designated by the requesting court, in accordance with the law of its Member State (...)’.

41. Adolphsen 2015, p. 252, Hess 2010, p. 471.

42. Van het Kaar 2003, p. 290: contrary to the Hague 1970 Convention, Regulation 1206/2001 obliges Member States to accomplish the—in the Netherlands and many other Member States unknown— method of direct taking of evidence; this leads not only to an intervention in their national procedural law, but also to ‘a certain impetus’ for harmonization.

43. See Article 17(5) of the Regulation for (three) grounds of refusal.

44. Cf. Galič 2017, p. 227: ‘So far, the CJEU has had surprisingly few opportunities to clarify issues concerning the application of the EER. According to the *optimistic* viewpoint, this is an indication that the system established by this Regulation functions smoothly. The *pessimistic* standpoint, however, would be that this is either an indication that the Regulation is rarely used or that numerous controversial issues have simply been overlooked. Thus, the application of the Regulation in Member States is perhaps either simply avoided or far from uniform’.

45. Source: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=en> (Subject-matter: ‘1206/2001’). See also: Galič 2016 and Kačevska 2015, p. 66-70, and cf. Betetto 2006. Cf. Opinion of Advocate-General Kokott of 18 July 2007, No. C-175/06 (*Tedesco*), ECLI:EU:C:2007:451.

In April 2005 (*St. Paul Dairy*), the CJEU ruled that Article 24 of the Brussels Convention<sup>46</sup> must be interpreted in the sense ‘that a measure ordering the hearing of a witness for the purpose of enabling the applicant to decide whether to bring a case, determine whether it would be well founded and assess the relevance of evidence which might be adduced in that regard is not covered by the notion of « provisional, including protective, measures »’.<sup>47</sup> Therefore —under these circumstances— Regulation 1206/2001 applies.

In February 2011 (*Weryński*), the CJEU ruled that Articles 14 and 18 of the Regulation must be interpreted in the sense ‘that a requesting court is not obliged to pay an advance to the requested court for the expenses of a witness or to reimburse the expenses paid to the witness examined’.<sup>48</sup> Furthermore, the Court considered that ‘the relevant provisions of the Hague Convention may be relied on in order to interpret the regulation’.<sup>49</sup>

In September 2012 (*Lippens*), the CJEU ruled that the provisions of the Regulation must be interpreted in the sense ‘that the competent court of a Member State which wishes to hear as a witness a party residing in another Member State has the option, in order to perform such a hearing, to summon that party before it and hear him in accordance with the law of its Member State’.<sup>50</sup> In other words, the Regulation does not provide an exclusive mechanism for obtaining evidence located abroad, but has a ‘facilitating function’.<sup>51</sup>

In February 2013 (*ProRail*), the CJEU ruled that Articles 1(1)(b) and 17 of the Regulation must be interpreted as meaning ‘that the court of one Member State, which wishes the task of taking of evidence entrusted to an expert to be carried out in another Member State, is not necessarily required to use the method of taking evidence laid down by those provisions to be able to order the taking of that evidence’.<sup>52</sup>

---

46. Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.

47. CJEU 28 April 2005, No. C-104/03 (*St. Paul Dairy*), ECLI:EU:C:2005:255.

48. CJEU 17 February 2011, No. C-283/09 (*Weryński*), ECLI:EU:C:2011:85.

49. CJEU 17 February 2011, No. C-283/09 (*Weryński*), ECLI:EU:C:2011:85, para. 65.

50. CJEU 6 September 2012, No. C-170/11 (*Lippens and Others*), ECLI:EU:C:2012:540.

51. Freudenthal 2013, p. 165. Cf. Fentiman 2015, p. 662: ‘That meant that it was mandatory only in cases where the evidence sought is of such a nature that it can in practice only be obtained by judicial cooperation with the courts of another EU state’.

52. CJEU 21 February 2013, No. C-332/11 (*ProRail*), ECLI:EU:C:2013:87.

### 2.3. Review of Regulation 1206/2001

According to Article 23 of the Regulation, the European Commission (EC) has a duty to review the application of the Regulation. In December 2007, the EC published its first report.<sup>53</sup> The EC drew, *inter alia*, the following conclusions: the application has 'generally improved, simplified, and accelerated the cooperation' between national courts on the taking of evidence in civil or commercial matters.<sup>54</sup> With regard to the first main objective of the Regulation (i.e. to simplify the cooperation between Member States), simplification has been brought about 'mainly' through the introduction of direct court-to-court transmission, and through the introduction of standard forms.<sup>55</sup> With regard to the second main objective of the Regulation (i.e. to accelerate the performance of the taking of evidence), it can be concluded that 'most requests' for the taking of evidence were executed faster than before the entry into force of the Regulation, and within the 90 days (cf. Art. 10(1) Regulation).<sup>56</sup> Therefore, the EC stated that modifications of the Regulation were not required.

There is, however, room for improvement.<sup>57</sup> The EC formulated three recommendations in order to improve the application of the Regulation. Firstly, the Commission encouraged enhancing the level of familiarity with the Regulation among legal practitioners in the EU, as the Regulation was 'not yet well-enough known' among legal practitioners, a fact which leads to 'unnecessary delays and problems'.<sup>58</sup> Secondly, the EC was of the view that measures should be taken by Member States to ensure that the time frame of 90 days for execution of requests be complied with as this time frame was 'often not complied with'.<sup>59</sup> Lastly, the EC encouraged Member States to take measures to introduce the 'necessary means' to perform video conferences<sup>60</sup> in the context of

---

53. Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the application of the Council Regulation (EC) 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters /\* COM/2007/0769 final \*/ (eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52007DC0769). Cf. Study on the application of Council Regulation (EC) No. 1206/2001 on the taking of evidence in civil or commercial matter, MainStrat 2007 (ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/final\_report\_ec\_1206\_2001\_a\_09032007.pdf).

54. Report EC 2007, p. 6.

55. Report EC 2007, p. 7.

56. Report EC 2007, p. 7.

57. Report EC 2007, p. 7.

58. Report EC 2007, p. 7, e.g. better exploiting the work of the European Judicial Network in Civil and Commercial matters.

59. Report EC 2007, p. 7.

60. Cf. the Hague 1970 Convention and the Report of the Experts' Group on the Use of Video-link and Other Modern Technologies in the Taking of Evidence Abroad (2-4 December 2015, The Hague, the Netherlands).

the taking of evidence, as the 'potential of communications technology was 'by no means used to a full extent yet'.<sup>61</sup>

In March 2009, the European Parliament (EP) published a resolution on the cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters.<sup>62</sup> With this resolution, the EP responded to the Commission's report. The Parliament concurred with the Commission that 'greater efforts' should be made by Member States to bring the Regulation 'sufficiently' to the attention of judges and practitioners in the Member States. In addition, it advocated the extensive use of information technology and video conferencing; urged Member States to put more resources into installing modern communications facilities in the courts and training judges to use them, and called on the Commission to produce specific proposals aimed at improving the current state of affairs. Lastly, the EP called for the submission of specific proposals to remedy the exceeded 90-day time period and to provide 'practical support' in the context of the e-Justice strategy<sup>63</sup> of the EU.

In December 2017, the EC started a public consultation to collect views of stakeholders in relation to the 'practical operation' of the current legal framework of cross-border judicial cooperation in civil and commercial matters with a focus on the taking of evidence.<sup>64</sup> The results of this consultation will be taken into consideration in the context of a possible<sup>65</sup> revision of the Regulation.<sup>66</sup> The consultation questions referred, *inter alia*, to digitalisation,<sup>67</sup> and

61. Report 2007, p. 7. The EC mentions the 'importance of the further promotion of E-Justice'.

62. 2008/2180(INI) (see: [www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2008/2180\(INI\)](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2008/2180(INI))).

63. A multiannual action that started in 2009 ('Multi-annual European e-Justice action plan 2009-2013', 2009/C 75/01) and which aims to develop the use of information and communication technologies in the administration of justice. See: [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A230206\\_1](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A230206_1).

64. [ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-modernisation-judicial-cooperation-civil-and-commercial-matters-eu\\_en](http://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-modernisation-judicial-cooperation-civil-and-commercial-matters-eu_en) for more information. The consultation is two-fold; the Commission collects views in relation to Regulation (EC) 1206/2001, as well as in relation to Regulation (EC) 1393/2007 on service of documents.

65. 'Consequently, this public consultation will ultimately inform the evaluation and impact assessment prepared by the Commission, which will be used to assess *whether or not* to make proposals revising the existing framework of cross-border judicial assistance in civil and commercial matters' ([ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-modernisation-judicial-cooperation-civil-and-commercial-matters-eu\\_en](http://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-modernisation-judicial-cooperation-civil-and-commercial-matters-eu_en)).

66. Cf. Galič 2017, p. 227: '(...) the constant technical development as well as the changing perception of national sovereignty within the EU and its relation to individual human rights will inevitably have an impact on the future legal framework of the cross-border taking of evidence (...), due to the existing ground-breaking conceptual differences between the national laws of Member States concerning law of evidence, controversies and difficulties surrounding the cross-border taking of evidence are inevitable. This seriously diminishes legal certainty and predictability in this field of European civil procedure'.

67. Cf. the following 'draft' response by the Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE): [www.civilistiitaliani.eu/images/notizie/Proposte\\_CCBE\\_in\\_materia\\_dj\\_vendita-inglese.pdf](http://www.civilistiitaliani.eu/images/notizie/Proposte_CCBE_in_materia_dj_vendita-inglese.pdf).

the consultation period ended 2 March 2018. Received contributions will be published on the internet.

The Baltic report furthermore mentions the judgment of CJEU in case C-332/11,<sup>68</sup> which allows the courts to use other methods of obtaining evidence besides the methods provided by the Evidence Regulation. The fact that this case is mentioned indicates that the option of using other methods of taking evidence is well-known in Lithuania (it was mentioned in several judgments by Lithuanian courts, especially while applying electronic evidence in civil cases).<sup>69</sup> That said, direct taking of evidence by the requesting court is still not popular (whether electronically facilitated or not), and thus still rarely used in the Baltic States.<sup>70</sup>

### 3. Other forms of cooperation

#### 3.1. Generally

Other forms of judicial cooperation with regard to the taking of evidence could be bilateral or multilateral agreements. The latter is used especially when bigger geographical areas like the Nordic or Baltic countries are covered by regional agreements whereas bilateral agreements exist between two countries. With regard to existing or future agreements on the taking of evidence between Member States, Regulation 1206/2001 stipulates that it shall, in relation to matters to which it applies, prevail over other provisions contained in bilateral or multilateral agreements or arrangements concluded by the Member States and, in particular, the Hague 1954 Convention and the Hague 1970 Convention (Art. 21(1)). The Regulation does, however, not preclude Member States from maintaining or concluding agreements or arrangements between two or more Member States to further facilitate the taking of evidence, provided that they are compatible with the Regulation (Art. 21(2)). The Hague 1970 Convention provides for an 'all-important' provision that is designed to preserve existing internal law and practice in a contracting state, which provides broader, more generous and less restrictive rules of international cooperation in the taking of evidence for the benefit of foreign courts and litigants.

---

68. CJEU 21 February 2013, No. C-332/11 (*ProRail*), ECLI:EU:C:2013:87.

69. Cf. for instance, judgment of Kaunas regional court of 12 March 2015, Case No. 2A-356-324/2015.

70. Cf. the Baltic report written by Vebrate.

With regard to judicial cooperation and (the proof of) foreign and diplomatic documents, specific Conventions (e.g. the European Convention on the Abolition of Legalisation of Documents Executed by Diplomatic Agents or Consular Officers 1968 and the Hague Convention on Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents 1961) or specific rules (e.g. Art. 5(j) of the Vienna Convention on Consular Relations 1963) apply.

## 3.2. Regional cooperation

### 3.2.1. *Nordic cooperation*

The Nordic Agreement on Mutual Legal Assistance regarding the Service of Documents and Taking of Evidence of 26 April 1974 regulates cross-border evidence among the five Nordic countries. The agreement uses direct cooperation where the requesting court communicates directly with the other court in Danish, Norwegian or Swedish. Documents in other languages (mostly Finnish and Icelandic, but also certain Sami and Inuit languages, and Faroese) must be translated into Danish, Norwegian or Swedish. Unless the costs are significant, the court taking the evidence bears the costs of translation. However, Sweden and Finland nowadays normally apply the EU regulation in the first instance instead of the Nordic agreement.<sup>71</sup>

In addition, it is worth mentioning the related Act on the Obligation to Appear before the Court of Another Nordic Country in Certain Cases (349/1975), which exists between the Nordic countries. According to Section 1 of this Act, a general court may summon a person who has reached the age of eighteen years and is resident in Denmark, Iceland, Norway or Sweden and is staying in one of these countries to appear as a witness in a case pending in Finland if the testimony of the witness may be assumed to be of considerable significance in the clarification of the case and it is deemed to be particularly important that he or she be heard before a Finnish court. In considering the subpoenaing of a witness, consideration shall be given to the significance of the case as well as to the inconvenience that the witness may incur due to the length of the journey or other related reasons. According to Section 6 of the same act, a person who has arrived in Finland to be heard as a witness in response to a subpoena issued in accordance with the Act may not, during the period in which he or she is in Finland due to the subpoena, be charged with or punished for an offence committed before his or her arrival nor may he or she be extradited to a State other than the one from which he or she arrived, unless he or she con-

---

71. <http://oikeusministerio.fi/todisteiden-vastaanottaminen>, visited 2018-06-01.

sents to this in court or remains in the country for more than fifteen days after he or she was free to depart.

Nordic cooperation functions well due to a high level of trust, similar legal systems and a shared pragmatism. In the age of mobile telephones and Skype, witnesses and experts are sometimes heard on the telephone without involving the local court. The tone used in requests is generally informal. The above-mentioned agreement and Act provide good examples of practical cooperation in cross-border situations where legislators are clearly used to cooperating and when the societies and legal systems involved are similar enough to generate mutual trust.

### **3.2.2. Baltic cooperation**

Before the Baltic states joined the EU; Lithuania, Latvia and Estonia had a joint international agreement on legal assistance and legal relations<sup>72</sup>. This agreement laid down a broad set of rules on legal assistance in civil, criminal, and family cases. Part of the agreement was devoted to the taking of evidence in other countries. Unlike the EU Regulation, the agreement contained a rule stipulating that the country with the duty to execute a request also had the duty to find the place of evidence if it was not known.

This Baltic regulation is another example of regional cooperation without the assistance of the EU. Thus, similar constructions are possible and practicable without any legal union as long as there is a need for and a mutual trust in this type of cooperation.

### **3.3. Bilateral cooperation**

The Nordic countries have bilateral agreements in addition to international and regional agreements. Finland and Sweden have fewer such agreements as the EU Evidence Regulation reduces the need for bilateral cooperation within Europe. The other Nordic countries need bilateral cooperation to a greater extent. Norway has bilateral agreements with, *inter alia*, Germany and the United Kingdom. The Nordic countries also have additional national rules on judicial cooperation.

Generally, the Nordic national rules supplement the body of international rules and are subsidiary to the international rules. The absence of a bilateral or mul-

---

72. Adopted on 3 April 1994.

tilateral treaty does not preclude obtaining evidence in the Nordic countries. In practice, the rule applied will depend on the content of the request, the matter at hand, and the workload associated with the request.

Often these bilateral agreements are made between states where cooperation already exists and where consequently there is a need to cooperate also in the field of legal matters. This is often due to the geographical proximity of neighbouring countries with close business relations. An example of this type of agreement is the agreement between Finland and Russia,<sup>73</sup> which is a parallel tool inside with the Hague Convention.

Germany, for example, has entered into bilateral agreements on judicial co-operation, *inter alia*, with the United Kingdom (1928), Morocco (1985), and Tunisia (1966).<sup>74</sup> The Netherlands have entered into, *inter alia*, bilateral agreements on judicial co-operation with the United Kingdom (1932), Switzerland (1956), Germany (1962), and Austria (1963), while Poland and the Baltic countries have bilateral agreements especially with countries that used to belong to the former Soviet Union.

In Poland, for instance, another solution has proved important for the practice related to legal assistance in relations with the authorities of non-EU countries. Both in the service of court documents and other actions for courts of foreign states without coercion, Poland will direct requests to diplomatic or consular representatives of the Republic of Poland or facilitate the help of consular offices for the transmission of documents directly to the relevant authorities of a foreign state. Moreover, in practice, when legal aid relates to a Polish citizen staying abroad, Polish courts apply a rule according to which all correspondence is sent through the consulates of the Republic of Poland<sup>75</sup>. Cooperation with Polish diplomatic offices is thus very widely used because they provide legal assistance to citizens of their country on the basis of a consular convention, within the scope of their competences, as well as providing legal assistance to citizens of other countries on the basis of international agreements.

It is emphasized that, in practice, cooperation with diplomatic offices is most often quick and efficient (meaning there is little need for thorough checking of legal regulations as is potentially necessary in other forms of sending requests). Of course, in practice, there is also constant contact with the Polish Ministry of

---

73. Sopimus Suomen Tasavallan ja Sosialististen Neuvostotasavaltojen Liiton [Venäjän] välillä oikeussuojasta ja oikeusavusta siviili-, perhe- ja rikosasioissa (SopS 48/1980).

74. [www.hcch.net/en/states/authorities/details3/?aid=501](http://www.hcch.net/en/states/authorities/details3/?aid=501).

75. Aksamitowska-Kobos, M., *Praktyczne aspekty sporządzania i przekazywania za granicę wniosków sądów polskich o udzielenie pomocy prawnej w sprawach cywilnych – cz. I*, Monitor Prawniczy, No. 12, p. 672.



Justice, which is the central body designated to transfer requests for legal assistance abroad and to Poland. In the absence of diplomatic relations with certain countries or the lack of a legal basis for submitting the request, it is only through this authority that a foreign state authority can submit a question (i.e. usually the Ministry of Foreign Affairs or the Ministry of Justice of the particular country) with a request for serving the correspondence in that country on the basis of the so-called rule of reciprocity. It is worth noting, however, that the execution of these requests is often significantly delayed or not performed at all, and that often there is no information about the reasons for the non-execution of the request.

## 4. Specific Issues

### 4.1. The use of modern technology

In recent years, more and more Member States have introduced changes in law that allow for the use of modern communication and information technologies in civil judicial proceedings. This automatic processing covers, for instance, taking evidence by video conferencing and other dynamic forms of transmission. These changes allow communication between the judicial authorities and parties concerned with the proceedings via new (Internet-facilitated) channels. This development makes international cooperation easier than earlier. However, current national legislation should still ensure that communication via the Internet does not jeopardize the appropriate protection of sensitive data used in the course of the proceedings. Also, other principles of human rights should of course be protected.<sup>76</sup>

Especially in Sweden, the use of modern technologies in courts is comprehensive and technology is extensively applied to make proceedings more effective, or, in other words, quick, easy and cheap. There has been an extensive debate in Sweden whether or not the recent development and amendments in this respect are already too radical, especially when considering the potential loss of the positive psychological effects associated with face-to-face interaction. Such perceived benefits could consequently be lost when opting for electronic forms of information transfer. Accordingly, the Finnish approach to technology has been rather cautious even if Finland often follows the Swedish reforms in procedural law and despite the fact that modern technology is generally widely used in Finnish

---

76. [https://e-justice.europa.eu/content\\_automatic\\_processing-280-en.do](https://e-justice.europa.eu/content_automatic_processing-280-en.do), visited 2018-03-02.

courts.<sup>77</sup> The limits of the usage of modern technology instead of face-to-face sessions is evidently debated at least in Sweden and Finland, even as it is recognized that the use of the technology, especially in cross-border situations, offers an easy solution especially when hearing witnesses.

To sum up, new technology is used to a varying degree in Nordic courts. Usage depends both on the technical solutions available and on attitudes. Norway has relatively low-tech courts, with limited equipment for making audio or video recordings and for using video conferences. However, attitudes towards using technology in Norway are positive, and witnesses and experts are heard regularly via telephone. Finnish courts have the equipment for making audio and video recordings, but Finland espouses a more sceptical attitude towards hearing witnesses and experts electronically and via telephone, as already described above.

In the Nordic countries, e-mail is one of the key methods of communication with the legal parties (most often the legal counsel) as it is swift and cheap. By filing a PDF copy of written evidence, a party can correspond without delay with both the opposing party and the court. Courts are thus increasingly becoming paperless, with documents and written evidence filed electronically. This is particularly important in cases involving large quantities of written evidence and simplifies the use of audio and video files. Finnish courts have a pragmatic view of using telephone or Skype as a method of hearing witnesses. Cooperative witnesses can be heard on the telephone when their presence at court is impracticable. Key witnesses are as a rule summoned to appear in court. From a Finnish perspective, a rule enabling the court to hear witnesses by telephone or video conference would reduce the cost and duration of cross-border taking of evidence. Telephone hearings can, of course, not be used in every situation; reluctant witnesses need to be summoned to appear in court and the identity of the witness may need to be established. Ideally, courts would have facilities for video links enabling the Finnish court to hear the witness in real time as if he or she were present in a Finnish court. Unfortunately, this is not possible due to lack of technology at some foreign courts. Sometimes, witnesses who are present in Estonia or Sweden are heard by telephone as Estonia and Sweden do not oppose this.<sup>78</sup>

Nordic procedural law does not regulate electronic evidence directly. Instead, existing rules are interpreted and made to fit the electronic evidence taking. This is a problem when it comes to the regulation of searching the information for relevant data to obtain relevant evidence, while simultaneously avoiding fishing expeditions. For instance, the Finnish Code of Judicial Procedure has no

---

77. See Ervo 2016, pp. 25–28 and 36.

78. Nylund, The national report on the Nordic countries.

special provisions for evidence in electronic format and does not explicitly regulate issues arising primarily from electronic evidence.

The 2008 reform of Norwegian civil procedure introduced disclosure, strengthened the rules on taking of evidence outside court hearings and the securing of evidence before the court case has become pending (cf. chapters 27 and 28 of the Dispute Act, the Norwegian act regulating civil procedure). Particularly the rules on securing evidence are important for electronic evidence. The court may order the future defendant or a third party to allow access to or to hand over evidence. If prompt action is necessary to avoid obstruction of evidence, the court may make its ruling in *ex parte* proceedings.

Once the evidence has been secured, the parties must either agree or let the court decide on how to search the data, including deciding on, *inter alia*, which search terms to use. A third person, an inspector appointed by the court, then searches the data. The rules are designed to hinder fishing expeditions and the leaking of unnecessary documents to the prospect claimant.

In all three Baltic countries, the defendant or the witnesses in another Member State can be heard via video conference. This is done quite often in cross-border cases when the party or witness is in another EU Member State. The parties to the dispute can also give written statements about the case if they cannot participate in the court hearing in Lithuania.

The Polish legislator also allows the possibility of taking evidence using technical equipment at the request of a foreign requesting authority. According to Art. 1135, §4<sup>2</sup> of the Polish procedural law, the court may consent to the taking of evidence using technical devices. It should be emphasized that the admissibility of taking evidence with the use of modern technological solutions depends on obtaining the prior consent of the Polish court and on the nature of the evidence. It moreover must be emphasized that not all forms of evidence can be taken remotely, which is justified by natural causes<sup>79</sup>. It seems that the possibility of taking evidence using modern methods should be brought to bear first of all on personal means of proof, i.e. hearing persons (e.g. witnesses, parties or participants in the proceedings). Conversely, according to the wording of the above-mentioned provision, the gathering of other evidence and other activities in this way may take place if it is possible, i.e. if the nature of the evidence or activities does not preclude this. Viewed in this way, the use of technical devices is aimed at transmitting the image and sound (video conference) or sound (audio conference, teleconference) in the relations between

---

79. Also: B. Trocha, [in:] J. Jankowski (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II, 2015, komentarz do art. 1135<sup>2</sup>, Legalis 2015.

the requesting authority and the requested Polish court, which are based in different countries<sup>80</sup>. This regulation coincides with the provisions of the Polish legislator in the area of taking evidence in the examination proceedings with the use of modern technological solutions. It is worth pointing out that according to Art. 235, § 2 of CCP, the court adjudicating in the case may decide that the taking of evidence (unless its character precludes it) will take place with the use of technical devices allowing the performance of this activity at a distance. The introduced changes are based on new forms of conducting evidentiary proceedings, without interfering in any way with the catalogue of means of evidence<sup>81</sup>.

In the light of the above, the possibility of taking evidence by video conference provided for by the Polish legislator is not limited to specific evidentiary activities, e.g. hearings. Indeed the scope is much wider because it refers to the entire evidentiary proceedings and evidence taken in their course for which the use of the chosen form is possible and effective. Thus, the only limitation introduced by the legislator is the nature of the evidence that may prevent it from being taken with the use of available means of information transmission. Taking evidence through the use of modern technological solutions should be seen as an alternative way of applying the principle of directness and not as an exception to the principle of direct evidence taking<sup>82</sup>. It also seems that the only factor independent of the will of the court which may limit the possibility of taking evidence at a distance is the lack of multimedia equipment to facilitate contact with the adjudicating court that is (or is supposed to be) the source of evidence. With the implementation of electronic minute-taking in common courts in Poland, we experience an increasing scale<sup>83</sup> of the possibilities of using e-protocol both for remote evidence taking and for its virtual presentation by the parties in the proceedings.

It seems that the introduction of the possibility of taking evidence in a way that takes into account modern technological progress is not an exception to the

---

80. J. Ciszewski, *Komentarz do art. 1135<sup>2</sup> KPC* [in:] ed. T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom VI. Międzynarodowe postępowanie cywilne, Lex/el. 2016.*

81. Ł. Goździaszek, *Zasada bezpośredniości i pisemności postępowania dowodowego w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z dnia 5 grudnia 2008 r.*, *Kwartalnik Naukowy «Prawo Mediów Elektronicznych»*, 2010, No. 2, p. 26.

82. For more on this subject, see: A. Klich, *Computerization of evidence proceedings as a manifestation of state action to modernize the administration of justice in civil cases*, [in:] *Human rights between war and peace*, vol. II, eds. M. Sitek, G. Dammacco, M. Wójcicka, Ostróda 2014, p. 299 and next.

83. In 2010, «65 courts (45 regional and 20 district) were equipped with the appropriate technology, and the equipment for videoconferencing without a recording system had another 10 courts (7 appeal and 3 district)» – cf. M. Rychert, *Cyfra na Sali sądowej, «Na Wokandzie»*, 2010, No. 2, p. 13. As indicated above, at present, the system enabling the recording of sound or image and sound (enabling videoconferencing) is implemented in 86 courts (including 11 court of appeal, 45 regional courts and 30 district courts).

principle of direct taking of evidence<sup>84</sup>. In conclusion, the separation of the seat of the adjudicating court and the place (seat of the court) in which the source of evidence resides does *not* constitute a negation of the principle of direct evidence taking. Rather, the implementation is merely enabled through technical equipment, allowing the court to contact the source of evidence 'directly' via equipment to record sound or image and sound. The procedural action of a court that uses modern technologies should of course not be reduced to the electronic transmission of particular evidentiary actions of the parties or participants in the proceedings. The idea behind using new technologies is still to have a real contact between the adjudicating court and the source of evidence *as well as* direct taking of evidence through the use of procedural facilitations offered by modern technical solutions. Ideally, the operation of technical devices allows the court to participate in the activities *and* to conduct further analysis of the evidence. This is particularly important in relation to evidence based on personal means of evidence.

In the Czech Republic, it is possible to take evidence using videoconferencing with the participation of a court in the requesting Member State or directly by a court of that Member State. The procedure in this respect is governed by the provisions of Act No. 99/1963<sup>85</sup> and, in particular, the instruction of the Ministry of Justice No. 505/2001, establishing the internal and organizational regulations of district and regional courts and courts of appeal. Pursuant to §10a of instruction of the Ministry of Justice No. 505/2001, the chair person of the jury (court in the composition of one judge) may use technical equipment to transmit image and sound («videophone») to hear a witness or expert if it is justified from the point of view of protecting the rights of such persons or guaranteeing their safety or if it is necessary for reasons of security or other relevant reasons, and if it is technically possible. The videophone can only be used for hearing witnesses and experts<sup>86</sup>. When the chairperson of the jury (court in the composition of one judge) agrees to hear a witness or expert through a videophone, the place where the witness or expert is to appear for the hearing will be indicated in the summons. In other words, it is possible to organize a hearing in other places (e.g. in a place where experts or witnesses are present, such as a hospital or a laboratory). The basic content of the witness's testimony is recorded. In some cases, it may be necessary to record part of the interview in a literal way<sup>87</sup>. Alternative registration methods may also be used, such as tran-

---

84. Also: A. Koźciółek, *Elektroniczne czynności procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warsaw 2011, p. 300 and next.

85. *Judicial civil procedure Občanský soudní řád* (No. 99/1962 Sb.).

86. [https://e-justice.europa.eu/content\\_taking\\_evidence\\_by\\_videoconferencing-405-cz-pl.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_taking_evidence_by_videoconferencing-405-cz-pl.do?member=1)

87. Country Profile taking of evidence by video-link under the Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters in Czech Republic, profile updated on 15 May 2017

scribing the entire hearing by a court reporter or recording it as sound or sound and image if the law permits it or if the chairperson of the jury (court in the composition of one judge) agrees to the use of such methods.

Although Slovak law does not contain any specific provisions allowing the taking of evidence with the participation of a court from the requesting Member State, it also does not contain provisions prohibiting such participation. In accordance with procedural provisions, the court takes evidence at the hearing and, where applicable, outside the hearing (§122 of the Code of Civil Procedure (Občianský súdny poriadok))<sup>88</sup>. With the consent of the parties, the court may conduct an oral hearing using videoconferencing or other communication technology (§116 paragraph 6 of the Code of Civil Procedure). As a rule, the parties have the right to be present when taking evidence. There are no special procedures for the taking of evidence by videoconferencing (apart from the procedures described above). Therefore, only the provisions of the Regulation on the taking of evidence (Nariadenie o výkone dôkazu), the Code of Civil Procedure and the administrative and organizational rules for the courts apply (Spravovací a kancelársky poriadok pre súdy). Cf. the decree of the Slovak Ministry of Justice No. 543 of 11 November 2005 on the administrative and organizational rules for district courts (okresné súdy), regional courts (krajské súdy), Special Court (Špeciálny súd) and military courts (vojenské súdy).

In Slovakia, the giving of evidence is usually carried out at the hearing (§122 of the Code of Civil Procedure), and hearings are usually held in court (§25 in connection with §35 of the administrative and organizational rules for the courts). Organizing a hearing in another place would be difficult for technical reasons. The devices used for video conferences also allow their recording. However, in accordance with the provisions of §116 paragraph 6 of the Code of Civil Procedure, oral hearing through videoconferencing may take place only with the consent of the parties. In the absence of consent of the parties, the general provisions of §44a of the Code of Civil Procedure, which allow the possibility of conducting a hearing with the use of sound recording equipment, will apply. The received sound recording is stored on an appropriate data carrier, which is included in the case file. Interestingly, all Slovak courts employ an administrative assistant that can be contacted to plan a video call test, hearing date, etc.

---

88. [https://e-justice.europa.eu/content\\_taking\\_evidence\\_by\\_videoconferencing-405-sk-pl.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_taking_evidence_by_videoconferencing-405-sk-pl.do?member=1)

## 4.2. Evidence in EU Law - Intellectual Property Rights and Private Enforcement of Competition Law

EU law has recently had a significant impact on evidence in the Nordic countries. Consequently, intellectual property rights and private enforcement of competition law was discussed quite intensively in the national report covering the Nordic countries. The Antitrust Damages Action Directive (Directive 2014/104/EU of 26 November 2014) and the Intellectual Property Rights Enforcement Directive (Directive 2004/48/EC of 30 April 2004) are central instruments in the field. Denmark, Finland, and Sweden have all implemented the Antitrust Damages Directive in separate acts of parliament (Competition Damages Act). The Intellectual Property Enforcement Directive has been implemented in Finland in the Act on Preservation of Evidence in Intellectual Property Rights Matters. In Denmark and Sweden, it has been implemented by adding provisions on evidence in each of the acts regulating intellectual property rights, such as the Patent Act and the Trademark Act.

Norway has implemented the IP Rights Enforcement Directive in their Dispute Act, chapter 28A. Notably, the Antitrust Damages Directive has not been implemented due to problems of coordination with public enforcement of competition law, and Brexit has currently put negotiations on how to solve these problems on halt.

Regardless of the method of implementation, both directives are at odds with the idea of coherence of procedural rules. Nordic law has traditionally not included discovery or disclosure stipulations, and preservation of evidence has been allowed only for cases where the case will be filed in the near future and where a clear risk exists that the evidence will be lost or considerably impaired. Evidence should also be presented directly to the court, not captured before the proceedings commence or before the main hearing.

Both directives thus mark a shift *vis-à-vis* traditional doctrine on preservation of evidence and the right of the parties not to have an obligation to disclose evidence which is potentially detrimental to their cases. The directives also result in the fragmentation of national laws of evidence. EU evidence law is often implemented separately from the general rules of civil procedure, creating particular rules for certain types of cases. Hence the rules of evidence are no longer common for all kinds of proceedings. One might ask, in this connection, why intellectual property cases merit more lenient rules on disclosure and preservation than a labour or contract law case.

### 4.3. Systemic Problems

#### 4.3.1. State Sovereignty

Another perspective would be to see the European and other international instruments to intensify the taking of evidence as *utensils*. The instruments are technicalities in the field of procedural law without a significant harmonizing effect, while at the same time some might argue that the evidence taking framework is against the principle of state sovereignty,<sup>89</sup> according to which a state has jurisdiction only in its own geographical space. The current euro-scepticism in Denmark, for instance, arguably arises from a wish to enhance such sovereignty,<sup>90</sup> and yet, the world and its societies are changing. State sovereignty is in many ways an outdated and no longer very useful concept. In today's modern societies, it is difficult to see a way of handling cross-border situations that is based on state sovereignty, especially when the technical development is enabling and supporting cross-border activities even in jurisdictions.

The law, especially procedural law, may be defined as instruments, too. They are ways to fix our common everyday-life problems on the planet. The law should arguably not be seen as an isolated island but rather as a bridge to contemporary society, and this connection should be alive and dynamic. This is why international instruments in taking evidence is not so much a harmonizing tool in its substantive meaning, but mostly merely a technical instrument to handle cross-border situations. Because of the very international nature of daily life in contemporary business and private lives, cross-border situations have become regular in modern society and especially so in Europe. Therefore, European instruments and other international pragmatic tools are needed to handle legal matters without borders. This is why I see cooperation in evidence taking mainly as a *practical* necessity. Globalisation will remain a key component in people's daily lives and business. And the juridical tools to handle disputes with cross-border characteristics must match this fact. This renders the instruments a practical issue rather than a drive for further unification or harmonization.

#### 4.3.2. Norway, Iceland, Denmark and Brexit

For Denmark, Iceland and Norway, being outside the EU Evidence Regulation is rather unproblematic due to the Hague Conventions. The main difference is the absence of direct communication between the courts in the Hague regime.

---

89. Vetenskapstermbanken i Finland 2.03.2018: Oikeustiede:sisäinen valtiosuvereniteetti. [http://www.tieteentermi-pankki.fi/wiki/Oikeustiede:sisäinen valtiosuvereniteetti](http://www.tieteentermi-pankki.fi/wiki/Oikeustiede:sisäinen_valtiosuvereniteetti), visited 2018-03-02.

90. Nylund, The national report on the Nordic countries.



Thus, there is no political need—and only a limited practical need for Denmark—to opt-in, and for Iceland and Norway to enlarge the EFTA/Lugano civil procedure regime.<sup>91</sup> In addition, the Nordic Convention underpins and facilitates cooperation between the Nordic countries.

Currently, no specific issues seem likely to arise in the application of the Regulation between England and other EU Member States, but issues may well arise in the future, following Brexit in March 2019. What those issues may be will to a certain extent depend on the agreement reached between the UK and the EU upon the former's exit from the latter. It may be that the Regulation will continue to apply due to the exit agreement. On the other hand, it may be that the relationship will be governed by the 1970 Hague Convention. Whichever approach is taken, either regime is well-established and understood. On that premise, it is likely that the post-2019 approach to taking evidence in matters presently governed by the Regulation will continue relatively smoothly under either of the present instruments.

#### **4.3.3. Common law – Continental law – (Scandinavian legal family)**

Different legal systems may pose problems for cooperation. The problem of pre-trial discovery and fishing expeditions was mentioned in many of the national reports on the Northern and continental European countries, especially where the Hague Convention was invoked. Thus, for instance Germany will not execute letters of request issued for the purpose of obtaining pre-trial discovery of documents as is the practice in common law countries.

Requests for evidence for pre-trial discovery are not granted even in the Nordic countries when it requires a person to present materials other than those particularly specified in the request or documents that the person is not in possession of, or to state the existence of such documents. The declaration restricting pre-trial discovery is uniform for all five Nordic countries. The level of identification depends on the documents requested. A request to deliver all correspondence between two persons is not sufficiently identified, where a request to see all correspondence regarding a specific matter is usually sufficiently identified. The criteria are context-specific to balance combating fishing expeditions and to promote access to relevant evidence. The restriction applies to documents only, and a party may thus obtain witness evidence freely. In all other contexts, Nordic courts and authorities usually grant cooperation if the

---

91. Nylund, The national report on the Nordic countries.

method of obtaining the evidence is not unlawful or the evidence is not procured where there is a prohibition to give evidence.<sup>92</sup>

Disclosure of evidence has been unknown to these systems until recently. There is a duty to provide access to evidence at the request of a party, but no duty to actively inform of the existence of such evidence. In Norwegian law, the parties to a case have a duty to inform each other, but the rule is seldom enforced.

#### 4.4. Practical problems

In the Baltic report it was mentioned that in court practice one of the biggest problems is to locate the place of evidence. The other practical issue which was mentioned was if a participant in a proceeding is not proficient in the language of the proceedings. In such cases, an interpreter is asked to translate the proceedings at the request of such participants in the proceeding or at the initiative of the court. The state would bear the cost of translation in Lithuania. In Latvia and Estonia, financial questions regarding reimbursement of the translation depend on the particular situation. The language problems were touched upon in almost all national reports. Therefore, the variation of languages seems to be one of the main practical problems to be tackled.

A characteristic feature of the EU regulation that facilitates its application is the far-reaching standardization of requests and notifications as part of the taking of evidence. This is expressed in the absolute necessity of using numerous forms contained in the Annex to the Regulation; something which the national reports all mention as a problem.

Excessive delay is also a problem in cross-border proceedings. Although the Evidence Regulation has clear time limits, Finnish judges, for instance, report that some foreign courts do not observe them.

## 5. Conclusions

The two main regimes governing the taking of evidence in cross-border situations, namely the Hague Convention (the Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters of 18 March 1970) and the EU Council Regulation 1206/2001 on cooperation between the courts of Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters either seem to be working

---

92. Nylund, The national report on the Nordic countries.

well or are rarely used in practice (either because there little interest in or a lack of national public awareness of the relevant international regulations). In all national reports, the above-mentioned two regimes were described and referred to as the main instruments, and almost no problems, variant practices or academic debates were reported. The same goes for the EU regulation except for the obvious potential problems due to Brexit and the fact that among the Nordic countries, Norway and Iceland are not Member States and Denmark is a Member State with an opt-out from cooperation in the fields of justice and home affairs.<sup>93</sup>

Certain practical problems concerning international cooperation in the field of laws of evidence were however identified. Thus, linguistic problems were mentioned in all national reports. One co-reporter saw delays as a problem and also highlighted bureaucracy, in the form of standardized forms in the EU, categorizing the standardized forms not as a practical tool but as a problem in one national report.

State sovereignty was not identified as a problem in a globalised, modern society where modern technology was seen as a possibility (rather than an obstacle) in all national reports that discussed the subject. Still, fundamental differences in legal systems and procedural law can cause problems. Examples included fishing expeditions and pre-trial discovery, which do not belong to the continental legal systems that were mentioned in the several national reports. So far, unification of regulation has not been possible, as the countries that use a continental system prohibit the usage of international instruments in relevant situations, just like national support is not given whenever a request covers pre-trial discovery or suspected fishing expeditions. The distinction between common law countries and civil law countries still seems to be clear as far as this difference is concerned.

---

93. Denmark and the Treaty on European Union [1992] OJ C 348/1992, p 1 and Protocol 22 of the Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C3296/2012 p. 47.

PONENCIAS SOBRE  
**PRUEBA Y ARBITRAJE**



# La prueba en el arbitraje. Interpretación de las reglas i.B.A. en el arbitraje internacional

---

Jorge A. Rojas<sup>1</sup>

## 1. Introducción

Este informe general apunta a desarrollar exclusivamente algunos aspectos relacionados con la prueba en el arbitraje internacional, que por cierto, por su amplitud, requiere de precisiones sobre todo cuando se entremezclan sistemas diversos, y aun así, comprende un amplio campo de trabajo.

A los fines de concentrar la tarea, a continuación se transcribirán las líneas de trabajo que se han fijado para esta labor, vinculándolas a la interpretación de las reglas que en materia de obtención de pruebas ha establecido la International Bar Association (IBA) para el arbitraje internacional.

Uno de los aspectos que se destacan, es que si bien esas Reglas de la IBA se consideran universales, se plantean en general algunos inconvenientes con su aplicación por la diversidad de sistemas de justicia que suelen superponerse en el desarrollo de un determinado sistema arbitral.

Ello ha permitido la reducción de esta temática a la interpretación que se genera en las cuestiones que surgen de la interpretación de algunos de sus artículos, a saber:

---

1. Profesor titular por concurso de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Buenos Aires – Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal – Arbitro Permanente –por concurso- del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

1. Art. 3 (a) Una Solicitud de Prueba deberá contener... (ii) una descripción restringida y específica de una categoría requerida de documentos.
2. Art. 4 (3) No será impropio que una Parte [Representante]... entreviste a sus testigos o posibles testigos y debatan con ellos sobre su posible testimonio.
3. Art. 5 El Tribunal de Arbitraje, previa consulta con las Partes, podrá designar a uno o más peritos nombrados por el Tribunal para que le informen...

*Para los puntos anteriores en los artículos 3 y 4, se solicita describir la interpretación que le daría un profesional del arbitraje cuyos antecedentes están en su tradición legal y que no está familiarizado con el rango de interpretaciones que podría haber experimentado, y en lo posible brindando algún ejemplo que ilustre esa interpretación.*

*Por otro lado, para el artículo 5, la consigna de trabajo es la siguiente: ¿qué tan común es que haya expertos designados por el tribunal en su jurisdicción?*

Sobre la base de estos presupuestos de trabajo se desarrollará este informe, en la inteligencia de poder describir el comportamiento que existe en Iberoamérica en los arbitrajes internacionales sobre los aspectos señalados.

## **2. Los sistemas arbitrales y el lenguaje**

Para despejar algunas de las posibles trabas que se pueden presentar en este trabajo, es útil tener en cuenta que el vocablo «prueba», como tantas voces del mundo jurídico presenta una polisemia por demás particular.

Aludimos a prueba en el civil law cuando ofrecemos medios de prueba en un proceso, pero le damos la misma designación a la prueba ya producida en la causa, y con el mismo alcance nos referimos a su valoración al momento de alegar o bien al momento de laudar.

Por lo tanto, conviene tener en cuenta que utilizaré la voz prueba interpretándola como la demostración en un proceso de la ocurrencia de un suceso, desde luego trátase de un proceso arbitral como judicial el alcance que le daremos será idéntico.

Esto implica una tarea compleja, que no se circunscribe solo al ofrecimiento de prueba, sino por el contrario a una tarea demostrativa de aquellos presupues-

tos fácticos que resultan fundantes para el ejercicio de una determinada pretensión.

Luego veremos cómo repercuten estas circunstancias en el proceso, toda vez que vienen acollarados a este razonamiento, la labor demostrativa que se desarrolla en la producción de la prueba, como asimismo su apreciación, por el valor que se le asigne a su alcance.

Ello dentro de un determinado sistema arbitral, que es el otro aspecto a tener en cuenta, toda vez que habría que reposar la mirada en este punto en la característica que tenga el tribunal que intervenga.

Esto es, si se trata de un tribunal ad hoc, o bien si se trata de un tribunal de carácter institucional. Es decir, para evitar confusiones con el lenguaje, si el arbitraje será diseñado por las partes, o bien si se trata de un arbitraje institucional, desarrollado sobre la base de una estructura reglamentaria que lo contemple.

La importancia que cabe atribuirle a estos aspectos radica en las diferencias que deben ser materia de análisis en este trabajo, toda vez que los sistemas arbitrales son de distinta índole, más allá de la similitud que pueda existir entre todos ellos, por el denominador común que significa el ejercicio de las pretensiones en los escritos postulatorios, el desarrollo de la etapa probatoria y la actuación del tribunal —que las partes hayan decidido— para el dictado del laudo, al margen del mecanismo de revisión (apelación) o de rescisión (nulidad) que se hubiera pactado.

Pero en este caso, es dable tener en cuenta que estamos en el ámbito del arbitraje voluntario, con lo cual cabe destacar que estamos dejando de lado el arbitraje obligatorio o también llamado legal o forzoso que existe en algunos supuestos<sup>2</sup>.

Por lo tanto, si restringimos el campo de trabajo, al arbitraje voluntario e internacional y además tenemos en cuenta la distinción que cabe respecto a los intervinientes procesales, más allá de la estructura a la que ajusten su cometido, por caso si fuera ad hoc o administrado, la realidad muestra la convergencia de distintas personas formadas en distintos sistemas jurídicos, que impactan en el arbitraje y que han llevado a la International Bar Association a tratar de zanjar es-

---

2. En mi país (Argentina), existen diverso tipo de normas que mandan el arbitraje con carácter obligatorio o forzoso, por ejemplo la Ley 26.831 (reformada por la ley 27.440) para los conflictos de índole societaria que se susciten en sociedades abiertas que son aquellas que cotizan en bolsa; o bien la opción con la que cuenta el minoritario para debatir el precio de compra ofrecido por el mayoritario en una oferta pública de adquisición, en caso de decidir por el tribunal arbitral en lugar del judicial. Lo mismo sucede con otras normas por ej. el art. 1157 del Código Civil y Comercial de la Nación; el art. 5 de la ley 17.418 de seguros, entre otros ejemplos.



tas diferencias proporcionando pautas de manejo y desarrollo de este tipo de arbitrajes, dentro de un marco regulatorio que tendrá carácter supletorio o principal, según la decisión de las propias partes que intervengan en el proceso.

Hechas estas aclaraciones previas, sobre todo por la convergencia de los dos grandes sistemas que en general se plantean en este tipo de procesos, el del civil law y el del common law, la IBA ha proporcionado las normas que aquí corresponderá abordar a los fines de brindar algún tipo de pauta interpretativa genérica que resulte de utilidad para su posterior aplicación.

Por ello, nos introduciremos seguidamente en el análisis de las consignas de trabajo propuestas.

### **3. Aspectos vinculados a la prueba documental**

La interpretación que han hecho los profesionales en la práctica concreta en los arbitrajes internacionales, puede distinguirse a través de los diversos países que han contribuido —a través de sus representantes— a brindarnos su información, pues son disímiles las situaciones que se plantean.

Por ejemplo en Perú, en su informe el Prof. Martín Chocano nos hace saber que la interpretación que le otorgan los profesionales a las Reglas IBA sobre prueba documental, se encuentra a mitad de camino entre el bastante amplio discovery anglosajón y la más restringida institución de la exhibición de documentos regulada en el Código Procesal Civil peruano.

De tal modo, es usual que los tribunales arbitrales en Perú al aplicar la regla 3 a) de la IBA, denieguen solicitudes de producción de documentos que se refieran a una categoría general o excesivamente amplia de documentos sin ningún tipo de limitaciones.

En Chile, el Prof. José Pedro Silva nos informa que los procedimientos en los arbitrajes internacionales, están regulados por la Ley de Arbitraje Comercial Internacional nro. 19.971 que fue promulgada en el año 2004 y, en ausencia de cualquier declaración de las partes en contrario, el art. 19 de esa ley declara que el Tribunal es libre de llevar a cabo el arbitraje y decidir sobre la admisibilidad, relevancia y peso de la evidencia provista.

Además los árbitros chilenos son proclives a evaluar una solicitud de documentos, de acuerdo con el art. 349 del Código Procesal Civil chileno, lo que implica dos tipos de requisitos: 1) que los documentos cuya exhibición se solicita estén

directamente relacionados con la pregunta o asunto controvertido; y 2) que por su naturaleza, los documentos solicitados no se consideran privilegiados ni confidenciales.

Como se puede apreciar, de las prácticas en arbitraje internacional de estos dos países, en el primero, son de observancia las Reglas de la IBA en materia de prueba documental y su extensión o alcance, mientras que en el segundo, prácticamente no se observan por encontrar una regulación específica del país.

En Uruguay, el Prof. Santiago Pereira Campos nos ilustra sobre lo incipiente que se encuentra en su país el desarrollo del arbitraje, tanto interno como internacional, en comparación —como lo refiere— con los demás países de la región.

No obstante ello, considera que la luz de la Regla 3 a) de la IBA la interpretación que le daría un profesional en Uruguay sería —por su tradición legal— que siempre debe ser restringida, pues de solicitarse la exhibición de documentos sostiene que debe ser concreta y específica, individualizando la categoría de documentos de que se trate, vinculándola además con los hechos de la controversia.

A su vez el Profesor Joan Pico i Junoy, para su informe ha tenido en cuenta no solo la Ley española vigente sobre arbitraje (nro. 60/2003), sino además las prácticas desarrolladas en el Tribunal Arbitral de Barcelona, que es el más antiguo del país, y la Corte Española de Arbitraje con sede en Madrid.

En todos los casos referidos a España —en ninguno de esos Tribunales— existe una norma similar a las Reglas de la IBA con relación a la prueba documental, y a su vez indica que en la práctica arbitral, cuando una parte solicita una exhibición de documentos, debe señalar al árbitro además de los motivos de su petición, la relación directa e inmediata que tiene esa prueba con el objeto del litigio.

En mi país —Argentina— el Profesor Guido Tawil, con relación a la prueba documental, a partir de su experiencia en arbitrajes internacionales, señaló que en general se persigue evitar el dislate y la amplitud imprecisa sobre la documentación a aportar por una parte.

Este problema —señaló— que se da siempre en todo el mundo, y lo más habitual es que se trata de encauzar a través de cuadros intercambiados entre las partes en los cuales se hace la petición, y las partes aceptan o rechazan los pedidos, de modo tal de establecer así un límite entre ellas con relación a la prueba documental.

No obstante, en la República Argentina, no existe mucha experiencia en la utilización de estas reglas en materia de prueba en los arbitrajes internacionales, aunque en algunos casos pueden servir como una especie de guía.

A título personal puedo informar que integro el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, que es el más antiguo que existe en el país, y en materia de arbitrajes internacionales nuestro reglamento contempla la aplicación —supletoria— de la Ley Modelo de Uncitral, por lo cual no resultan de aplicación las normas de la IBA.

#### **4. La prueba testimonial**

Con relación a la producción de la prueba testimonial, la consigna de trabajo que se nos ha propuesto apunta a la posibilidad de entrevistar al testigo para debatir sobre su posible testimonio, existe coincidencia en todos los aportes realizados sobre los países de Iberoamérica.

En Uruguay se considera que más que una posibilidad se considera una obligación de los abogados la de entrevistar a los testigos, por lo cual no se considerará impropia esa práctica.

Lo mismo sucede en Chile, con la salvedad de la responsabilidad penal en la que pueden incurrir los abogados conforme su Código Penal si se induce a un testigo a tergiversar la verdad.

Por el contrario, en Perú si bien no existe una norma que regule esta situación no está bien visto en la práctica que un abogado se reúna con el testigo, entre otras razones, por la desconfianza que genera este medio de prueba y la cultura que existe en la práctica procesal civil peruana.

No obstante la cultura arbitral peruana, ha adoptado la práctica internacional y revalorado la prueba testimonial, cuya credibilidad dependerá del testimonio en sí y no de los prejuicios de la legislación o las prácticas locales.

Sin embargo, las interpretaciones que se les da a las normas de la IBA al respecto son restrictivas, y se circunscriben a entrevistar al testigo para conocer su carácter y personalidad, verificar su honestidad y credibilidad, su conocimiento sobre los hechos y orientarlos sobre el particular y prepararlo para la audiencia orientándolo sobre el escenario a desarrollarse y su dinámica.

En España, ni su Ley de Arbitraje, ni los reglamentos de los Tribunales de Barcelona o de Madrid, contemplan una norma similar a la Regla 4.3. de la IBA, sin embargo, es una práctica habitual que las partes puedan entrevistarse con los testigos que ellas propongan.

Lo mismo sucede en Argentina, para conocer de antemano la importancia que tiene su testimonio, haciendo una aclaración el Profesor Tawil en este sentido, y es que las prácticas internacionales llevan a presentar por escrito las declaraciones de los testigos que a su vez si se ven replicadas por otras declaraciones, también se acompañan por escrito, produciéndose un intercambio que se hace muchas veces sumamente extenso.

## **5. La producción de la prueba pericial**

Con relación a la producción de la prueba pericial, se producen variables importantes a tener en cuenta, no solo por las prácticas usuales de cada país, sino además por la aplicación concreta de la Regla 6.1 de la IBA en cuanto a la designación de peritos.

En Chile es muy común contar con peritos designados por el Tribunal arbitral que intervenga, sobre todo en materias vinculadas a temas de infraestructura, tecnología y finanzas.

Eso ha llevado a un debate de tipo académico entre los especialistas, porque se ha advertido que cada vez más los laudos se convierten en una especie de copia de la opinión de los expertos que se designan, sin proporcionar ningún análisis ni juicio razonado sobre el particular.

En Uruguay, si bien el arbitraje es aún considerado incipiente en su desarrollo, es usual que sean las partes quienes aporten con sus escritos postulatorios pericias de sus propios expertos, en las diversas ramas que sean, siendo las más frecuentes las de arquitectos, o ingenieros.

En Perú, si bien se reconoce la facultad del Tribunal de designar de oficio expertos para que presenten sus informes periciales, también es una práctica común que sean las partes quienes aporten las pericias de las que intentan valerse con sus escritos iniciales, de modo de tratar que los tribunales decidan la controversia sobre la base de esos peritajes en lugar de tener que acudir a la designación de un perito de oficio, siendo por ende sumamente cautelosos los árbitros para la designación de peritos de oficio.

En la práctica de arbitrajes internacionales en Perú, se destaca la designación de peritos de oficio en las siguientes circunstancias: a) en temas de interés público en los que es parte el Estado; b) cuando una parte ha presentado su pericia y la contraria presenta un informe de un experto que critica la pericia diluyendo su credibilidad; c) cuando ninguna de las partes ha ofrecido una pericia y existen temas técnicos o científicos que requieren su dilucidación para resolver la controversia.

Finalmente, si bien los árbitros tienen la potestad de designar de oficio peritos para intervenir en el proceso, lo más usual en Perú es que las partes sean quienes presenten sus propias pericias, y que el tribunal arbitral resuelva sobre la base de ellas.

En España destaca el Profesor Pico i Junoy, que la Ley de Arbitraje española replica la Regla 6.1 de la IBA, con la salvedad que si bien el Tribunal arbitral puede designar un perito de oficio, ello es salvo acuerdo de partes en contrario.

El Tribunal Arbitral de Barcelona contempla una regla en virtud de la cual, condiciona la designación de oficio de un perito por parte del árbitro, a que ello sea expresamente admitido por la institución arbitral. Mientras que el Tribunal de Arbitraje de Madrid replica la Regla 6.1 de la IBA.

No obstante ello, la práctica usual da cuenta que las partes —sobre todo a fin de evitar engrosar los costos del arbitraje— normalmente presentan sus dictámenes periciales privados.

Por lo tanto, en España se da la particularidad que si bien no se recogen las Reglas de la IBA, en este aspecto, o sea en la designación de un perito de oficio, es el único en donde sí se repara en ellas.

En Argentina se da una situación que guarda similitud con lo que sucede en los restantes países citados, ya que en general las pericias son acompañadas por cada una de las partes, y en algunos casos suele suceder que el Tribunal exija la realización de un careo entre los propios expertos cuando existan visiones contrapuestas.

Con motivo de estas prácticas es usual interpretar que en los arbitrajes internacionales lo menos frecuente es que se designe a un experto por parte del tribunal pues se interpreta que en la mayoría de los casos ese experto se arroga el papel de árbitro por su especialidad en la materia sobre la que verse la controversia.

Eso acontece en algunos tribunales, en el que integro de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, en los arbitrajes —aún internacionales— el experto en una

determinada rama del conocimiento es designado por el Tribunal, de sus propias listas de peritos y cuando su especialidad no está contemplada en esos reglamentos, como ha sucedido con el caso de un geólogo, o un oceanógrafo, o especialidades sumamente específicas, se recurre a universidades o entidades oficiales a los fines de que suministren o proporcionen especialistas (en general varios), para sortear entre ellos a quien se designará a esos fines.

Inclusive ha sucedido en alguna oportunidad que se ha designado a una universidad para llevar a cabo una pericia que requería la concurrencia de varios especialistas que si bien estaban vinculados entre sí hubieran requerido de varias tareas que de esa forma se concentraron dentro de la universidad misma con distintos profesores especializados en determinadas materias.

## 6. A modo de conclusiones

Antes de extraer algunas conclusiones sobre la temática abordada, quiero destacar que recibimos un informe de Bolivia de parte del Dr. Primitivo Gutiérrez Sánchez, quien nos hace saber que en su país, y con motivo de su nueva Ley Fundamental, que le ha dado una nueva denominación a su país como Estado Plurinacional de Bolivia, en el año 2015 se ha dictado la ley 708 de Conciliación y Arbitraje y que fue modificada por la ley 936 en el año 2017.

Si bien no hizo ningún tipo de referencia a la aplicación de las Reglas de la IBA en materia de prueba, señaló que forma parte —como árbitro habilitado— del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo (CAINCO), establecida en el Departamento de Santa Cruz, reconociendo que su país ha ingresado recientemente en el desarrollo de métodos alternativos como el arbitraje, y desde luego tienen aspiraciones de un crecimiento apropiado y acorde con las tendencias actuales.

Hacemos votos entonces por nuestros congéneres bolivianos para que puedan nutrirse de las nuevas corrientes que existen para la solución de conflictos, sobre todo desde el punto de vista de aquellos derechos que resultan disponibles para las partes y por ende susceptibles de ser sometidos a arbitraje.

Mientras tanto, lo que podemos colegir de las experiencias que hemos recogido he informado precedentemente, es que el análisis de las Reglas de la International Bar Association persiguen una especie de adaptación entre los sistemas del civil law y del common law, aunque este blend que se obtuvo, se ve en la mayoría de los casos impactado por las diversas culturas existentes en los países latinoamericanos.

Se ha generado una variante dentro de lo que la doctrina ha identificado como «*soft law*», esto es una especie de derecho al que acceden voluntariamente las partes a acatar pues se tratan de normas que ofrecen cierta flexibilidad en su aplicación, generalmente con carácter supletorio, por su falta de eficacia obligatoria, a aquello que las partes hubieran acordado. Esto desde luego por oposición al derecho escrito o «*hard law*».

Precisamente la IBA se ha propuesto brindar a través de su Comité de Arbitraje, una serie de normas o principio o directrices vinculados —en este caso— al manejo de la prueba para el arbitraje internacional, conformando así el llamado *soft law*, del cual la doctrina se ha encargado de señalar que no existe una conceptualización homogénea sobre su significado.

Consisten en textos que establecen pautas o reglas, que si bien no resultan obligatorias, con el correr del tiempo y por su utilización empiezan a observar cierta obligatoriedad, por lo menos eso es lo que se espera de ellas, pues solo se aplican si las partes las han pactado.

Aunque suelen existir algunos tribunales que hacen uso de ellas, pese a que las partes no las hayan incluido en su acuerdo arbitral, porque las utilizan como principios generales aceptados por la comunidad arbitral.

Con lo cual el arraigo que puedan adquirir en el tiempo dependerá de su uso y práctica concreta en la realidad, circunstancias que por el momento no se ven reflejadas en los países Iberoamericanos que hemos tomado como referencias.

Si partimos de la base de que el derecho es un producto cultural, y como bien reconocía la teoría egológica del derecho del Profesor Carlos Cossio se trata de conducta humana y de su regulación, no es posible dejar de lado las prácticas habituales que existen en los diversos países de Iberoamérica, y desde luego registrar a su vez el impacto provocado por esas reglas.

Si bien es incipiente su desarrollo —como se desprende de los informes locales recepcionados— no es menos cierto que brindan una pauta interpretativa que se podrá tener en cuenta con el desarrollo de las prácticas, en tanto sus operadores sean recipiendarios de las normas o pautas orientadoras que brindan estas reglas.

En esa línea ya se ha pensado en un código transnacional que contemple esta normativa para generar desde el derecho procesal internacional. Esa tentativa ya se llevó a cabo en varias oportunidades, destacándose entre ellas el código conocido como Bishop/Stevens del año 2011, en donde si bien se contempla-

ban normas de ética para los profesionales intervinientes en tribunales arbitrales internacionales, también se contemplaban normas en materia probatoria<sup>3</sup>.

Lo importante a destacar en este sentido, de ahí la importancia que tiene la cultura en el mundo del derecho como bien lo ha destacado Chase<sup>4</sup>, es que el impacto que puede producir una regulación de la índole analizada, que se considera «blanda», no solo se ve reflejada en la concreción en sí misma de la prueba, sino en sus proyecciones sobre la decisión de mérito.

Esto hace que debamos retomar el comienzo de nuestro reporte, en donde señalamos la polisemia de la voz «prueba», toda vez que no se agota solamente en su ofrecimiento y producción, sino fundamentalmente en la evaluación posterior que hagan las partes en sus alegatos y el tribunal al momento de laudar.

Por ende, su regulación, sea por vía de adopción, como sucede en España con la regla referida a la producción de la prueba pericial, y su aplicación concreta, marca una distinción que resulta imprescindible tener en cuenta. Ello es así pues obsérvese que tanto en Perú, como en España, y en algunos casos en Argentina, se parte de un prejuicio que consiste en evitar investir al experto que se designe en el decisor que sustituya la labor del tribunal, precisamente por la experiencia recogida en la práctica usual.

Con lo cual, es importante tener en cuenta que las prácticas de cada ámbito forense, marcan una impronta de suma importancia a tener en cuenta a la hora de aplicar sea como norma directa, o bien con carácter supletorio, las reglas que comentamos.

El denominador común que se puede observar de lo expuesto, precisamente es que sea en la prueba testimonial, con los diferentes registros que se observan en los países que nos brindaron sus informes, como en la prueba documental, como igualmente en la producción de la pericial, en todos los casos se sobrepone sobre la norma, la práctica usual que marca un camino a seguir que a veces compatibiliza el derecho local, o las prácticas locales con las normas sugeridas a través de las Reglas de la IBA.

Por lo que llevamos expuesto, parecería saludable que si bien las normas de IBA persiguen una identificación que permita unificar los distintos sistemas jurídicos que son de aplicación en un arbitraje internacional, en donde encon-

---

3. Felix J. Montero y Mercedes Romero en Anuario de Arbitraje 2017, Ed. Thomson Reuters, cap. 14, La conducta del abogado y la práctica de la prueba en el arbitraje internacional, p. 353.

4. Chase, Oscar G.; Derecho, Cultura y Ritual – Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural; Ed. Marcial Pons, 2011.



tramos partes, abogados y árbitros de diferentes países, con diferentes culturas jurídicas, que se puedan compatibilizar esas normas con las prácticas habituales de cada país, para seguir apostando a la mayor flexibilidad que se persigue en el arbitraje con la normativa que lo regula, sin perder de vista la autonomía de las partes que resulta pilar fundamental de este instituto.

# A prova do Direito em processo arbitral. *lura novit curia*<sup>1</sup>

---

Paula Costa e Silva

O tema que nos foi distribuído no presente Congresso é o da prova em processo arbitral. Tal como enunciado no título, é, com tal abrangência, inabarcável. Falar em prova é abrir *uma caixa de Pandora incrementada*: ecoa na nossa cabeça o verso de Dante, «deixai toda a esperança, vós que aqui entraís». Verdade, verdade racionalizada, verdade revelada, realidade, realidade contingente, factos, factos jurídicos, factos juridicamente relevantes em dado contexto, facto e história, caso julgado, *estoppel*, finalidades do processo, deveres do decisor, princípios e situações jurídicas processuais, instrução, meios, valoração, fundamentação: estas —e pelo menos estas pois em muitas mais se pode pensar quando é enunciada a palavra *prova*— estarão sempre em conversas íntimas entre si. Terreno movediço, o estudo da prova gera resultados que um pouco mais adiante logo temos de submeter «a melhor prova»; os fios que parecem correr independentes afinal formam uma teia.

Mas talvez por isso a pergunta a responder nesta sede possa ser a seguinte: mas por que é a matéria da prova *no processo arbitral* um tema? Haverá diferenças no domínio da prova, qualquer que seja o sentido com que esta expressão é usada, quando fazemos aderir o conceito a um processo arbitral ou a um processo que corra perante um tribunal estadual? Com excepção daqueles conjuntos de casos em que o tribunal arbitral, porque destituído de *ius imperii*, não pode ordenar a produção de certos meios de prova ou a sua produção em determinadas circunstâncias, há outras diferenças?

---

1. Este texto, na sua análise histórica, nunca teria sido possível se não tivesse contado com a ajuda fundamental da Doutora Ana Fouto, Professora da Secção de Ciências Histórico-Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Fica o público registo do meu agradecimento.

Assim como formulada, a pergunta ainda é demasiado ampla. Por isso, razões de ordem prática levaram a que os membros do painel sobre prova em processo arbitral optassem por circunscrever a matéria das intervenções a três questões muito concretas e que se relacionam com a interpretação, tal como feita por árbitros de referência, de três das regras da IBA sobre produção de prova. Sobre elas foram apresentados os relatórios nacionais dos quais acaba, no final, por resultar uma tendência clara: qualquer que seja o espaço de onde proveem os árbitros que se pronunciaram —*civil* ou *common law*— o modo como entendem as referidas regras é equivalente. Esta conclusão pode surpreender: não seria expectável que decisores providos de espaços pertencentes a culturas jurídicas que se afirmam tão diferentes encarassem matérias decisivas de modos diversos e moldados sobre aquelas culturas? A dúvida ainda mais se agudiza quando se percebe que estão em vias de aprovação regras sobre produção de prova no domínio da arbitragem internacional —as chamadas Regras de Praga— e que se apresentam como uma alternativa, informada pelos princípios da *civil law*, sobre a produção de prova, às regras da IBA.

Não temos, neste momento, o objectivo de tomar posição acerca da necessidade ou utilidade de criar um novo conjunto de regras aplicáveis à produção de prova em processos arbitrais. Mas há um ponto que nos parece evidente e que acabou por nos conduzir ao tema que gostávamos de tratar na presente intervenção pelo que o enunciaremos: na sua primeira versão, as regras de Praga vinham intituladas de Regras inquisitoriais sobre produção de prova. O termo «inquisitoriais» acabou por desaparecer do título mas permanece na explicação de motivos. Perceba-se: nada há a criticar a uma visão de processo —e arbitragem é processo, afirmação que nunca pode ser confundida com arbitragem é aplicação de regras de um ou de outro código de processo—, ou seja, de instância de adjudicação, em que o decisor tem poderes instrutórios fortes; tudo depende daquilo que se entende ser a finalidade do próprio processo e do papel que ao decisor se atribui a partir de tal finalidade. Ora —e agora faremos a ponte com o ponto que gostaríamos de analisar no tempo da nossa intervenção— aquilo que prendeu a nossa atenção e que poderá avultar com intensidade, exatamente por causa das regras de Praga, é a resposta à seguinte questão: deverá o Direito aplicável à causa ter um estatuto distinto no domínio da arbitragem daquele que lhe é conferido no domínio da justiça estadual? Devem os tribunais arbitrais tratar o Direito tal como ele é tratado pelos tribunais estaduais? No fundo, deverá o Direito ser objecto de prova quando alegado perante decisores árbitros nos exactos termos em que o é no quando alegado perante decisores juízes?

No tempo de que dispomos iremos, assim, enfrentar, de modo necessariamente breve, o estatuto do direito enquanto objecto de prova. Provavelmente, nada disto seria esperado de nós: aquilo que provavelmente se esperaria seria

um trabalho construído sobre as respostas dadas pelos relatores nacionais. Mas as respostas estão aí e, como dissemos acima, delas resulta como principal conclusão que, afinal, a afirmada divergência entre árbitros provindos de sistemas de *civil law* e árbitros provindos do espaço de *common law* não foi, por nós, percebida.

Porém, há um aspecto que, até por razões ligadas à razão prática, vem suscitando a nossa curiosidade. Se se confrontarem as regras da IBA com as regras de Praga, avulta imediatamente uma diferença: se estas claramente afirmam a vigência, em processo arbitral, do brocardo *iura novit curia*, aquelas silenciam sobre este ponto. O problema que enfrentamos, e que acaba por ser o da aplicabilidade, em processo arbitral, do princípio decantado daquele brocardo, não é novo; sobre ele muito se tem escrito. Não pretendemos apresentar, aliás porque se trataria de missão impossível, um relatório sobre o quanto tem sido dito. O ponto de partida da nossa indagação foi uma interrogação: será o princípio *iura novit curia* sensível à natureza do decisor? Perguntando de outra forma: o princípio vale na jurisdição estadual, não valendo —ou não valendo necessariamente— na jurisdição arbitral? Antecipando a resposta, diremos que o princípio é insensível à natureza do decisor; ele informará do mesmo modo o estatuto do decisor estadual e do decisor arbitral. Porque o que releva no princípio não é o decisor mas o objeto que cobre.

Qual é a relevância da eventual resposta que se dê a este problema? Supomos que, neste nível, a resposta seja simples: a vigência do princípio repercute-se, de imediato, na delimitação dos poderes do decisor.

E qual a relação entre o tema deste painel —a prova no processo arbitral— e a questão que nos propomos aflorar? Também aqui supomos ser a resposta simples: se, em termos ainda brutos, o princípio vigora, a *curia nova o Direito*. Se do Direito cuida a *curia*, com ele não precisam as partes de se preocupar. O *iura novit curia* será uma manifestação de enunciação —não de vigência— tardia do *da mihi factum, dabo tibi ius*.

O cursivo acima usado na tradução directa —a *curia nova o Direito*— não foi accidental: ele visa sublinhar, desde já, e agora sim, a enorme dificuldade de concretização dos diversos termos da expressão. Nenhum deles tem um significado único, nenhum é unívoco. Por detrás de cada um está uma evolução secular. Na enunciação, o brocardo continua o mesmo; o brocardo tem aparente aplicação universal; mas o brocardo não quer dizer o mesmo nem ao longo do tempo, nem em todo e qualquer ponto geográfico onde hoje se diga ser aplicável.

Mas se a *curia* cuida do Direito, onde fica a prova do Direito? Que relação existe entre o assunto deste painel e o assunto que nos vem ocupando?

É que se é verdade que do Direito cuida a *curia*, há um Direito de que a *curia* não cuida: aquele que à *curia* é estranho.

E estranho porquê? Porque a *curia* o desconhece ou ignora. Mas como pode a *curia* desconhecer ou ignorar o Direito? Como pode conceber-se que a *curia* possa não conhecer os critérios aplicáveis à decisão do caso? Afinal o que é a *curia*? Para já, não responderemos a esta última indagação. Mas uma resposta nos parece intuitiva: quando se afirma que a *curia* cuida do Direito quer dizer-se que do Direito cuida o tribunal. Mas no aprofundamento desta sinonímia há que proceder com extrema cautela: a *curia* do brocardo e o tribunal na *tradução histórica* não se equivalem institucionalmente. A Revolução francesa quebrou a relação de equivalência já que neste tribunal não tem assento o Imperador.

Voltemos atrás. Como pode conceber-se que a *curia* possa não conhecer os critérios aplicáveis à decisão do caso? Se a *curia* desconhece os critérios de decisão porque aceita julgar/decidir o caso?

A segunda pergunta fica em suspenso. Quanto à primeira: a *curia* pode não conhecer o Direito, logo, o critério de decisão, por uma de muitas razões. Porque ele lhe é desconhecido porque estrangeiro, quer porque o decisório que deve julgar se deslocizou<sup>2</sup>, quer porque perante si é posta uma questão que há-de ser resolvida por um direito que não é o seu; porque ele lhe é estranho na medida em que, não representando um Direito culto universal, não lhe é politicamente conveniente; porque através do seu Direito, a *curia* domina espaços ocupados, podendo superar a aplicação de Direito local (*iura propria*). Ao submeter a prova o Direito estrangeiro, ainda hoje a *curia* o faz por uma destas várias razões. Sendo a *curia* um tribunal arbitral, há-de estar em causa a primeira: a *curia* pede que o Direito estrangeiro seja provado porque ela o desconhece. E daremos um passo mais: a vigência do princípio da neutralidade do decisor em arbitragem internacional intensifica o número de casos em que tal prova será necessária. Ora, é exatamente esta circunstância —a da estraneidade do Direito que o tribunal aplica— que impõe que as partes dele façam prova. Para que ao decisor sejam feitos presentes os critérios que lhe permitirão decidir o caso. O facto de o tribunal desconhecer, no momento inicial, o Direito que aplicará, leva, afinal, a que neste contexto o brocardo não possa ter espaço de aplicação.

2. Recorde-se, neste contexto, D. 1, 18, 6, 1 «*De officii praesidis*» [Ulpianus libro primo opinionum]: «*Veritas rerum erroribus gestarum non vitatur: et ideo praeses provinciae id sequatur quod convenit eum ex fide eorum quae probabuntur.*» A propósito do exercício de funções jurisdicionais pelos governadores de província, sera muito interessante perseguir uma pista que, por absoluta impossibilidade ligada ao Tempo, apenas podemos deixar enunciada. Não obstante ser a autonomia das províncias muito díspar, poderá perguntar-se se o direito estrangeiro (relevante para efeitos de construção do *ius gentium* aplicável) seria equiparado a um facto que deveria ser alegado.

A conclusão que acabamos de alcançar permite já justificar que a vigência do brocardo *iura novit curia* pressupõe uma não estraneidade do Direito que o decisor deverá dizer no caso. Se assim é, se a vigência do brocardo depende da comunhão cultural estrita entre decisor e Direito, seja qual for a instância de realização do Direito, nada se altera nesta relação.

Em jeito de síntese final, seja qual for a *curia*, esta apenas pode cuidar daquilo que conhece. E quanto àquilo que conhece, não está vinculada pela regra que lhe é posta pelas partes. E não o está desde logo porque a *curia*, no seu significado original, é a estrutura institucional que, por ser encimada por aquele que detém, não apenas o poder de decidir, mas também o de decidir de forma inovadora já que em si congrega a função de dispor a regra, decide e cria livremente a solução do caso. Se a *curia* se vê confrontada com a necessidade de aplicar Direito local ou, na sua formulação moderna, Direito estrangeiro, a *curia* não pode inovar por referência àquilo que as partes trazem à sua presença. É assim na arbitragem internacional, como assim será quando um decisor deva aplicar um sistema que, por não ser o seu, desconhece.

Saber se, como acontece com a prova dos factos, a *curia* dispõe de poderes de indagação e de instrução quando deve aplicar Direito que não é o seu, é problema distinto do anterior. E que apenas se deixa enunciado, conjuntamente com uma pista de reflexão: a prova do Direito, seja ele um pré-dado externo ao decisor e que este descobre e manifesta na decisão, seja ele um *quid* externo mas imanente que se *faz* através de uma decisão com natureza performativa, não se confundirá com a busca das fontes de conhecimento desse mesmo Direito. Vale neste contexto um outro brocardo: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*. Depois da indagação de JOAN PICÓ I JUNOY<sup>3</sup>, que revelou o equívoco da interposição da expressão *partium*<sup>4</sup>, sabemos que o seu significado relevante se encontra na parte final: o juiz julga de acordo com o que foi provado e não segundo a sua consciência. Mas esta decisão não está presa ao que foi alegado ou provado pelas partes. Nada disto é contrariado, apesar de aparentemente contraditório, com o ensinamento de BASSIANUS: *Dico enim quod iudex circa iuris probationem debet ferre sententiam secundum conscientiam, idest secundum quod scit esse in iure sive scriptum sive consuetudinarium, quicquid in contrarium allegetur*. Posto que aquilo que o Autor nos quer dizer é que, ao dizer o Direito, o juiz deve decidir de acordo com aquilo que conhece ser de direito, seja escrito, seja

3. Consultado na segunda edição em língua portuguesa da obra «O juiz e a prova. Estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual», Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2017.

4. O falso brocardo diria, então: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam*.

consuetudinário, não se fazendo qualquer distinção em função do tipo de direito —*ius commune* ou *iura propria*, direito escrito ou consuetudinário— mas apenas em função da definição de *conhecer o direito* como parte do poder jurisdicional. Vale aqui a lição de SCACCIA: *Ius enim sempre stat probatum (...). Unde positiones supere o essent sempre inutiles et superfluae; quia si probatio sit pro iure, est superfluae, si contra ius, est nullius momenti.*

A entrada em cena de novas regras sobre produção de prova em processo arbitral trará consigo desafios inevitáveis, especialmente naquilo em que se detectarem divergências face ao que era conhecido. O facto de nas regras de Praga se afirmar, expressamente, a vigência do princípio *iura novit curia* entreabre uma porta para um problema metodológico de extrema relevância. Afinal que estatuto tem o Direito? E será todo o Direito igual? E, se o não é, não o é por essência ou por contingência acoplada àquele que o diz?

PONENCIAS DEL PANEL  
**REFORMAS PROCESALES  
Y PRUEBA EN IBEROAMÉRICA**





# El estado y el avance de la Ciencia Procesal respecto de la actividad probatoria en vistas a posibles reformas

---

*Selva Anabella Klett Fernández  
Catedrática de Derecho Procesal  
Facultad de Derecho de la Universidad de la República Uruguay*

**Sumario.** 1. Propósito. 2. El objeto del proceso y el objeto de la prueba. 3. La perspectiva constitucional. 4. Las condicionantes del proceso. 5. El aporte de otras disciplinas. 6. Los momentos de la prueba. La necesaria distinción de roles de los sujetos. 7. El necesario desarrollo argumentativo. 8. Bibliografía

## 1. Propósito

Esta presentación pretende provocar la reflexión sobre el estado del tema en estudio, tarea que no puede soslayar los roles que juegan la doctrina y la jurisprudencia, tanto para el diagnóstico como para la proposición de soluciones.

Mi intervención significará transitar algunos andariveles que estimo indispensables, para que el proceso refleje el desarrollo académico sin perder su norte, que es atender las necesidades de los justiciables.

La metodología será una «mirada crítica» de algunos conceptos devenidos clichés, el reexamen de cuestiones presupuestas<sup>1</sup> y del principio de autoridad, que se conecta con la repetición simplista —muy facilitada por el uso de los

---

1. Así repetimos que las reglas de la experiencia constituyen nociones dinámicas que pueden variar según el tiempo y el espacio. Empero, no nos detenemos a examinar si las que se han invocado en el caso concreto son tales o si el paso del tiempo y la natural evolución de las cosas las han modificado, no encontrando consecuente sustento en la actualidad. Dice PARRA QUIJANO que «las reglas de la experiencia pueden haberse estratificado en la memoria del manipulador de ellas. A medida que pasa el tiempo, se vuelven más abstractas y se pudiera decir que pierden todo vínculo

ordenadores— de lo ya «aprendido», que es una manera de desaprender: aprender significa necesariamente construir sobre lo construido, pero profundizando la investigación<sup>2</sup>.

## 2. El objeto del proceso y el objeto de la prueba

El objeto del proceso constituye la categoría principal y fundante de las demás. En Uruguay, Barrios De Ángelis<sup>3</sup> dice que el objeto determina el ser y el deber ser del resto de las categorías: «lo que el proceso procesa es *un sector determinado de vida humana*».

La multiplicidad de intereses involucrados en el objeto, su calidad de público o privado, constituyen datos de suma trascendencia para entender numerosos problemas del ámbito probatorio. Aunque no se atribuyan al Estado, se consideran públicos todos los que importan a la comunidad: la familia, los cultos religiosos, la cultura, el medio ambiente, los intereses difusos y colectivos, el interés de los niños, niñas y adolescentes, de los incapaces, de los ancianos, de las minorías, de las personas «distintas», de las personas vulneradas, entre ellas las mujeres, cuando la afectación de sus derechos está relacionada con su género.

Aunque se parta de la base de que «la pretensión no puede ser objeto del proceso, pero sí puede ser su contenido en cuanto referencia al objeto»<sup>4</sup>, es indudable su incidencia, puesto que algunos institutos podrán o deberán aplicarse según *cuál sea el objeto del proceso*.

Algunos ejemplos permitirán ilustrar las precedentes afirmaciones. El interés protegido en las situaciones de violencia doméstica, de violencia basada en género, de vulneración de derechos de niños y adolescentes permite la **asunción directa del objeto del proceso** por parte del tribunal y le impone el deber de **adoptar, de oficio, las medidas de protección a favor de la víctima**, que incluye disponer las **medidas probatorias** para poder hacerlo en forma adecuada.

---

con la realidad de ese momento y, por tanto, al aplicarlas sin mirar la realidad, se cometen grandes errores». PARRA QUIJANO, J., *Manual de Derecho Probatorio*, 12ª Ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002, ps. 81-84.

2. Nadie discute el legado de Eduardo J. Couture: razonar el derecho procesal desde una perspectiva constitucional. Su autoridad moral nos impulsa a profundizar los surcos por él estampados en la historia del Derecho Procesal. En obra reciente, he marcado una discrepancia con el Maestro respecto del método de valoración de la prueba conocido como libre convicción, convicción moral o íntima convicción. KLETT, S., «Reglas Generales de la Prueba», libro sobre el Nuevo Código del Proceso Penal del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Mdeo, 2018, en imprenta.

3. BARRIOS DE ÁNGELIS, D., *Teoría del Proceso*, Ed. Depalma, Bs. As., 1979, p. 35.

4. Cf. BARRIOS DE ÁNGELIS, D., *Teoría del proceso*, p. 100.

El elenco de delitos<sup>5</sup> en los que se aplica el sistema de **valoración de libre convicción**, íntima convicción o convicción moral determina que la ley haya previsto una apreciación de los medios de prueba, a la luz de las dificultades que encierran la prueba de los hechos de los tipos penales, así como por la alta especialización de ciertos infractores para eliminar la prueba<sup>6</sup>.

Como se advierte, existen «**objetos difíciles de probar**», ya por las **situaciones que entrañan**, por los **sujetos singulares que intervienen** o por la **combinación de ambos elementos**. En esta línea se encuentran las situaciones de violencia doméstica, la basada en género, acoso sexual, laboral, docente, los fenómenos de mobbing, bossing, bullying, el despido abusivo, la destitución ilegítima (arbitraria) de un funcionario público. El jurista debe aguzar los sentidos para encontrar la prueba que permita fundar su posición.

Un ejemplo de combinación de factores objetivos y subjetivos que dificulta lograr la prueba lo brinda el **acoso en ambientes laborales especiales** que lo favorecen, como el **de mujeres sometidas a los estatutos militar o policial**. En estos ámbitos, caracterizados por la jerarquía y el machismo, a los cuales la mujer accedió de manera relativamente reciente, las denuncias no son frecuentes, aunque las situaciones de acoso sí lo son.

La valoración debe realizarse desde la perspectiva de la protección de la víctima. Dada la **dificultad de la existencia de prueba directa** sobre los comportamientos que conforman el acoso sexual, la jurisprudencia nacional ha relevado ciertos datos, que podrían constituir concretos medios de prueba como las declaraciones testimoniales y de las partes, la inspección judicial y los indicios: la conducta observada por la persona denunciada respecto de otros trabajadores; la posición de los sujetos, en especial la relación de jerarquía; la afectación emocional o psicológica de la víctima; las características socio culturales de denunciante y denunciado y del medio en que se desarrolla la relación laboral; las características físicas del ambiente de trabajo, por ejemplo, las posibilidades de privacidad.

La combinación de «hechos difíciles de probar» con sujetos hábiles para perpetrar sus actos «en la intimidad» que implican una clara amenaza para la vida o la integridad física y psíquica de niños y niñas alcanza un grado de extrema intensidad en el **abuso sexual infantil**. Los actos de abuso se realizan de modo de impedir su investigación, sobre personas vulnerables, bajo amenaza y —de regla— por sujetos que aparecen —en el espacio familiar y social en los que se desenvuelven— como «encantadores de serpientes», amables, impecables,

---

5. Proxenetismo, usura, juego clandestino de carreras de caballo y de quinielas y usurpación.

6. BARRIOS DE ÁNGELIS, D., *Teoría del Proceso*, p. 240.

grandes manipuladores. En estas áreas, los indicios juegan un rol fundamental, porque constituyen el punto de inicio de la investigación, el cimiento sobre el que se va a erigir la conformación del cúmulo.

La intersección con las normas constitucionales robustece la necesidad de desarrollar la iniciativa probatoria del juez en defensa de los sujetos vulnerados, cuya versión muchas veces *el sistema de protección* pone en tela de juicio. Tal era el nivel de vulneración de sus derechos que dos niñas en Uruguay le tendieron una trampa al abusador. Acudieron a una filmación casera para demostrar los actos de abuso cometidos por el padre de una de ellas sobre su amiga. La niña aceptó someterse a una nueva vulneración, una verdadera inmolación, mientras la hija obtenía la prueba de cargo contra su padre que permitió dar comienzo a la investigación y la respectiva sujeción al proceso penal.

### 3. La perspectiva constitucional

La perspectiva constitucional es necesaria en todas las ramas jurídicas<sup>7</sup>, pero, en especial, en aquellas áreas del Derecho Público, en la que se ubica el Derecho Procesal.

Bajo la premisa de que se debe garantizar el acceso a la Justicia, no puede discutirse la iniciativa probatoria del tribunal constitucional. Se considera tal el órgano que entiende en un litigio en el que están en juego derechos fundamentales<sup>8</sup>. En Uruguay, más allá de la disputa sobre el alcance de la iniciativa probatoria del tribunal, no existen dudas de que, para la resolución de la *cuestión constitucional*, el tribunal debe contar con tal potestad, para decidir en forma adecuada, del mismo modo que su deber jurisdiccional le ordena relevar si se configuran o no los presupuestos del proceso constitucional respectivo<sup>9</sup>.

Por otro lado, la situación jurídica del Estado como sujeto del proceso no es igual a la de las personas privadas. La Carta le atribuye otro estatuto: como

7. Cf. KLETT, S., «El rol del juez desde una perspectiva constitucional de derechos», IVº Congreso Internacional de Derecho Procesal, Universidad de La Habana, 22, 23 y 24 de abril de 2015.

8. En Uruguay, no existe un «Tribunal Constitucional» como un órgano separado e independiente. El control de constitucionalidad de la ley está asignado —en forma exclusiva y concentrada— a la Suprema Corte de Justicia. El alcance del fallo es para el caso concreto. Los tribunales ordinarios entienden en algunos procesos constitucionales: amparo, habeas corpus, habeas data y acceso a la información.

9. Así, en un proceso de acceso a la información pública, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno accedió a los documentos necesarios para su decisión, consultando las páginas web de los organismos estatales involucrados: las decisiones del Tribunal de Cuentas que había observado el gasto, documentos del dominio público. Esta fue la prueba definitoria. La sentencia N° 164 del 21 de diciembre de 2017 ordenó brindar la información solicitada por no considerarla ni reservada, ni confidencial.

sujeto del proceso debe actuar con mayor diligencia, con mayor responsabilidad, transparencia y probidad<sup>10</sup>. Así, ya no se presume la regularidad de los actos administrativos; como demandado en un proceso de anulación de un acto administrativo, tiene la carga de agregar el expediente administrativo que contiene el acto impugnado y sus antecedentes; si no lo hace, se podrán tener como ciertas las afirmaciones del actor; no se le admite la respuesta de expectativa, porque tiene el poder de informarse respecto de todas las situaciones en las que interviene; debe proporcionar el testimonio o facsímil de un documento en su poder, salvo razones de reserva legal; debe brindar la información pública requerida salvo las excepciones legalmente consagradas, según la Ley de Acceso a la Información Pública N° 18.381.

#### 4. Las condicionantes del proceso

Al examinar una posible reforma y, por ende, las luces y las sombras de los institutos, cabe recordar que la política legislativa se constituye como una *opción entre técnicas distintas*. Empero, la ley debería zanjar las cuestiones de acuerdo con la Academia, que no debe soslayar la influencia decisiva de los agentes sociales, culturales, sociológicos, antropológicos y psicológicos, otorgándole un valor especial al momento histórico<sup>11</sup>. El juez tampoco debería escapar a las condicionantes que enmarcan y ambientan sus decisiones<sup>12</sup>.

En oportunidad de emitir sus fallos, debe tener presente la realidad a la que están dirigidos. Para que pueda cumplir cabalmente con el mandato de dar satisfacción a los intereses de los litigantes y de la sociedad, ha de estar inserto en la comunidad histórica, siendo capaz de calibrar el sentir jurídico de su época, en el contexto social correspondiente. Para ello, deberá ajustar su decisión a los hechos probados, porque su decisión deberá insertarse razonablemente en el medio<sup>13</sup>.

Dice Gamarra<sup>14</sup> que «juzgar es un arte porque entran tantos elementos en el fallo y hay que aceptarlos en tan diferentes proporciones, que la ponderación

---

10. Ello no implica que si actúa como un ente comercial no deba defender —igual que una persona privada— sus intereses y que pueda reservar documentación confidencial que constituye el soporte de su gestión comercial. Por la misma razón, se denegó una solicitud de información sobre los mecanismos con que cuenta el Banco Central para detectar el fraude en los balances y documentos de las entidades financieras.

11. BARRIOS DE ÁNGELIS, D., *Introducción al Proceso*, Ed. Idea, Mdeo., 1981, ps. 30 a 66.

12. Debe destacarse la importancia del deber de imparcialidad del juez, resaltando que debe estar alerta a las condicionantes que inciden en sus decisiones, así como a sus propios prejuicios. KLETT, S., «Hacia una sentencia justa: valoración de la prueba y perfil del juez», *Revista Judicatura* N° 44, Mdeo., 2006.

13. Cf. KLETT, S., «Hacia una sentencia justa: valoración de la prueba y perfil del juez», *ob. cit.* ps. 260-261.

14. GAMARRA, F., *La vocación judicial*, Mdeo. 1987, p. 16.

de ellos no puede ser sino la obra de la sabiduría y el tino, del espíritu de justicia y de la honrada intención. El magistrado no puede permanecer neutral en la contienda. Ha de decidirse por una de las partes pero no como si fuera, él mismo, parte también. Por encima de la lucha, su palabra debe ser noblemente inspirada y serena y su imparcialidad, absoluta. Pero es preciso también que, antes, sepa descender hasta sus personajes para comprenderlos íntimamente».

«Por ello ha de ser —además— un conocedor de la realidad económica, geográfica, cultural, para ubicar a cabalidad el conflicto que debe solucionar. El juez debe estar formado en lo jurídico, desde luego; pero antes que nada debe ser un conocedor exhaustivo e incansable de la realidad en la que le toca juzgar, a fin de impedir el divorcio entre el derecho de los tribunales y el de la vida social»<sup>15</sup>. No se trata, pues, tan solo de «constatar» los hechos de la contienda, sino de interpretar «su circunstancialidad histórica»<sup>16</sup>. En sentido similar Taruffo afirma que «la decisión es justa no por cuanto es sintáctica y sistemáticamente coherente, o sea en cuanto ‘narra una historia’ en la cual todos los eventos y comportamientos se combinan el uno con el otro, sino solamente si la historia que en ella resulta narrada corresponde a la realidad histórica de los hechos»<sup>17</sup>.

Muchas veces el propio legislador describe cuáles son las características de algunos objetos y sus condicionantes y obliga al aplicador a tenerlas en cuenta. La Ley de Violencia Doméstica, N° 17.514, del 2 de julio de 2002 y, fundamentalmente, la Ley de Violencia hacia las Mujeres basada en Género, N° 19.580, del 22 de diciembre de 2017, regulan la valoración de la prueba, indicando los componentes que dan contorno a la compleja figura.

Antes de la sanción de estas leyes, existían situaciones de violencia que culminaban, a veces, en lesiones u homicidio. Así, acaeció en un caso en el que intervine. La influencia del contexto geográfico, histórico, cultural de esa zona, los vínculos entre los integrantes de una banda de delincuentes con el resto de los vecinos y con lo que denominaban «sus mujeres» puede aprehenderse con el auxilio de la lingüística, la sociología, la antropología, válidas herramientas para desentrañar el verdadero significado de los sucesos.

La expresión exclusivamente uruguaya «TA», en ese contexto concreto, permitió someter a proceso penal a un hombre, por tentativa de homicidio. Montado en su caballo, con el rebenque en la mano, cerró el paso e inquirió a su pareja que caminaba entre dos amigos. La interpeló «mujer», sin nombre, ni

15. Cf. KLETT, S., «Hacia una sentencia justa: valoración de la prueba y perfil del juez», ob. cit., p. 261.

16. Cf. CERDA FERNÁNDEZ, C., *Juris Dictio*, Ed. Jurídica de Chile, 1992, ps. 87-88.

17. TARUFFO, M., Probabilidad y prueba judicial, XXVIº Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, septiembre de 2005, ps. 1078-1079.

apodo, ni referencia afectiva: «vamos ahora pa` las casas», le dijo, imponiéndole la reconciliación. Ante la respuesta negativa, espetó un lacónico «ta», al tiempo que efectuaba un gesto de amenaza con la mano, que se concretó horas más tardes con una balacera en el dormitorio donde se alojaba la víctima en la casa de sus amigos.

## 5. El aporte de otras disciplinas

La rama jurídica debería actuar con humildad y contemplar la importancia de los saberes de otras disciplinas. Existen medios de prueba que determinan la admisibilidad de otros, ya sea por mandato de la ley o por simple sentido común<sup>18</sup>.

Las situaciones de violencia doméstica, por tratarse de un tema de alta complejidad, que involucra aspectos sociales, psicológicos, culturales, médicos, sanitarios y jurídicos, requiere un abordaje intersectorial y multidisciplinario. Precisamente, fueron otras disciplinas las que explicaron que el retiro de la denuncia constituye un indicio más de la existencia de violencia<sup>19</sup>.

Ha dicho Cerda Fernández<sup>20</sup> que «juez social es el abierto y proyectado hacia la comunidad. Es el que llega al justiciable con la humildad del par, aunque con la autoridad del servidor».

«Parece importante destacar este aspecto, porque debe erradicarse de nuestra magistratura todo rasgo de autoritarismo y de soberbia: no deben olvidar los jueces que se deben a la Nación y que la autoridad de sus fallos emana de sus ajustados y adecuados contenidos y no de su mera investidura»<sup>21</sup>.

La vanidad puede jugar una mala pasada. En una situación de violencia extrema, ya que dos niños presenciaron cómo su padre mató a su madre, el magistrado prescindió de cuatro pericias, dos psiquiátricas y dos psicológicas, que aseguraron que los niños no se hallaban en condiciones de declarar, ni de prestar ninguna versión e igualmente los interrogó. Estas opiniones categóri-

18. La Ley de Violencia Doméstica habilita la realización del careo en el caso de la víctima mayor de edad, si esta lo solicita y el informe del equipo interdisciplinario establece que se encuentra en condiciones de realizarlo en ese momento. El informe confiere genuinidad, fidedignidad e incolumidad al medio. Luego de la Ley N° 19.580, el ámbito de aplicación quedó circunscripto a toda forma de violencia no basada en género, cuando la víctima es un hombre o se trata de violencia entre familiares.

19. Una mirada sin la perspectiva adecuada llevaba a concluir que el retiro de la denuncia significaba la desaparición del conflicto. Eso es lo que sucede en conflictos vecinales. A veces, la intervención del juez de paz local o la mediación de un vecino permite solucionar el tema. La prueba es el retiro de la denuncia.

20. CERDA FERNÁNDEZ, C., ob. cit. ps. 105-106.

21. Cf. KLETT, S., «Hacia una sentencia justa: valoración de la prueba y perfil del juez», ob. cit., p. 262.



cas, coincidentes y fundadas obturaban toda posibilidad de oír el relato de los niños. En el estado en que estaban, no podían tener claridad alguna sobre lo acontecido. Pero, sobre todo, no ostentaban una voluntad libre para hablar sobre su futuro.

Respecto del derecho de los **niños y adolescentes a ser oídos** en todos los procesos que les conciernan, se debe reconocer además de la capacidad de goce, la capacidad de ejercicio conforme a la evolución de sus facultades, que considera no solo la edad sino la madurez<sup>22</sup> (arts. 8 inc. 1 del Código de la Niñez y Adolescencia y 12 de la Convención de los Derechos del Niño). Ello obliga a tener en cuenta las circunstancias de su entorno, que —de regla— definen su futuro como ser humano<sup>23</sup>.

La «**versión**» del niño, como testigo o sujeto interesado, presenta una serie de problemas para su idónea producción, porque si el niño es pequeño no se podrá tomar una declaración como tal, sino que deberá acudir a otras herramientas, a los efectos de contemplar sus derechos<sup>24</sup>.

## 6. Los momentos de la prueba. La necesaria distinción de roles de los sujetos

La legalidad consiste en un examen de la adecuación del acto al modelo legal, a través de un proceso sucesivo en el cual se advierten varias etapas, ordenadas en relación de antecedente-consecuente y orientadas al objetivo final que es la incorporación del acto al proceso<sup>25</sup>. Como la doctrina ha realizado enjundiosos

22. Los niveles de comprensión de los niños y adolescentes no son uniformes ni están relacionados solamente con la edad biológica: la información, la experiencia, el medio ambiente, las expectativas sociales y culturales y los niveles de apoyo del entorno contribuyen de manera decisiva a la formación de la opinión.

23. Si no logra entenderse con claridad el perfil del niño o adolescente vulnerado, incluso su lenguaje cifrado, lo que debe realizarse con el apoyo de los equipos multidisciplinarios, posteriormente tampoco se entenderá por qué razón un niño o adolescente entra en conflicto con la ley penal, lo que requiere de una estructura especial y una nueva definición de los roles de los sujetos. El adolescente debe asumir su responsabilidad e intentar, con la contención del proceso judicial y las decisiones que se adoptan a su respecto, reinsertarse en la sociedad. Todas las actuaciones que refieren a vulneración de derechos de niños y adolescentes constituyen la antesala de la responsabilidad por ilícitos penales cometidos antes de la mayoría de edad. A ello se suma el hecho doloroso de que las cárceles están colmadas de primarios jóvenes. Si no existe un verdadero acompañamiento y se deja librado a su suerte al adolescente, la mayoría de edad no constituye una advertencia sobre la diferencia entre un hogar de acogida, la restitución de derechos y un plan de reinserción y la cárcel que se rige por otros códigos.

24. Los especialistas aconsejan el uso de pantallas de cristal para proteger la privacidad de la declaración; el uso de una sala adyacente al tribunal a través de un circuito cerrado de televisión; recepción en privado; examen del niño a través de un intermediario designado por el tribunal, que debería ser un psicólogo forense, con la función de ayudar a comprender el interrogatorio; presencia de un acompañante como apoyo emocional.

25. KLETT, S., BALUGA, C., ÁLVAREZ, F., CASTILLO, J., «Principios de la prueba en el sistema procesal civil», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal RUDP* 1/2000, Mdeo., 2000, ps. 86-87.

estudios sobre toda la actividad probatoria, me limitaré a plantear algunas cuestiones que, confrontadas con la práctica, merecen un reexamen, sobre todo al advertirse intentos de «despedazar» el Derecho Procesal<sup>26</sup>.

En la etapa de **proposición de la prueba**, se debería tratar la **iniciativa probatoria del tribunal**. Esta potestad no estaba cuestionada en Uruguay para las materias de carácter social (familia, laboral, agrario, menores e incapaces) antes de la aprobación del nuevo Código del Proceso Penal en el año 2017. Empero, el nuevo régimen reavivó la vieja polémica, basada en la pervivencia o no de una disposición del CGP.

El art. 350.5 CGP confería, en estos procesos, los poderes de instrucción *que la ley acuerda a los tribunales del orden penal en el sumario del proceso penal*<sup>27</sup>. Pues bien, ante la consagración de un proceso penal acusatorio, en el que el juez carece de toda iniciativa probatoria, se genera la duda sobre la pervivencia de tales potestades. Entiendo que la norma continúa vigente, porque no puede alterarse **un sistema de protección especial** por la incorporación o derogación de disposiciones particulares que solo tienen como finalidad la regulación de un nuevo proceso penal. En todo caso, la remisión del art. 350.5 CGP supone la ultraactividad de las normas procesales penales remitidas.

El principio de **inmaculación de la prueba** fue descrito por Devis Echandía<sup>28</sup>: «debe procurarse que los medios allegados al proceso estén libres de vicios intrínsecos y extrínsecos que los hagan ineficaces o nulos». La **inadmisibilidad** de la prueba (una de cuyas especies es la prueba ilícita<sup>29</sup>) se configura por haberse vulnerado principios de mayor jerarquía, de rango constitucional o legal, que **califican la prueba propuesta como inadmisibles o tornan la producida inadmisibles**<sup>30</sup>. Esta diferencia es fundamental, aunque la consecuencia sea la

26. El Derecho Procesal es uno solo, la teoría general de la prueba es unívoca y la consideración de las particularidades de cada rama interesa para que la solución del caso sea la más adecuada.

27. Sobre la remisión para la regulación, ver HERNÁNDEZ MARÍN, R., Introducción a la teoría de la norma jurídica, Barcelona, 2ª Edición, 2002, Ed. Marcial Pons, ps. 324, 335-336.

28. DEVIS ECHANDÍA, H., Teoría de la Prueba Judicial, 6ª Edición, Zavallá, Bs. As., 1988, t. I, p. 137. Aclara que este principio fue ingeniosamente designado así por Ayarragaray. Esta mención viene a cuento porque tal sustantivo no se encuentra en el Diccionario de la Real Academia Española, aunque sí tiene carta de ciudadanía en la rama procesal.

29. «La cuestión de las pruebas ilícitas se ubica en el momento de su recolección. La prueba ilícita es inadmisibles en el proceso, aunque se trate de prueba relevante y pertinente. Por eso, no puede ser valorada por el juez». PELLEGRINI GRINOVER, A., «Provas ilícitas», XVIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santiago del Estero, Argentina, mayo de 1993, RUDP, 2/93, ps. 292 y 295.

30. Cf. KLETT, S. Y URIARTE, G., «Facultades del tribunal en el Código General del Proceso respecto de la fijación del objeto de la prueba, iniciativa probatoria y sus controles», Vas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia, 1989, ps. 315 y sgtes.; VESCOVI, E., Director, DE HEGEDUS, M., KLETT, S., CARDINAL, F., SIMÓN, L., PEREIRA, S., *Código general del proceso, comentado, anotado y concordado*, t. 4, Abaco, Bs. As., 1998, ps. 272-273; KLETT, S., BALUGA, C., ÁLVAREZ, F., CASTILLO, J., *ob.cit.*, p. 83; KLETT, S., *Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*, FCU, Mdeo., 2014, t. II, ps. 114-115.

misma: la imposibilidad de su incorporación al proceso para su estimación en el cúmulo, porque se viola la prohibición o porque durante el diligenciamiento acaecen vicios que la invalidan.

La necesidad de **asegurar una prueba de calidad** constituye una de las preocupaciones del derecho probatorio. Y no podría ser de otra manera. La utilizada para fallar debe ser una prueba admisible, válida, de calidad, idónea y suficiente. Es menester atravesar todos los controles, de admisibilidad y de fundabilidad, de modo que se alcance el grado de certeza requerido por la ley<sup>31</sup>.

La ley puede preceptuar que una prueba resulta inadmisibile para cualquier proceso porque su producción atenta contra derechos humanos fundamentales. También puede consagrar la inadmisibilidad de un medio para un proceso particular<sup>32</sup>. La proposición debería rechazarse, pero si la prueba se diligencia igualmente es inexistente, ya que se trata de una prueba prohibida por la regla de derecho<sup>33</sup>.

La **cadena de custodia de la prueba** no constituye un tema propio del derecho procesal penal y se enmarca en la legitimidad de la prueba. Es más yo lo descubrí en la Justicia civil. Se trataba de un proceso promovido por un jugador de fútbol contra su club, por haberle aplicado una sanción que le irrogó daños y perjuicios. Los hechos alegados me llevaron a pensar que la solución se definía en un punto: verificar que las muestras de orina tomadas eran originales y que habían sido bien custodiadas para su discusión en el proceso. El actor no planteó este tópico que era el cerno de la cuestión. De ahí, la importancia de la estrategia forense y de la argumentación.

---

31. Este constituye uno de los actuales desafíos de la ciencia procesal. Establecer el método adecuado, asegurar estándares de prueba y definir, con mayor precisión, el «grado de certeza» que debe alcanzarse. Taruffo refiere al criterio de la probabilidad lógica preponderante a efectos de que el juez formule la elección final en torno a los enunciados de hecho que coloca como fundamento de su decisión. Este criterio, según el autor, combina dos reglas: la primera, que indica que es racional escoger la hipótesis que es confirmada en un grado mayor que la hipótesis contraria; la segunda regla opera cuando existen, respecto del mismo hecho, más hipótesis diversas; en este caso debe procederse a la elección de la hipótesis sostenida por un grado de confirmación relativamente superior a aquel de cualquier otra hipótesis (en ambos casos vale la regla del «más probable que no»). TARUFFO, M., ob. cit., ps. 1088-1090. Daniel GONZÁLEZ LAGIER reexaminó este tema, en particular las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia y los estándares de prueba. «Prueba y argumentación. (¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba)», Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio, Girona 6, 7 y 8 de junio de 2018.

32. Cf. ABAL OLIÚ, A., «Admisibilidad, pertinencia, conducencia y necesidad de los medios probatorios», RUDP, 3-4/10, ps. 781-782.

33. Es lo que acontece con la prohibición de careo estatuida en el art. 63 de la Ley Nº 19.580 de Violencia hacia las Mujeres basada en Género, que pretende impedir **cualquier contacto entre el agresor y la víctima**. Cualquier contacto, aunque sea solo visual, puede fortalecer o profundizar el miedo. Las amenazas que se realizan mediante simples gestos resultan mucho más eficaces por lo gráficas. La ley también prohibió la mediación y la conciliación. Por ello, los acuerdos probatorios del nuevo proceso penal no resultan admisibles en esta materia. KLETT, S., «Violencia doméstica», Procesos de Familia, 2ª ed., FCU, Mdeo., 2016 y Reglas Generales de la Prueba en el nuevo Código del Proceso Penal.

La **conducencia**<sup>34</sup> es una relación de idoneidad, aptitud o utilidad entre el hecho a probar y el medio que se propone a tal efecto. No refiere, pues, a la adecuación del medio, desde el punto de vista del Derecho para acreditar la existencia de determinado extremo. De ser así admisibilidad y conducencia serían una misma categoría.

Entonces, si el *litigante elige la utilización de un medio de prueba*, el juez no puede sustituirlo y desechar el propuesto, salvo que se trate de una cuestión de admisibilidad o conducencia. Tal opción corresponde a la estrategia de defensa de su cliente. Es, pues, desacertado el alcance que le confirió la ley a la potestad del tribunal de controlar la inconducencia del medio ofrecido por la parte, habilitándolo a *disponer el diligenciamiento del medio de prueba que correspondiere*, porque ese es un rol que no le compete. La idea que subyace es que si existe un medio adecuado y directo para probar un hecho no se lo debe sustituir por otro indirecto<sup>35</sup>.

Cabe analizar si los *testimonios técnicos* son una cuestión de **admisibilidad o conducencia**<sup>36</sup>. El art. 177.1 CGP expresa que *«procede la prueba pericial, cuando para verificar hechos que interesen al proceso son necesarios conocimientos artísticos, científicos o técnicos especiales»*, pero no utiliza el adverbio «exclusivamente». Podría preguntarse, pues, si los testimonios técnicos pueden

34. KLETT, S., Proceso Ordinario en el Código General del Proceso, ob. cit., ps. 118-119; KLETT, S. y URIARTE, G., ob.cit., ps. 328. Cf. ABAL OLIU, A., ob.cit., ps. 782-783. La Ley N° 19.246 admitió las «pericias de parte» para el ámbito del derecho comercial marítimo. He sostenido antes que este informe constituye un acto de proposición, integrando la alegación de la parte. Empero, el tribunal puede utilizar sus argumentos o razones técnicas para ilustrar su criterio e incluso para preferirlos a la inadecuada o inconsistente fundamentación de dictamen oficial. CARDINAL, F. Y KLETT, S., El informe del asesor técnico de parte: su naturaleza jurídica y valoración», IX as. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Rivera, 1997, ps. 210-217.

35. Cuando el legislador eligió un medio para la prueba de cierto hecho, implícitamente, le concedió un mayor valor a ese medio. Ello demuestra que el sistema de valoración según la tasa legal se halla vigente para algunos objetos, de manera explícita, como el caso de la prueba documental para la compraventa de inmuebles o de manera implícita como el examen personal y la prueba pericial de dos facultativos para el proceso de incapacidad. ¿Cuál es, pues, el margen real para utilizar la sana crítica en el último caso? No se podrá estar a la «impresión» que tenga el juez en el examen personal. Este es el tema de la valoración de los dictámenes periciales, según las reglas de la sana crítica.

36. No me refiero al caso en el que la condición técnica de una persona que presencia un hecho permite una mejor información. Tal sería el ejemplo del médico que presencia el estado de una persona luego de un accidente o del mecánico que examina el automóvil para su arreglo. No corresponde descartar liminarmente la procedencia del testimonio técnico del médico tratante, se deben analizar las características del caso concreto y la naturaleza del hecho a probar. Sentís Melendo refiere un proceso de insania en el que se otorgó valor preeminente al testimonio del médico tratante respecto del informe teórico de otros facultativos que se expidieron con posterioridad al fallecimiento del causante y que, por tal razón, no pudieron recoger como aquél una impresión directa de su capacidad mental en el lapso en que hizo el testamento. KLETT, S. y otros, «Aspectos prácticos en materia de prueba», Xas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia, 1999, ps. 297 y sgtes. SENTÍS MELENDO, S., Teoría y Práctica del Proceso, EJEA, Bs. As., 1959, Vol. III, ps. 329-330. Cf. ABAL OLIU, A., Derecho Procesal, T. IV, FCU, Mdeo., 1ª Ed., noviembre de 2014, ps. 206-207. Más adelante, trata como medio de prueba no prohibido lo que el derecho anglosajón denomina «Opinions and Expert Testimony», ps. 334-336.

probar los usos y costumbres médicos<sup>37</sup>. Muchas veces, el perito indaga privadamente cómo es la costumbre en determinados actos o procedimientos médicos ¿No sería más adecuado que el experto develara quiénes fueron los especialistas que lo asesoraron? Estos elementos obtenidos por el perito ¿constituyen una prueba válida? ¿Esta suerte de pesquisa secreta se encuentra habilitada por el estatuto del experto<sup>38</sup>?

Respecto de la **prueba testimonial**, trataré de nutrir los conceptos consolidados con ejemplos que permitan afianzar las enseñanzas aprendidas o rever los clichés<sup>39</sup>.

El **testimonio** emana de un ser humano que cuenta tras de sí con un trasfondo complejo que incluye calidades físicas (edad, sexo, enfermedades), morales (sinceridad, honradez), afectivas (grado de amistad, enemistad), sociales (educación, hábitos, religión, nacionalidad, trabajo, costumbres), y muchas otras peculiaridades que estarán impregnando la declaración, aun en el caso en que el testigo sea absolutamente honesto. La representación que el testigo se haga tendrá lagunas que quizás llene con elementos provistos por la imaginación, sus juicios de valor, su voluntad, su deseo de colaborar con la Justicia, la sensación de cumplir con el deber si se proporciona un relato completo, lógico y coherente. Deben, pues, apreciarse las circunstancias que rodearon la percepción, el grado de sugestión o atención del testigo, así como el tiempo transcurrido entre la percepción y la declaración.

El testigo debe ser observado desde diversas áreas diferenciadas para que el testimonio pueda incorporarse al proceso y valorarse: la **capacidad**, de acuerdo a la edad y a la inexistencia de un estado de incapacidad (permanente o

---

37. Carnelutti y Devis Echandía admiten el testimonio técnico, cuando el hecho es objeto de percepción, pero también de deducción técnica. Para conocer un hecho técnico, el juez puede servirse de un testigo que lo ha deducido ya o bien de un perito para que lo deduzca. DEVIS ECHANDÍA, H., t. 2, *ob.cit.*, ps. 74-75; CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, Apéndice de Giacomo P. Augenti, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; 2ª Edición, Depalma, Bs. As., 1982, ps. 125-126.

38. En los casos de responsabilidad médica, no es correcto que las indagatorias sobre enfermedades, secuelas, procedimientos, medicamentos, etc., sean realizadas privadamente por los jueces, en desmedro de opiniones que gozan de idoneidad, como las periciales, los informes médicos, los testigos técnicos. Tampoco el juez debe leer la historia clínica como si fuera médico. También me preocupa la introducción de la «prueba documental» colgada en Google. Si se tratara de una mera opinión, su autoría e incluso las calidades de ese autor deberían ser claramente establecidas y examinadas en juicio, tal como puede cuestionarse la idoneidad de un perito.

39. Un buen punto para reeditar la discusión y coincidir con Couture es la categoría del «testigo necesario» en el proceso laboral. Sus lúcidas observaciones ponen el foco en las condicionantes del proceso de aquel tiempo y circunstancias: en el Uruguay de educación popular suficientemente avanzada y de organización obrera eficaz. Con estas bases, postuló descartar toda consideración apriorística sobre el empleado que depone en un proceso de uno de sus compañeros. Las vinculaciones más estrechas que enervarían su imparcialidad con una u otra parte deberían ser acreditadas en la especie. Cf. COUTURE, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Vol. 2, t., III, La Ley Uruguay, Montevideo, 2016, ps.183-190.

temporal<sup>40</sup>, demencia, perturbaciones psicológicas, por un estado de shock o por el uso abusivo de sustancias); la **aptitud física**, los **sentidos necesarios** para captar el hecho a probar<sup>41</sup>; la **aptitud moral e intelectual**; la **atención** para la fijación del hecho, en la que incide el grado de interés en el tema; la **memoria** para almacenarlo; la **capacidad de narración**<sup>42</sup>.

En lo atinente a la **producción de la prueba testimonial**, para obtener una declaración adecuada, se debe interrogar al testigo de una manera que no se sienta ni agredido, ni cohibido, ni juzgado. «Las generales de la ley» son preguntas necesarias, que deben ser bien formuladas. Las respuestas deben ser correctamente recogidas y enmarcadas. Estas preguntas pretenden una buena preparación del interrogatorio sobre los hechos de la causa, porque apuntan a conocer datos del testigo, el nombre, la edad, el estado civil, el domicilio, el barrio<sup>43</sup>, la nacionalidad, la profesión, la ocupación, los estudios cursados<sup>44</sup> y demás circunstancias que sirvan para conocer su personalidad. No solo se debe considerar la lengua en la que declara<sup>45</sup>, se debe indagar el origen, el lugar de procedencia, los modismos, es decir, la riqueza y consecuente diferencia de lenguajes, porque de ello depende una buena comunicación. Además, se debe contextualizar el lenguaje: las palabras no significan exactamente lo mismo según los momentos históricos, los pueblos, ciudades, regiones, provincias, departamentos, países<sup>46</sup>.

40. La credibilidad del testigo que paseaba al perro de madrugada, cuando vio el accidente, se sostuvo, porque en la primera declaración fue verosímil y convincente. Cuando pretendió rectificar su declaración, apareció espontáneamente en la sede, habiendo averiguado previamente cuándo continuaba el proceso. Ingresó a la sala de audiencias sin autorización, e, histriónicamente, señaló con el índice al «culpable de la muerte de la adolescente», expresando que venía «a hacer Justicia». La conducta obsesiva, la necesidad de ser juez y el resto de las pruebas determinaron que no se le recibiera la segunda declaración. El testigo que engaña se estudia a través del perfil psicológico, en base a ciertos elementos como un estado de perturbación emocional, los modales, las expresiones, las frases contenidas, el relato incoherente, la versión más jugada que la de la propia parte, la rectificación espontánea de su declaración. Couture refiere a los instintos naturales de justicia. Muchas veces, el testigo depone a favor de quien considera más débil, como los casos de accidentes de niños o ancianos. Estudios T. III..., ob. cit., p. 152.

41. La merma auditiva o visual puede constituir una deficiencia de la persona, si el sentido que debía utilizarse es el disminuido. Por el contrario, se afirma que los ciegos han agudizado sus otros sentidos: el oído, el tacto y el olfato.

42. Cf. DEVIS ECHANDÍA, H., *ob.cit.*, ps. 100-112; 116-120; 257-263.

43. El barrio donde habita el testigo puede resultar un dato de utilidad, cuando se trata de un testigo que no está en su barrio sino en el escenario de los hechos y que no explica qué hacía en ese lugar, ese día, a esa hora, sobre todo si el accidente involucraba a un «conocido». El uso del celular permite que personas que, en puridad, no son testigos presenciales puedan llegar en minutos al lugar de los hechos: Montevideo no deja de ser una ciudad pequeña. Este punto conduce a la necesidad de reforzar la argumentación probatoria, en especial, en el campo de la credibilidad de los testigos.

44. Esta pregunta no es para hacer una estadística sobre el nivel universitario de los testigos, sino para poder comunicarse en forma adecuada con él.

45. De lo contrario deberá proporcionársele un intérprete. Pero, ¿quién garantiza que el intérprete traduce correctamente?

46. Antes de la ley de concubinato, en el interior del país la pregunta sobre el estado civil provocaba cierta confusión. La gente honestamente se consideraba «casada» por estar en una relación de concubinato estable que había perdurado en el tiempo. También se consideraba divorciada por estar separada desde mucho tiempo. La manera que

Es menester utilizar un estilo llano y simple, un lenguaje aséptico y comprensible, para que el testigo pueda desenvolverse correctamente en el acto para el cual fue convocado, pudiéndose obtener resultados probatorios que, de otro modo, se verían enervados o abortados. Si el testigo no contesta es porque el jurista no tiene la capacidad de hacerse entender. Encauzar un interrogatorio no debe llevar a poner en boca del testigo lo que no expresó. La pregunta sobre la razón de sus dichos es absolutamente esencial, porque de ella debe surgir la verosimilitud de su relato, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar que indicó<sup>47</sup>.

Destaco, entonces, la vigencia de las **reglas de Döhring** sobre las principales cualidades de un buen interrogador<sup>48</sup>, «una tesitura que aúne actividad, agilidad, espíritu crítico, etcétera». Agrega que estas virtudes no son suficientes, resaltando la necesidad de que el funcionario «con toda su idiosincrasia y predisposiciones individuales, pueda proseguir su formación al punto de poder responder a tan altas expectativas»<sup>49</sup>.

Es clave el **conocimiento de sí mismo**, ya que su idiosincrasia, sus prejuicios pueden llevarlo a «prejujgar» sobre la credibilidad del testigo, por ejemplo, por razón de raza, clase social, vestimenta, educación. Estas inquietudes fueron plasmadas por Francisco Gamarra: «Sus ideas filosóficas o políticas, sus simpatías o pasiones, pueden arrastrarlo a cometer errores irreparables. Es difícil desprenderse de preconceptos; a veces, cuando el juez cree que ninguna influencia ejercen sobre él, están decidiendo el fallo, acaso desde lo subconsciente, pero decidiéndolo. El juez debe defenderse, antes que nada, de sí mismo»<sup>50</sup>.

Sobre la **previsión del desarrollo del interrogatorio**, las declaraciones se deben realizar en determinado orden. Para ello es fundamental el conocimiento cabal del expediente, de los hechos a probar y de las diversas personas involucradas.

---

encontré para zanjar la cuestión fue preguntar a la persona si era «casada con papeles o sin papeles» y si estaba «divorciada con papeles o sin papeles».

47. Cf. DEVIS ECHANDÍA, H., *ob.cit.*, p. 271.

48. DÖHRING, E., *La prueba*, Valetta Ediciones, 2ª Edición, Bs. As., 2007, ps. 31 y sgtes.

49. La capacitación de los profesionales para la etapa de producción es absolutamente necesaria y debe comprender todos los aspectos. Por eso, en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, la Escuela Judicial del Uruguay propuso un módulo de Psicología Jurídica a realizarse en el Curso de Formación Inicial de Aspirantes a Magistrados para Abogados que deseaban integrarse a la carrera judicial, en el que se haría hincapié en esa rama forense que es la Psicología del Testimonio. Devis Echandía aconseja acudir al apoyo de la psicología del testimonio, a la psiquiatría forense y a la sociología. DEVIS ECHANDÍA, H., *ob.cit.*, ps. 90-91, en especial ps. 276-278.

50. GAMARRA, F., *ob.cit.*, p. 16.

Debe entenderse que la **toma de declaración es producto de la cooperación**. El receptor, con su actitud, contribuye, en gran medida, a lograr que la persona brinde la mayor información disponible, toda la que tiene para ofrecer. Solo lo hará si el ambiente es el adecuado. Por ello, debe reconocerse que **entre el interrogador y el declarante se producen efectos recíprocos**. Así, si el interrogador es sagaz y se conoce a sí mismo, podrá evitar malograr el resultado, adoptando las medidas adecuadas que devengan necesarias en su curso, para lograr el **mantenimiento de una buena atmósfera de trabajo**. Se deben evitar las preguntas y el estilo agresivo, la tensión, el destrato, los gestos que perturben el buen clima<sup>51</sup>.

Antes del inicio, se debería efectuar una **mínima instrucción sobre la tarea a cumplir por el interrogado**, invitándolo, como lo dispone el Código uruguayo, a realizar una **descripción libre y sin interrupciones de los hechos**.

Se debe acceder al **entendimiento cabal de lo preguntado y de lo declarado**. «La palabra puede expresar demasiado o demasiado poco o ser totalmente inadecuada». No es correcto reemplazar los dichos del testigo, so pretexto de usar un lenguaje mejor. Se debe preservar la fidedignidad de la expresión que, la mayoría de las veces, resulta mucho más clara y elocuente. Debe valorarse la palabra y la calidad de la palabra, la precisión<sup>52</sup>, el valor de una expresión por más vulgar que sea<sup>53</sup>, el valor de lo gestual<sup>54</sup>.

Bajo el título de **valoración antes de la valoración**, he sostenido que el tribunal podrá hacer caudal de **todas aquellas circunstancias que impiden conferir valor probatorio** a un medio de prueba producido, por constituir cuestiones concernientes a su validez, vicios intrínsecos, sin que ningún otro sujeto deba solicitarlo<sup>55</sup>. «Entre los controles necesarios, antes de asignarle un peso o valor probatorio a cierto medio, el tribunal debe reexaminar su admisibilidad —en sentido amplio— y debe analizar la incolumidad, integridad o inmaculación de la prueba. Las pruebas producidas, catalogadas admisibles, conducen-

---

51. Muchas veces los testigos manifiestan que se sienten como si fueran los «acusados». El art. 161 num. 3) CGP permite rechazar toda pregunta perjudicial o agravante tanto para el testigo como para la parte.

52. En un caso de internación de un joven en un piso para delincuentes que eran pacientes psiquiátricos, el actor expresó su daño moral en forma sintética e ilustrativa, en una «frase que por corta no resulta menos contundente». Al describir su situación a la médica tratante luego de su egreso dijo: «lo que pasó ahí no me lo saca nadie de adentro, no tiene arreglo». La dignidad humana constituye un valor de rango constitucional. Pues bien, obligar al actor a reescribir una parte de su historia que obviamente desea olvidar implicaría desconocer los graves padecimientos que tuvo que soportar por negligencia de los órganos del Estado y volver a ser víctima a través del cumplimiento de actos procesales no necesarios.

53. El testigo dijo: en el accidente la señora se hizo m...

54. Sobre cómo era y actuaba una maestra respecto de sus alumnos, el gesto lo decía todo, pero era difícil reflejar «eso» en el acta: la maestra era «así». La testigo quería decir que era exigente, pero no arbitraria.

55. Este hallazgo de la actividad probatoria del tribunal se lo debo a la película «Doce hombres en pugna». En ella, a partir de una circunstancia de sospecha de un testigo, se derrumba toda la teoría de la imputación de homicidio.



tes y pertinentes en una primera etapa, pueden ser recalificadas en sentido adverso y desecharse en la sentencia definitiva, como lo postula Couture en su Proyecto»<sup>56</sup>. Esta conclusión puede provenir del propio medio o de otra prueba que lo torna inválido<sup>57</sup>.

En cuanto a la **credibilidad del testigo**<sup>58</sup>, debe examinarse sus características personales y su declaración, porque el sujeto no puede separarse de su acto. «De ahí —dice Carnelutti<sup>59</sup>— que la persona del testigo tenga importancia absorbente para la veracidad del testimonio».

La intermediación permite apreciar mejor notas de veracidad o de mentira en la fisonomía, en el timbre de voz, en la serenidad o en la inquietud. Pero, ninguna de estas apreciaciones por sí solas son determinantes para concluir sobre la credibilidad. A veces, la gente que habla rápido se aprendió el texto de memoria. A veces, el testigo que habla quedado y pausado solo quiere tomarse su tiempo, como una maestra retirada, la Sra. Lili, que había leído que las personas tenían derecho a su día ante el tribunal.

Asimismo, se debe analizar si son verdaderas las condiciones o circunstancias que invoca el testigo para fundar su acto; si esa persona era realmente un testigo, alguien que se hallaba en una situación que le permitía efectuar percepciones y describir los hechos y sus características. Sería dudoso —dice Couture— que «una persona que no vio, o que no oyó, o a quien no le consta un hecho, sea, técnicamente hablando, un testigo. Sería, en cierto modo, como le gusta decir a la doctrina alemana, un no testigo»<sup>60</sup>.

La realización de otro tipo de pruebas puede permitir corroborar la credibilidad del testigo y aun el contenido de la declaración. Una inspección o una reconstrucción permiten visualizar la ubicación de las personas en la escena<sup>61</sup>, las

56. KLETT, S., *Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*, ob. cit., ps. 184-186.

57. Cierta prueba testimonial había sorteado los controles de admisibilidad, pero un hecho extrajudicial determinó la inhabilidad del sujeto propuesto. Había solicitado a ambos litigantes —mediante una misiva anónima y no redactada por él— una suma de dinero importante para declarar a su favor. En esos términos, esa declaración no iba a ser veraz, no se trataba de un verdadero testigo, porque no tenía aptitud moral, no le importaba poner en juego su ajenidad e imparcialidad. Tenía espurios intereses económicos.

58. COUTURE refiere a la libre posibilidad de valoración del testimonio aunque las partes no hayan presentado tachas. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, ps. 147-148. CARNELUTTI concuerda con este poder-deber del juez. «Il testimonio, questo sconosciuto», *Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Mdeo., 1957, ps. 105-112.

59. CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, ob. cit., ps. 147-148.

60. Cf. COUTURE, E., ob. cit., p. 177.

61. Se debe examinar el lugar de ubicación del testigo ocular, si no había nada que entorpeciera la visión, como el caso del dueño del kiosco que dijo haber presenciado el accidente desde allí, cuando delante del kiosco había un árbol que le impedía literalmente ver nada.

reales posibilidades de que el testigo sea tal<sup>62</sup>. Las reglas de Döhering se aplican a otras pruebas<sup>63</sup>, tales como las declaraciones del perito, del imputado y del litigante civil<sup>64</sup>.

Respecto de la etapa de la **valoración de la prueba**, interesa recordar la diferencia entre **los hechos de la causa** y **los hechos probatorios**. La diferencia es importante porque estos últimos deben ser examinados aunque no haya existido alegación de la parte o de un interesado. Existe un poder-deber del tribunal de **considerar todos los hechos probatorios**. Los hechos de la causa son los hechos alegados como fundamento de la pretensión o como base de la defensa, deben ser incorporados al proceso por las partes en los actos de proposición respectivos y conforman el objeto del proceso. En cambio, los «hechos probatorios» son todos los sucesos que acaecen en la actividad de instrucción y que pueden determinar que un medio de prueba resulte inválido o que pierda —total o parcialmente— su poder de convicción. Sería deseable que, en la etapa de las alegaciones finales, las partes realizaran un exhaustivo análisis de los medios de prueba diligenciados y del conjunto de circunstancias que determinan su invalidez o su falta de peso de convicción. Sin perjuicio de ello, el tribunal no se encuentra atado o limitado por las alegaciones de las partes.

**Acerca del fraude en el proceso**, fenómenos interesantes pueden acontecer en el *curso de la instrucción*. El juez no puede estar ajeno a ellos, aunque específicamente se trate de hechos que deberían haber integrado la pretensión deducida. Cuando el **fraude** hace su aparición en el proceso, el tribunal no puede permanecer indiferente, por lo menos desde la perspectiva del Código General del Proceso del Uruguay que le ordena perseguirlo, según el principio general de derecho *fraus omnia corrumpit*.

Dos ejemplos bastarán para comprender la incidencia del fraude probatorio, que impidió que hechos principales pudieran ser conocidos por la parte actora al tiempo de plantear su pretensión.

62. En otra instancia académica, recordé un juicio por un accidente: la inspección que se realizó al año siguiente, el mismo día y hora, abonó la credibilidad del único testigo presencial: un portero que se hallaba en su puesto de trabajo, dentro de un edificio, con vidrio desde el piso al techo. Se pudo apreciar la visibilidad que tenía, pese a la existencia de un helecho en el hall y de los árboles del ornato público.

63. DÖHRING, E., *ob.cit.*, p. 35.

64. Para confirmar el hecho medular de la demanda, la existencia de un ruido ensordecedor en una casa de familia proveniente de una fábrica de lavado de jeans, se realizó, primero, una inspección. Constatado el ruido ensordecedor, se dispuso una nueva inspección, conjuntamente con una pericia, que solucionó de raíz el tema, al explicar que el sonido no provenía del funcionamiento de las máquinas, sino que se trataba de un ruido que se transmitía por la pared medianera en la que estaba apoyada la caldera que, al enfriarse, lo provocaba. Separada la caldera de la medianera, el ruido cesó.

En uno de ellos, un dictamen pericial incluyó aspectos que se hallaban fuera del objeto del medio ordenado. La pretensión se había edificado sobre un supuesto de mala praxis, en base a determinados hechos. No obstante, el dictamen encontró otra causa de mala praxis no alegada y deliberadamente ocultada por la demandada. La prueba era la constancia en la historia clínica de unas letras —en un pie de página— que tenían un significado médico preciso —aunque cifrado— que la actora no podía comprender. Entiendo que si se incluye este hecho «tardíamente conocido» en el objeto del proceso y de la prueba y se otorgan las debidas garantías al demandado, se puede condenar por mala praxis, si el dictamen no resulta enervado por otros medios.

En el otro, todo el equipo anestésico quirúrgico había sido demandado, médicos, enfermeras, instrumentistas, todos los que se hallaban presentes en el quirófano durante la intervención. En el curso de la audiencia de prueba, presataba su declaración la jefa de enfermería integrante del equipo. En determinado momento, se dirigió a sus litisconsortes, y pidiéndoles disculpas, relató los hechos tal como habían acontecido. El proceso terminó con una transacción que se gestó en la propia audiencia, a partir de la rectificación de la declaración y del reconocimiento de los errores padecidos<sup>65</sup>.

Este planteo importa la adopción de decisiones ideológicas que implican definir qué proceso se quiere. En mi opinión, los hechos principales desconocidos pueden alegarse **cuando se conocen**, si es que el sujeto no pudo informarse con anterioridad sobre su existencia, utilizando la diligencia media. Si hechos relevantes para la correcta formulación de la pretensión fueron ocultados, pueden incorporarse al proceso, discutirse con todas las garantías de la defensa y formar parte del objeto del proceso. La solución contraria sería transformar la Justicia y el proceso judicial en un fraude en sí mismos<sup>66</sup>, apartándose de las reglas de la ética, provocando el descreimiento del sistema. El Código Iberoamericano de Ética Judicial consagra la prudencia como uno de los atributos del juez. El art. 71 expresa: «Al adoptar una decisión, el juez debe analizar las **distintas alternativas** que ofrece el Derecho y valorar las **diferentes consecuencias** que traerán aparejadas cada una de ellas».

---

65. Quizás las condicionantes para el cambio de declaración podrían ubicarse en el propio ambiente del proceso judicial por audiencias, en la dificultad moral de sostener una mentira en la Casa de la Justicia ante los familiares condolidos y el juez. Se trata de un ambiente institucional que presenta rasgos particulares, que se acentúan con la intermediación.

66. Otro caso lleva a la misma conclusión. Se trataba de un proceso por responsabilidad generada en un accidente de tránsito, entre una niña y el conductor de un taxímetro que derivó en la muerte de aquella. La demandada había alegado la excepción de transacción y la actora se había opuesto invocando haber estado en una situación de inferioridad psíquica cuando suscribió la «transacción extrajudicial». En la audiencia, se advirtió que la situación emocional de la madre de la niña fallecida no le permitió entender cabalmente cuál era el alcance de la transacción: había entendido que le ofrecían pagar los gastos del velorio y entierro y le «habían arrancado» una transacción sobre todos los daños en el momento en que se se hallaba velando a su hija.

En esta línea, la reforma del CGP del año 2013 definió **más precisamente el *deber de colaboración***<sup>67</sup>. La intermediación constituye una clara herramienta para la apreciación de la conducta de las partes y de otros sujetos en el proceso<sup>68</sup>, aunque no siempre los juristas cuentan con las destrezas necesarias para su correcta interpretación<sup>69</sup>.

## 7. El necesario desarrollo argumentativo

El desarrollo argumentativo en todos los aspectos relativos a la prueba no debe quedar librado al azar. La organización de la actividad probatoria, de acuerdo con el objeto del proceso y los intereses de los litigantes, debe hallarse en la estrategia desde el inicio.

La preparación del caso impone un examen exhaustivo de las normas sustanciales que brindarán las respuestas en materia probatoria: qué se debe probar, a quién corresponde probar, con qué medio se debe o es conveniente probar, la existencia de presunciones o mandatos legales que alteran la carga de la prueba<sup>70</sup>. Se debe identificar el ***sistema normativo que rige el supuesto***, para luego sí adoptar la estrategia forense.

Debe ejercerse conscientemente la previsión, el juego de ajedrez, el re-arme de la estrategia cuando se suman nuevas cuestiones<sup>71</sup>, si la adoptada ha fracasado o no se logran probar los hechos objeto de la prueba. Ya se puso de relieve el valor del alegato, en particular, la importancia de la argumentación proba-

67. Sobre el alcance del deber de colaboración de las partes (art. 5), se abrieron dos opiniones antagónicas. Ver KLETT, S., y PEREIRA CAMPOS, S, «Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el CGP», RUDP, 1/97.

68. En un juicio de responsabilidad por mala praxis médica, la demandada había «perdido» una hoja de la historia clínica, no había «encontrado» la radiografía —donde constaba la fractura de rodilla del paciente— y no había proporcionado el nombre del médico de guardia. El reconocimiento por el actor del médico que lo había atendido fue evidente para los asistentes: temblaba, estaba pálido y transpiraba, cuando finalmente «apareció» la hoja de la historia clínica y reconoció su firma, lo que probaba el diagnóstico erróneo, al no haber advertido la fractura, y un consecuente tratamiento erróneo.

69. Eso acontece con el llanto de un testigo en la audiencia. El principio de intermediación no garantiza per se una adecuada valoración de esta circunstancia. El tribunal no posee la idoneidad suficiente para interpretar a qué responde el llanto. En las entrevistas psicológicas o médicas, se deja constancia que la víctima llora denotando angustia.

70. La Ley de Patentes, N° 17.164, admitió el instituto de las cargas probatorias dinámicas, al permitir ordenar al demandado la prueba de que el procedimiento es diferente al patentado.

71. No siempre se considera la ley de las matruskas, verdaderos «juicios dentro de otro juicio». En esos juicios, hay que atender, por igual, todas las cuestiones. La representación de una sociedad extranjera demandada en un accidente de tránsito derivó en un verdadero juicio de corrimiento del velo de la persona jurídica. En un proceso contra el Estado por la muerte de un preso, la representación y la legitimación de la hija biológica, no reconocida por la víctima y representada por su abuelo que no tenía la guarda legalmente conferida, constituyó la cuestión esencial. Es frecuente la alegación de una concausa médica, que deviene el tema definitorio de la responsabilidad: el daño agravado debe atribuirse a la causa originaria del accidente o a la incorrecta atención médica de la víctima.

toria, que debe ser desarrollada en forma adecuada, que puede condensarse en la básica premisa de **qué se logró probar y con qué medios específicos**. La *debida fundamentación del fallo* integra el debido proceso, es de rango constitucional y ha sido recogido en el art. 197 CGP, que le impone realizar una argumentación jurídica, pero, fundamentalmente deberá de determinar qué hechos considera probados, reseñando los medios de prueba que dan base a su conclusión y justifican el mayor peso de convicción otorgado.

## Bibliografía

- ABAL OLÍU, A., *Derecho Procesal*, T. IV, FCU, Mdeo., 1ª Ed., noviembre de 2014.
- ABAL OLÍU, A., «Admisibilidad, pertinencia, conducencia y necesidad de los medios probatorios», RUDP, 3-4/10.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, D., *Introducción al Proceso*, Ed. Idea, Mdeo., 1981.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, D., *Teoría del Proceso*, Ed. Depalma, Bs. As., 1979.
- CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, Apéndice de Giacomo P. Augenti, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; 2ª Edición, Depalma, Bs. As., 1982.
- CARNELUTTI, F., «El testimonio, questo sconosciuto», Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Mdeo., 1957.
- CERDA FERNÁNDEZ, C., *Iuris Dictio*, Ed. Jurídica de Chile, 1992.
- COUTURE, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Vol. 2, t., III, La Ley Uruguay, Montevideo, 2016.
- DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría de la Prueba Judicial*, 6ª Edición, Zavalía, Bs. As., 1988, t. I.
- DÖHRING, E., *La prueba*, Valetta Ediciones, 2ª Edición, Bs. As., 2007.
- GAMARRA, F., *La vocación judicial*, Mdeo. 1987.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., «Prueba y argumentación. (¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba)», Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio, Girona 6, 7 y 8 de junio de 2018.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Barcelona, 2ª Edición, 2002, Ed. Marcial Pons,
- KLETT, S., *Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*, FCU, Mdeo., 2014, t. II.
- KLETT, S., «Reglas Generales de la Prueba», libro sobre el Nuevo Código del Proceso Penal del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Mdeo, 2018, en imprenta.
- KLETT, S., «El rol del juez desde una perspectiva constitucional de derechos», IVº Congreso Internacional de Derecho Procesal, Universidad de La Habana, 22, 23 y 24 de abril de 2015.
- KLETT, S., «Hacia una sentencia justa: valoración de la prueba y perfil del juez», Revista Judicatura N° 44, Mdeo., 2006.
- KLETT, S., «Violencia doméstica», Procesos de Familia, 2ª ed., FCU, Mdeo., 2016.
- KLETT, S., BALUGA, C., ÁLVAREZ, F., CASTILLO, J., «Principios de la prueba en el sistema procesal civil», Revista Uruguaya de Derecho Procesal (RUDP) 1/2000, Mdeo., 2000, ps. 86-87.
- KLETT, S. y URIARTE, G., «Facultades del tribunal en el Código General del Proceso respecto de la fijación del objeto de la prueba, iniciativa probatoria y sus controles», Vas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia, 1989.

- KLETT, S., y PEREIRA CAMPOS, S, «Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el CGP», RUDP, 1/97.
- KLETT, S. y otros, «Aspectos prácticos en materia de prueba», Xas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia, 1999.
- PARRA QUIJANO, J., *Manual de Derecho Probatorio*, 12ª Ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002.
- PELLEGRINI GRINOVER, A., «Provas ilícitas», ponencia presentada en el XVIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santiago del Estero, Argentina, mayo de 1993, RUDP, 2/93.
- SENTÍS MELENDO, S., *Teoría y Práctica del Proceso*, EJE, Bs. As., 1959, Vol. III.
- TARUFFO, M., Probabilidad y prueba judicial, XXVIº Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, septiembre de 2005, ps. 1078-1079.
- VESCOVI, E., Director, DE HEGEDUS, M., KLETT, S., CARDINAL, F., SIMÓN, L., PEREIRA, S., *Código general del proceso, comentado, anotado y concordado*, t. 4, Abaco, Bs. As., 1998



# Provas – Novidades recentes

---

*Teresa Arruda Alvim  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

**Sumário:** 1. «Livre» convencimento motivado? - 2. Prova emprestada - 3. Ônus dinâmico da prova - 4. Negócio jurídico processual: perito consensual - 5. Produção antecipada de prova - 6. O dever de colaboração no processo civil brasileiro - 7. Os poderes instrutórios do juiz no CPC: simplificação de prova pericial

O juiz, tradicionalmente, no direito brasileiro, não é um mero espectador em relação à fase probatória. Tem-se entendido, pacificamente, que ele pode, inclusive, determinar a produção de certa prova, agindo de forma suplementar à atividade das partes. Ou seja: quando as partes já se desincumbiram do seu ônus e, ainda assim, o juiz não se sente seguro para decidir o mérito, pode determinar a produção de prova.

A intensidade da atuação do juiz na fase probatória, embora mitigada, à luz do CPC de 2015, ainda é forte. Há exemplos interessantes que demonstram esta mitigação: a) os negócios jurídicos processuais, que podem ter como objeto questões probatórias; b) atualmente, também, já não se considera ser ele o juiz o único destinatário da prova. Entende-se que a prova se destina àqueles que, dentro da legalidade, possam dela fazer uso.<sup>1</sup>

Nesse contexto, a nova legislação processual civil brasileira trouxe algumas inovações importantes.

---

1. Por exemplo, a hipótese de produção antecipada de prova com vistas a evitar o processo



## 1. «Livre» convencimento motivado?

A primeira das novidades do CPC/15, que se refere à prova, e, segundo alguns, uma das mais relevantes, foi a que retirou da expressão «livre convencimento motivado» a palavra *livre*.

É verdade que a regra do «*livre*» *convencimento motivado*, no direito brasileiro, nunca foi absoluta. A forma de apreciação de provas é restringida pelo legislador brasileiro em muitos casos. A Constituição Federal, por exemplo, veda a admissão de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5, LVI).

Paralelamente a isto, incluiu-se no CPC de 2015 dispositivo que estabelece *parâmetros mínimos* para que uma decisão judicial possa ser considerada *motivada* (art. 489, § 1.º). Um destes parâmetros é o de que o juiz se manifeste sobre todos os elementos, de fato e de direito, que o levaram a decidir de um certo modo e *também* sobre outros elementos, que poderiam ter levado a decisão diferente.<sup>2</sup> A nosso ver, este dever, que tem o magistrado, abrange também a manifestação sobre PROVAS, cuja significação jurídica poderia ter levado a outra decisão: é preciso *argumentar* para afastá-las.<sup>3</sup>

O juiz deve apreciar a prova e demonstrar, com fundamento suficientemente claro e preciso, o porquê de seu convencimento, no sentido de que a proa é relevante ou não é relevante (art. 371). Talvez seja este um dos significados da supressão da palavra *livre*.

O art. 399<sup>4</sup> faz referência expressa a que o direito de produzir prova se confunde com o direito de *influir eficazmente* no teor da decisão.

2. «O princípio da *persuasão racional*, adotado pelo CPC, estabelece equilíbrio entre a liberdade do juiz, os critérios técnicos e o conjunto dos autos. Em outras palavras, a liberdade do juiz é relativa, uma vez que terá de fundamentar a formação de seu convencimento indicando as razões de fato e de direito que o levaram a decidir num ou noutro sentido. Com efeito, há estreita relação entre a prova dos autos e a fundamentação da sentença na medida em que o juiz não poderá ignorar os elementos colhidos durante a instrução». João Batista Lopes. Comentários ao Art. 371 do Código de Processo civil. In: Comentários ao Código de Processo Civil. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 249.

3. Há trechos interessantes a respeito deste ponto até mesmo em decisões judiciais. Confira-se: «O nosso sistema processual civil é orientado pelo princípio do livre convencimento motivado, não estando o magistrado atrelado às conclusões do laudo pericial, sendo-lhe permitido formar a sua convicção com base em qualquer elemento de prova disponível nos autos, bastando para tanto que indique na decisão os motivos que lhe formaram o convencimento». STJ, REsp 1404914/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 05.06.2018, DJe 11.06.2018.

4. «Art. 399. O juiz não admitirá a recusa se: I - o requerido tiver obrigação legal de exhibir; II - o requerido tiver aludido ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova; III - o documento, por seu conteúdo, for comum às partes». Este dispositivo está no contexto da exibição de documentos ou coisas, que pode ser ordenada pelo juiz, conforme estabelece o art. 396, *verbis*: «O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder».

Veja-se, portanto, à luz do art. 399, que as provas foram disciplinadas em perfeita consonância com a atual concepção do princípio do contraditório: a atividade das partes no plano dos argumentos jurídicos e demonstração de fatos, deve ser *OUVIDA*. As partes agem com o objetivo de influir eficazmente no teor da sentença. Se as provas, tidas como relevantes pelas partes, todavia, não foram levadas em conta, tem o juiz o dever de argumentar, afastando-as.

## 2. Prova emprestada

A nova lei processual brasileira prevê expressamente a possibilidade do uso de *prova emprestada*.<sup>5</sup>

O art. 372<sup>6</sup> diz que o juiz pode, visando à economia e à celeridade processuais, utilizar-se de prova *produzida em outro processo*. O termo «processo», pode gerar dúvidas: é possível emprestar a prova produzida em procedimentos administrativos?<sup>7</sup>

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a licitude do uso de prova produzida em inquérito policial, processo criminal e em processo administrativo disciplinar.<sup>8</sup>

É oportuno dizer que, embora se admita o empréstimo de prova de um processo para outro de natureza distinta, isto é, entre ramos do direito cuja disciplina probatória seja diversa, deve-se atentar para o fato de que a prova emprestada, em muitos casos, passa a ter outro *nomen iuris* no processo que a recebeu, em razão do *standard* cognitivo e dos princípios *próprios* que o regem.<sup>9-10</sup>

5. A prova emprestada é admitida em vários países. Na América Latina, por exemplo, o Código de Processo Civil Peruano prevê, no art. 198, expressamente o empréstimo da prova: «Artículo 198. Eficacia de la prueba en otro proceso. Las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tienen eficacia en otro. Para ello, deberán constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo y haber sido actuadas con conocimiento de la parte contra quien se invocan. Puede prescindirse de este último requisito por decisión motivada del Juez». De forma análoga ao direito peruano, o Código de Processo Civil Colombiano prescreve: «Art. 185. Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella».

6. «Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório».

7. Em ensaio publicado na vigência do Código de 73, Eduardo Talamini afirma que não é possível o empréstimo de prova produzida em procedimento administrativo e arbitral, pois tais órgãos não exercem atividade jurisdicional. Prova emprestada no processo civil e penal. In: *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim, vol. 91, 1998, p. 92-114.

8. STJ, AgInt no RMS 45.718/RS, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j. 09.03.2017, DJe 19.04.2017.

9. No direito brasileiro, enquanto no processo penal a parte pode manter-se em silêncio, fazendo uso do seu direito constitucional a não produzir prova contra si mesma (art. 5º, LXIII), no processo civil, por sua vez, a parte tem o ônus de prestar depoimento pessoal, podendo ser aplicada a pena de confesso, desde que se conste a advertência no mandado de intimação (art. 385, §1º). Assim sendo, não se pode, por exemplo, transportar o depoimento da parte, produzido no processo civil, para o processo penal como se de interrogatório se tratasse.

10. À luz do direito comparado, o art. 421 do CPC português de 2013 prevê que se a prova for transportada para outro processo no qual o *standard* cognitivo probatório seja mais elevado, aquele meio de prova passa a ser mero

O aproveitamento de prova produzida em outro processo só pode haver se: (i) as partes forem as mesmas e (ii) não sendo as mesmas partes, houver efetivo contraditório.

A Corte Especial do STJ<sup>11</sup> entendeu que, em razão das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se assegure o contraditório.

Justamente por isso, diz a doutrina que: «a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo».<sup>12</sup>

### 3. Ônus dinâmico da prova

Tradicionalmente, cabe às partes provar os fatos que alegam. O autor prova os fatos constitutivos de seu direito e o réu, os fatos que afastam as afirmações feitas pelo autor, sobre o direito que alega ter (art. 373<sup>13</sup>).

Historicamente, esta regra já vinha sendo flexibilizada em leis que dispõem sobre relações materiais que envolvem um elemento tido por «mais fraco», como, por exemplo, ocorre com o Código do Consumidor (art. 6.º, VIII).

Já se permitia ao juiz inverter a regra tradicional, em virtude de peculiaridades da situação concreta, por exemplo, quando ao autor era extremamente difícil ou impossível se desincumbir do ônus da prova.

---

«princípio de prova». Confira-se, nesse sentido: «A prova invocada no segundo processo tem, em princípio, o mesmo valor (de prova legal ou de prova livre) que tinha no primeiro. Mas, se o segundo processo oferecer às partes garantias superiores às do primeiro, a eficácia da prova neste produzida é reduzida à de mero *princípio de prova*. Por princípio de prova entende-se um resultado insuficiente para a prova do facto, mas suscetível de, combinado com o de outros meios de prova que sejam produzidos no processo, a ela conduzir; trata-se dum contributo para o resultado probatório final sem força autónoma, mas concretamente relevante quando os meios de prova com que se combine não sejam, por si só, suficientes para gerar no julgador a convicção de que o facto probando se verificou». José Lebre de Freitas, *Ação declarativa comum – à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3. ed., Coimbra: Coimbra, 2013, p. 222

11. STJ, EREsp 617.428/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 04.06.2014, *DJe* 17.06.2014.

12. Aluisio Mendes; Haroldo Lourenço. A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista de Processo*, Coord. Teresa Arruda Alvim, vol. 263, 2017, p. 55-75.

13. «Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao facto constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (...)».

Agora esta regra consta expressamente do CPC e pode aplicar-se a todos os processos.

A regra do ônus da prova, descrita nos moldes tradicionais no art. 373, I e II, ficou atenuada. Em **qualquer caso submetido ao CPC**: o juiz pode transferi-lo àquele que tenha melhores condições técnicas —isso não quer dizer maior capacidade econômico-financeira— de produzir a prova (art. 373, § 1.º), desde que isso não implique encargo impossível ou excessivamente difícil (art. 373, § 2.º).<sup>14</sup>

É oportuno dizer, no entanto, que a inversão não é automática. Para que a *flexibilização* ocorra, devem estar presentes os pressupostos de sua incidência, acima referidos.

O novo Código permite expressamente ao juiz, em decisão interlocutória fundamentada, atribuir o ônus da prova de modo diverso daquele previsto em lei. Esta decisão é impugnável, em separado, por recurso independente —denominado, na lei processual brasileira, Agravo de Instrumento (art. 1.015, XI).<sup>15</sup>

As regras tradicionais do ônus da prova também podem ser alteradas por negócio jurídico processual (art. 373, § 3.º)! Desde que não se trate de direito indisponível ou que a negociação não torne a atividade probatória demasiadamente difícil (art. 373, § 2.º).<sup>16</sup>

#### 4. Negócio jurídico processual: perito consensual

Sempre houve casos especiais em que, expressamente, o CPC previa a possibilidade de aspectos do processo ficarem nas mãos das partes, embora excepcionalmente. É o caso, por exemplo, de ambas as partes pedirem a suspensão do processo para fazerem acordo.

O novo CPC ampliou esta possibilidade. Evidentemente, ainda se discute, e muito, sobre *que* podem as partes negociar e em que *medida*.

14. «Art. 373. (...) § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído; § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil».

15. «Art. 1.015. (...) XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º».

16. «Art. 373. (...) § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil».

No contexto das provas, a escolha do perito é o melhor exemplo de hipótese em que há previsão específica expressa. Apesar disso, o dispositivo gera discussões.

O novo Código, no art. 471,<sup>17</sup> criou regra no sentido de que as partes podem escolher, de comum acordo, o perito.<sup>18</sup>

Este dispositivo como se observou, se insere num contexto mais abrangente, relativo aos negócios jurídicos processuais, que se consubstanciam em cláusula geral prevista no art. 190 do CPC/15.

Os problemas que surgem, evidentemente, dizem respeito, muito frequentemente, à **vinculação** do juiz àquilo que as partes negociam entre si. Neste caso, poderia o juiz se *opor* ao perito escolhido pelas partes? Por decisão *fundamentada*? Poderia nomear seu próprio perito, ao lado daquele?

Problemas semelhantes surgem quando se discute sobre a admissibilidade de negócios jurídicos SUPRIMINDO certo tipo de prova. Fica o juiz vinculado?

Entende-se, como se observou antes, que a atividade do juiz, na instrução, é subsidiária e complementar. Poderia, ele mesmo, determinar a produção da prova suprimida pelas partes, em negócio jurídico processual, porque entendesse imprescindível para formar sua convicção? Ou deveria extinguir o processo sem julgamento de mérito, contra aquele a quem, presumivelmente, a prova favoreceria?

17. «Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que:

I - sejam plenamente capazes;

II - a causa possa ser resolvida por autocomposição.

§ 1º As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados.

§ 2º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz.

§ 3º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz».

18. O tema embora «novo» no direito brasileiro, já é discutido há bastante tempo na Europa. No direito alemão, o ZPO admite o negócio jurídico para escolha do perito e, ao mesmo tempo, prevê a possibilidade de o juiz limitar o seu número, *in verbis*: «§404, 5) *Einigen sich die Parteien über bestimmte Personen als Sachverständige, so hat das Gericht dieser Einigung Folge zu geben; das Gericht kann jedoch die Wahl der Parteien auf eine bestimmte Anzahl beschränken*».

Na Espanha, o Código de Procedimiento Civil prevê no artigo 432 «*Las partes designarán de común acuerdo uno o dos peritos, pudiendo dejar al arbitrio del juez la designación. Si no hubiere acuerdo designarán uno por parte; el juez podrá nombrar un tercero*».

Remo Caponi afirma que na Itália o tema dos negócios processuais não é muito lembrado, *in verbis*: «Sobre la categoría de los acuerdos procesales, em sí y por sí considerada, há caído substancialmente al olvido. Sobre el punto, la literatura italiana conserva actualmente, como regla, un silencio». Autonomia privada y proceso civil: los acuerdos procesales. Trad. Luis Cardenas Rodriguez. Convenciones procesales. Lima: Raguel, 2015, p. 67.

Parte da doutrina afirma que o juiz, neste caso, pode determinar a realização de nova perícia caso entenda ser insuficiente a prova técnica produzida pelas partes.<sup>19</sup>

Nesse mesmo sentido é a opinião de Lucon, para quem: «dada a impossibilidade de as partes limitarem a formação do convencimento judicial, [nada impede que] o juiz possa indicar outro perito para a realização de uma segunda perícia, se considerar que a primeira perícia, aquela realizada pelo profissional indicado pelas partes, não esclareceu de maneira suficiente a questão controvertida».<sup>20</sup>

Segundo citado autor, o poder de disposição das partes não pode impedir que o juiz contribua para a criação de condições para a formação do seu próprio convencimento: «O que não é correto autorizar, contudo, é que possam as partes, por livre disposição, limitar de maneira direta a formação do convencimento judicial, retirando do magistrado, por exemplo, elementos que ele reputa necessários à formação de seu convencimento».<sup>21</sup>

Tratando-se da liberdade de escolha do perito pelas partes, Bruno Bodart sustenta que as partes não estão NEM MESMO vinculadas à lista de peritos colocadas à disposição do Tribunal. Ainda é oportuno aqui abordar o problema apontado por Adrián Pino no Peru, *in verbis* «Un tema aparte radica en el artículo 268.<sup>22</sup> Dicha norma solo permite nombrar peritos en un proce so a los que aparecen en el listado que cada colegio profesional proporcione al Consejo Ejecutivo de cada Distrito Judicial».

Conclui, citado autor, que esta limitação imposta às partes «restringe severamente el derecho a la defensa de los justiciables, impidiendo, por ejemplo, recurrir a expertos académicos que laboran en universidades de prestigio o, recurrir a expertos internacionales. Demás está indicar los serios problemas que se presentan por las listas de profesionales que aportan los colegios profesionales, debido a la falta de experiencia, idoneidad y fiabilidad de los peritos nominados».<sup>23</sup>

É pertinente a crítica de Adrian à limitação de escolha dos peritos pelas partes, pois além de restringir severamente o direito de defesa, viola o direito à prova,

19. Bruno Bodart. Ensaio sobre a prova pericial no código de processo civil de 2015. In: Processo de Conhecimento Provas. Coord. Alexandre Freire, et. al., vol. III, Salvador: Juspodivm, p. 647.

20. Prova Pericial no CPC/15. In: *Revista de Processo*, Coord. Teresa Arruda Alvim, vol. 267, 2017, p. 211.

21. *Ibidem*.

22. Artículo 268. «En Consejo Ejecutivo de cada Distrito Judicial, formula anualmente la lista de los especialistas que podrán ser nombrados peritos en un proceso, tomando como base la propuesta alcanzada por cada colegio profesional. Cuando la perícia no requiera de profesionales universitarios, el juez nombrará a la persona que considere idónea. La misma regla se aplica en las sedes de los juzgados donde no haya peritos que reúnan los requisitos antes señalados»

23. La prueba científica. *Revista de Derecho*. Themis 71, agosto-2017.

na medida em que impede as partes de requererem a sua produção por profissional que considerem mais habilitado.

## 5. Produção antecipada de prova

Outra das grandes novidades que traz o CPC, em matéria de prova, é a *desvinculação* da produção antecipada de provas de eventual ação posterior. A produção antecipada de provas *não é* mais —necessariamente— preparatória em relação à ação principal. O CPC de 2015 traz o direito *autônomo* à produção da prova. A utilidade pode ser a de: possibilitar um acordo, desencorajar a parte de mover a ação, demonstrar a conveniência de se resolver o conflito por meio da arbitragem (art. 381, II e III<sup>24</sup>), etc.

A doutrina diz que, se no Código de 73 a produção antecipada estava limitada às provas pericial e oral, na nova lei processual *todos os meios de prova, previstos ou não em lei, admitem produção antecipada*.<sup>25</sup>

É um procedimento a respeito do qual diz a lei não comportar defesa e ou recurso: salvo se o pedido de prova for indeferido, diz a lei (art. 382, § 4.º).<sup>26</sup>

Este dispositivo legal, que afasta a defesa e o recurso, causa problemas, como, por exemplo, no caso de a produção antecipada de provas depender da verificação na contabilidade de uma empresa. Nestes casos, como não haver defesa? Se, apesar da insurgência, a prova for deferida, caberia recurso?

A doutrina majoritária entende que esta proibição, entendida em termos absolutos, é inconstitucional.<sup>27</sup> Ao nosso ver, para salvar este dispositivo legal da pecha de inconstitucionalidade, o art. 382, § 4.º deve ser interpretado no sentido de possibilitar ao réu, em casos excepcionais, no exercício do seu direito de defesa, impedir a produção antecipada de prova, seja por qualquer meio

24. «Art. 381. (...) II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação».

25. Eduardo Talamini. Produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista de Processo*, Coord. Teresa Arruda Alvim, vol. 260, 2017, p. 75.

26. «Art. 382. (...) § 4o Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário».

27. Cassio Scarpinella Bueno, Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 318; Flávio Luiz Yars-hell, Da produção antecipada da prova. In: Coord. Teresa Arruda Alvim, et. al., Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 1.1; Didier Jr.; Braga; Oliveira, Curso de direito processual civil. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. vol. 2, p. 145.

que for. O réu pode alegar, por exemplo, com fundamento no art. 381, I,<sup>28</sup> que inexistiu risco, *incontinenti*, à fonte de prova, capaz de impedir a sua produção *a posteriori*.

O réu pode alegar também, por exemplo, que há outro instrumento, menos gravoso, para alcançar tal fim.

No Brasil, há uma ação, semelhante ao *Juicio de Amparo*, que se chama Mandado de Segurança, destinada a atacar atos da Administração, e que, excepcionalmente, é usada no contexto dos atos do juiz. A nova lei brasileira restringiu consideravelmente os recursos interponíveis imediatamente das interlocutórias. Neste caso, já que a lei diz não caber recurso algum, pode-se, também, pensar no uso desta ação.

## 6. O dever de colaboração no processo civil brasileiro

O CPC estabeleceu, dentre os princípios processuais fundamentais —enumerados nos seus primeiros onze artigos— o da cooperação. Segundo dispõe o art. 6º do CPC, os sujeitos do processo devem *cooperar* entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito *justa e efetiva*. Ao longo do Código, há outros dispositivos que reforçam a necessidade de colaboração entre as partes e das partes com o juiz (arts. 77, 139, 191, 357, §§ 2.º e 3.º, 378).

Tratando especificamente de prova, o CPC prevê no art. 378 que ninguém pode se eximir do *dever* de colaborar com o Poder Judiciário para alcançar a verdade, do *processo*<sup>29</sup> - é preciso que se diga.<sup>30</sup> A regra, no entanto, é objeto de críticas na doutrina.<sup>31</sup> Ao nosso ver, a questão deve ser posta em outros termos.

À luz da análise econômica do direito, os sujeitos do processo precisam ser vistos como agentes econômicos, cujos atos são voltados, especialmente, para

28. «Art. 381. I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação».

29. Michele Taruffo. La verità nel Processo. In: *Revista de Processo*, Coord. Teresa Arruda Alvim, vol. 239, p. 51.

30. Semelhante dispositivo é previsto pelo CPC português, art. 417 (correspondente ao 519 do CPC/61): «Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados».

31. Para Mitidiero o dever de colaboração não é cogente às partes, in verbis: «as partes não têm o dever de colaborar entre si», *Colaboração no processo civil*. 3ª ed., S. Paulo: RT, 2015, p. 70. Marinoni e Arenhart defendem que o dever de cooperação não pode ser aplicado na dimensão pretendida pelo art. 378. Em sentido contrário: «Parece que é perfeitamente possível exigir postura cooperativa entre as partes». Julio Müller. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*. S. Paulo: RT, 2017, p. 81.



otimizar o seu próprio bem-estar. Assim, é preciso que incentivos sejam criados, dissuadindo ou induzindo as partes e ao juiz determinados comportamentos, de modo que os atos se tornem *pauta de conduta* para os jurisdicionados e para a sociedade.

Nessa perspectiva, um jovem autor brasileiro, que é também processualista, Erik Wolkart constata, a partir de um estudo minucioso, que o Judiciário brasileiro oferece poucos incentivos visando a produzir comportamento cooperativo dos sujeitos do processo e, como reflexo disso, nasce um círculo vicioso, no qual todos saem, de alguma forma, prejudicados.<sup>32</sup>

Às partes cabe calcular os custos do litígio —que são, segundo ele, no Brasil ainda baixos e mal distribuídos<sup>33</sup>— e aferir se «vale a pena» ajuizar uma ação.

Desmistificando o juiz Hércules, citado autor, afirma que: «O juiz, bem como os demais atores processuais, não figura no processo exclusivamente por algum tipo de missão, sentimento de responsabilidade social ou sacerdócio». Para demonstrar essa realidade, lembra-nos da jurisprudência defensiva<sup>34</sup> praticada, sobretudo, nos Tribunais Superiores brasileiros. Para ele, «como qualquer agente econômico minimamente racional, seu comportamento médio [o do juiz] será regido por uma ponderação intuitiva dos custos e benefícios dos seus atos».<sup>35</sup>

O dever de colaboração para ser bem compreendido e *efetivamente* aplicado passa, portanto, necessariamente, pela análise de «custo-benefício» dos sujeitos do processo. Nesse contexto, o Poder Judiciário brasileiro deve levar em conta esses dados, visando ao seu próprio aperfeiçoamento e a garantir o real e efetivo acesso à justiça.<sup>36</sup>

Portando, de rigor, para que esse princípio passe a se aplicar efetivamente, inclusive no campo das provas, mudanças devem ser feitas neste sentido: sem incentivos, não há ação.

---

32. Erik N. Wolkart. Tese de Doutorado. UERJ. 2018, *passim*.

33. *Idem*, p. 414.

34. É «jurisprudência» tendente a encontrar causas para a inadmissão de recursos, fundadas em excessivo formalismo, apenas como forma de «barrar» novos recursos.

35. Erik N. Wolkart. Tese de Doutorado. UERJ. 2018, p. 467.

36. Nesse sentido, confira-se trecho de monografia que trata do acesso à justiça e das crises pelas quais o Poder Judiciário brasileiro passou: «Essa crise, ao contrário da primeira, decorre, ao nosso ver, de uma deformação da ideia de acesso à justiça, pois se quis abrir as portas do judiciário, sem, contudo, dispor de meios efetivos e satisfativos de tutela jurisdicional, os quais pudessem assegurar a isonomia e a segurança jurídica. A desconsideração desses fundamentais meios foi determinante para o aumento significativo do número de processos com decisões conflitantes entre si». João Ricardo Camargo. O novo desenho estrutural dos embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça traçado pelo Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista de Processo*, Coord. Teresa Arruda Alvim, vol. 272, 2017, p. 271 e ss..

## 7. Os poderes instrutórios do juiz no CPC: simplificação de prova pericial

O legislador de 2015, ao estabelecer o art. 464, § 2.º, procurou tornar mais simples o conhecimento dos fatos de que dependeriam prova pericial.

Essa tendência que já existia, de forma análoga, na instrução probatória das causas de menor complexidade, nos Juizados Especiais no Brasil (art. 35, lei 9.099/1995),<sup>37</sup> é agora prevista no CPC e pode aplicar-se a todos os casos.

Em se tratando de questão controvertida de menor complexidade, o juiz ordena, de ofício ou a requerimento, a «substituição»<sup>38</sup> de perícia por outra prova técnica simplificada. Isso significa que o perito - e os assistentes - ao invés de apresentar um laudo, ele responderá oralmente as perguntas elaboradas, em audiência, pelas partes e pelo juiz. É preciso dizer, então, que a inquirição diz respeito às questões controvertidas, cuja resposta é constatada *ictu oculi*.

O juiz e as *partes*<sup>39</sup> devem perguntar ao especialista, cuja titulação acadêmica ou formação técnica deve ter relação com os fatos exclusivamente sobre os pontos controvertidos que exijam conhecimento específico, sob pena de a inquirição transformar-se em algo complexo e desviar-se da finalidade pretendida pelo legislador.

O especialista e os assistentes podem e devem utilizar-se de todos os meios técnicos e tecnológicos necessários, v. g. vídeos e imagens que confirmam ou infirmam a ocorrência de determinado fato, para responder, de forma clara e precisa, às perguntas e influenciar, concretamente, na formação do convencimento do juiz.<sup>40</sup>

Evidentemente que, em algumas ações, cuja questão controvertida seja de menor complexidade, como, por exemplo, envolvendo um ou outro ponto de balancetes de empresa ou, ainda, detalhes sobre a construção de um projeto,

37. «Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico» - (Lei 9.099/95).

38. Em verdade, segundo afirma Arruda Alvim, o que ocorre é a simplificação do procedimento e não a sua substituição. Manual de Direito Processual Civil. 17 ed., op. cit., p. 958.

39. O legislador aqui *dixit minus quam voluit*, pois, ao nosso ver, as partes podem também fazer perguntas ao perito e aos assistentes.

40. Trata-se de algo similar ao que ocorre no *common law*: «The specialist skill, knowledge and experience of the expert witness is therefore to be used to assist the court. (...) it is to assist the decision maker (a court, tribunal or other similar body) with the information about the specialist area which is necessary before a decision can be made». Robert Sutherland. Expert evidence – the role, duties and responsibilities of the expert witness in litigation. Expert Witness Training Seminar. 20th April 2009. By <http://www.terrafirmachambers.com>. No sistema norte-americano, confira-se: Federal Rules of Evidence, article VII, rule 702.

a utilização de um contador e de um engenheiro, respectivamente, como profissionais a serem inquiridos pelo juiz e *pelas partes*, tende a diminuir, consideravelmente, os custos. E isso é desejável!

Em conclusão:

Percebe-se no NCPC um movimento na direção de dar às partes mais liberdade para formar o quadro probatório sobre o qual o juiz vai decidir. Essa tendência, dessumível da mera leitura de diversos artigos, gera duas ordens de problemas: a) parte da doutrina, a nosso ver equivocadamente, praticamente identifica a liberdade que têm as partes nos processos em que há a possibilidade de se realizarem negócios jurídicos processuais à sua atuação na arbitragem; b) o NCPC é visivelmente tendente a dar à jurisprudência, e mesmo a certos precedentes isolados, grande força normativa. Isto, a nosso ver, se choca com essa liberdade e deve ser avaliado caso a caso pelo magistrado, que tem, em muitas hipóteses, a responsabilidade de proferir decisão que será tida como verdadeira norma jurídica pela coletividade.

# Nuevo código general del proceso de Colombia

---

*Ulises Canosa Suárez*<sup>1</sup>

*Secretario General del Instituto Colombiano de Derecho Procesal - ICDP*

## I. Antecedentes

A partir de la Ley 1564 del año 2012, con plena vigencia desde el 1° de enero de 2016, Colombia cuenta con un Código General del Proceso (CGP) que regula la actividad en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios y que extiende su ámbito de aplicación a los de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.

El CGP del año 2012 reemplazó el Código de Procedimiento Civil de 1970 (CPC), redactado por Hernando Devis Echandía y Hernando Morales Molina, ordenamiento que, en su momento, constituyó un avance de las instituciones procesales colombianas, especialmente en materia probatoria, al sustituir el sistema de tarifa legal del Código Judicial de 1931, por el de sana crítica en la valoración de las pruebas. Sin embargo, con más de cuarenta años de vigencia del CPC era evidente la necesidad de modernizar su proceso esencialmente escrito y formalista, ineficiente y demorado, que ya no armonizaba con los progresos de los sistemas procesales y probatorios del derecho comparado, ni con los avances de la ciencia, la tecnología y, en general, de la sociedad.

---

1. Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Miembro y Secretario General del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y del Colegio de Abogados Comercialistas. Profesor universitario. Recibió el premio a la Docencia de Excelencia Juan Agustín Uricoechea y Navarro del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario en el año 2005. Tiene maestría en Derechos Humanos en la Universidad Alfonso X El Sabio de España y es candidato a Doctor en Derecho en la Universidad Libre de Colombia. Formó parte de la Comisión Redactora y de la Comisión Revisora del Código General del Proceso de Colombia. Email: ulisescanosa@hotmail.com.

La comisión redactora que se integró en el año 2003 por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, bajo la dirección del Presidente Jairo Parra Quijano, decidió emprender la tarea de redactar un nuevo código siguiendo las características universales que definen la tendencia de transformación supranacional de los procesos judiciales: la constitucionalización del derecho procesal para la realización de las garantías fundamentales, la desformalización de la actuación para descomplicarla en procura del real acceso, la rapidez y la economía, la oralidad con concentración, intermediación y valoración en concreto de la prueba; y la tutela judicial efectiva que comprende esencialmente la realización en el proceso de los derechos reconocidos por la ley sustancial, siempre con menos distancia entre la demanda y la sentencia, porque justicia tardía es denegación de justicia. La reforma integral se estimó indispensable para garantizar un debido proceso, humano y justo, como presupuesto del bienestar, la equidad social y la paz que reclaman las nuevas generaciones de colombianos.

En la preparación del anteproyecto del CGP participaron los miembros del Instituto, más de cien en todo el país, organizados en comisiones de trabajo. El anteproyecto fue ampliamente debatido desde el año 2004. Se publicó en la página Web del Ministerio de Justicia y del ICDP, se envió a los destinatarios relevantes y se realizaron foros y audiencias de presentación y debate en los distritos judiciales. Como consecuencia de la amplia difusión se recibieron abundantes sugerencias que se analizaron en las reuniones de las comisiones integradas por el gobierno con expertos procesalistas, entre ellos magistrados, jueces, abogados litigantes, asesores y profesores universitarios. El CGP contó con una amplia participación de la comunidad jurídica colombiana.

La expedición del código fue un momento histórico en Colombia. El Presidente de la República sancionó la ley 1564 el día 12 de julio de 2012. En el mismo acto el Gobierno Nacional confirió al ICDP la Orden de la Justicia por su consagración durante más de cuarenta años a la causa de la mejora en la administración justicia y por la participación infatigable en el trascendental proceso legislativo del CGP.

No obstante, para el ICDP la beneficiosa transformación del servicio de justicia requiere elementos adicionales: capacitación y pedagogía de la reforma, apropiada selección y justa remuneración del personal judicial, presupuesto suficiente, infraestructura adecuada, salas de audiencias dotadas, oficinas modernas y sistematizadas, trabajo en equipo en los juzgados, acceso a la información judicial, fortalecimiento de la credibilidad del sistema, estímulo a las formas alternativas de solución de conflictos, revisión del mapa judicial, renovación de los sistemas de enseñanza del derecho y cambio de mentalidad de abogados y jueces, quienes reclaman la justicia y quienes la administran, para que apliquen

el espíritu innovador del CGP en los casos concretos que atienden o que deciden. De no ser así, aun cambiando el código, las cosas pueden seguir igual.

El Código General del Proceso sigue en formación. No es un ordenamiento terminado con su promulgación, que más bien fue un punto de partida. Se irá aplicando en toda su dimensión de manera paulatina. Es un código perfectible con las interpretaciones constructivas que está haciendo la doctrina y la jurisprudencia.

## II. Propósitos del CGP

Se fijaron doce propósitos que guiaron las discusiones de las comisiones redactora y revisora y que, como orientadores o faros, expresan la decisión política e ideología adoptada en el CGP<sup>2</sup>:

El primero es la armonización de las instituciones procesales con la Constitución de Colombia de 1991 que dispone la protección de los derechos fundamentales y la prevalencia del derecho sustancial. Además, la Carta Política garantiza el acceso a la justicia y ordena la observancia diligente de los términos procesales. El CPC de 1970, por ser anterior a la CP de 1991, no se aproximó a estos preceptos. Los derechos fundamentales, entre ellos el del debido proceso, deben ser protegidos por su especial relevancia, ya que garantizan la dignidad de la persona humana en su dimensión individual y social, dentro de un marco de libertad e igualdad. Ningún ordenamiento procesal moderno puede ser ajeno a estas garantías. Inicialmente los derechos fundamentales solo se proclamaron. A partir del siglo xx, siguiendo la poderosa tendencia del derecho internacional humanitario, se empezaron a consagrar en las cartas políticas de los Estados. Entre tales derechos destaca el del *debido proceso*, integrado por las garantías mínimas para toda persona dentro de la actuación procesal.

Con estos fines, en las normas rectoras (artículos 1 a 14), que orientan la interpretación del CGP, se incorporaron principios que eran insuficientes en el CPC (artículos 1 a 6) y explican el objeto del código, fortifican el acceso a la justicia para una tutela jurisdiccional efectiva, alientan la igualdad real de las partes, instituyen el proceso oral o por audiencias, fortalecen la concentración e inmediación, la exclusión de excesos rituales manifiestos y robustecen el debido proceso. Estas normas rectoras del CGP, siguiendo a Couture, permiten «*tutelar*

2. CANOSA SUÁREZ, Ulises «Presentación del Código General del Proceso», Libro Colectivo: Ley 1564 de 2012 (Julio 12) con Decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, comentado con artículos explicativos de Miembros del ICDP», coord. Parra Quijano Jairo, Bogotá, 2014, pp. 7-15.

*el proceso para que él a su vez pueda tutelar el derecho»*<sup>3</sup>. El horizonte definido del CGP consistió en alcanzar un proceso justo que reemplace la garantía meramente formal, por la garantía real de los derechos fundamentales<sup>4</sup>.

Además, en esta dirección el CGP cumple lo dispuesto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia 270 de 1996 que en su artículo primero estableció: «...*las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos...*».

El segundo propósito del CGP fue el de dar preponderancia a la oralidad, que se acopla mejor con el nuevo mundo y con el nuevo derecho. Los antiguos sistemas procesales esencialmente escritos ya no satisfacen las necesidades de la justicia civil. En el CGP se estructuró un proceso verbal con tres etapas: a) Una introducción o preparatoria, básicamente escrita, de demanda y contestación; b) Otra fase intermedia o audiencia inicial, en la que con diligencia se busca la conciliación y se aplican medidas de saneamiento para evitar nulidades y sentencias inhibitorias. Además, se realizan interrogatorios a las partes, de oficio y exhaustivos, encaminados a lograr la aceptación del mayor número de hechos y disminuir el decreto de pruebas solicitadas para demostrar hechos controvertidos; c) Una etapa final o audiencia de instrucción y juzgamiento donde se practican las pruebas necesarias, se escuchan los alegatos de conclusión y se emite el fallo. A decisión del juez las dos audiencias pueden convertirse en una. En todo caso, la concentración supone que el juez esté en condiciones de decidir de fondo inmediatamente, porque es impostor del sistema oral aquel proceso en que la sentencia se dicta después de terminada la audiencia de pruebas y alegatos. Para un exitoso desarrollo el CGP contempla la ayuda de medios técnicos con el fin de conservar para el futuro lo acontecido, sin dictados ni actas escritas.

Esta estructura requiere en el CGP<sup>5</sup>: a) Presencia de todos los sujetos en las audiencias, con posibilidad de excusa únicamente por una vez, que justifique

---

3. COUTURE, Eduardo J, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª edición, Buenos Aires, 1981, página 149.

4. «*El proceso justo es el pequeño gran sol del Estado de Derecho que, como garantía efectiva de la defensa, apuntala y reasegura la vigencia de las demás y hace cierto el mandato de afianzar la justicia. La tutela real de los derechos depende de que ese sol alumbre cada vez con mayor luminosidad y fuerza –y para todos- el camino que, con tantos obstáculos y dificultades, ha de transitarse con el fin de hacer cierto el acceso a la jurisdicción*». MORELLO, Augusto Mario, *El Proceso Justo, del Garantismo Formal a la Tutela Efectiva de los Derechos*, Buenos Aires Librería Editora Platense, Abeledo Perrot S.A., 1994, página 657.

5. CANOSA SUÁREZ, Ulises, «*El Proceso Civil por Audiencias*», artículo en el Libro Colectivo de memorias del XVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, coord., Parra Quijano Jairo, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

motivos extraordinarios; b) Predominio de la palabra hablada para la comunicación, con prohibición de remplazar con escritos las actuaciones orales; c) Un juez con amplios poderes de dirección y gobierno y cumplimiento estricto de las partes y sus abogados de los deberes recíprocos; y d) Inmediación y concentración, para que el juez permanezca presente y atento en las audiencias y desarrolle el mayor número de actuaciones en el menor tiempo posible.

El tercer propósito del CGP es la eficacia. El proceso del CGP no es un fin en sí mismo, no se justifica por sí solo; se legitima precisamente al permitir hacer efectivos los derechos que reconoce la ley sustancial, con plenas garantías constitucionales.

Por este derrotero el proceso del nuevo código es dúctil o flexible, no es rígido, ni generador de nulidades. Desapareció en el CGP la nulidad por trámite inadecuado; se permite al demandante convertir un proceso ejecutivo en declarativo, dentro de la misma cuerda procesal, cuando prospera el recurso de reposición contra el mandamiento de pago. Algo similar sucede en el monitorio cuando se formula oposición por el intimado, que no termina por este solo hecho como ocurre en algunos modelos del derecho comparado, sino que, sin necesidad de nueva demanda, continúa en fase declarativa con la audiencia de instrucción y juzgamiento, para resolver de una vez sobre el derecho de crédito reclamado<sup>6</sup>.

En gran medida el adecuado funcionamiento del aparato jurisdiccional de los Estados se trasluce en la posibilidad real de hacer efectivos los derechos que reconoce la ley sustancial. La tutela judicial efectiva, uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, resplandece con fulgor si los asociados cuentan con procesos que permitan la efectividad, propósito que se facilita singularmente en Colombia con el nuevo proceso monitorio y con opciones de ejecución extrajudicial como las que recientemente se trajeron al país por la Ley de Garantías Mobiliarias No. 1676 de 2013, que derogó la centenaria prohibición del pacto comisorio.

En procura de la eficacia el CGP adopta la presunción de acierto de la sentencia de primera instancia con apelación en el efecto no suspensivo; se amplía la posibilidad de medidas cautelares en un sistema mixto donde, además de las típicas, se contempla la genérica o innominada que en cada caso particular el juez encuentre razonable para la efectividad de la pretensión, proteger e impedir la infracción de derechos y prevenir o hacer cesar daños, si existe legitimación en el solicitante y justificación del derecho y su vulneración. Los elementos

6. «...cuanto más culto es un derecho, tanto más se desarrolla en él la tendencia a proporcionar una satisfacción económica al acreedor». MAYER, Ernesto. «El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales», en revista de Historia del Derecho, Cáceres, Universidad de Extremadura, 2005, pp. 11-317.



tradicionales, que antes calificaba únicamente el legislador, esto es, el *fomus boni iuris* o verosimilitud del derecho alegado y el *periculum in mora* o temor razonable y objetivamente fundado de que una situación cambie negativamente durante el tiempo necesario para definir el fondo del asunto, ahora pueden ser apreciados y definidos por el juez en cada caso concreto.

Para la eficacia se complementaron las alternativas de acumulación de demanda con la de inserción en los declarativos que en el CPC solo operaba para ejecutivos; se confirieron efectos generales a la demanda para la constitución en mora y para la notificación de la cesión de créditos; se facultó al juez para investigar bienes del ejecutado y se ampliaron los fines de la casación con el de protección de derechos fundamentales.

El cuarto propósito CGP consistió en facilitar el acceso a la justicia y propender por la desformalización. Al proceso del código general es más fácil entrar y menos complicado actuar. Uno de los aspectos que más atenta contra el derecho al debido proceso es el formalismo extremo propio del proceso escrito, que suele ser desconcertante, fastidioso, meticuloso, subjetivo, irreflexivo, oscilante y siempre perjudicial, porque conduce reiteradamente a la obstrucción, a la tardanza y a la negación de la justicia. El derecho a la tutela judicial efectiva se manifiesta en el CGP con el destierro de obstáculos excesivos o irrazonables que se tornaban en el CPC impeditivos del debido proceso y obstaculizadores del derecho sustancial. Un requisito formal solo es constitucionalmente válido cuando guarda la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida<sup>7</sup>.

En el CGP se proscriben los excesos rituales manifiestos; se amplía la competencia del juez municipal para acercar la justicia al justiciable; se limita al recurso de reposición la posibilidad de alegar defectos formales del título ejecutivo y se prohíbe reconocerlos de oficio, porque el silencio del deudor consolida el derecho del acreedor; se eliminan expresiones del latín; se permite utilizar dialectos oficiales de grupos étnicos; y se ordena tramitar un recurso interpuesto en tiempo aunque el impugnante equivoque la denominación, para que prevalezca el derecho fundamental a recurrir.

---

7. PICO I JUNOY, Joan, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, José María Bosch editor, Barcelona, 1997, pp. 49 y ss. Este autor, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional Español, enseña que los requisitos formales hoy deben ser esencialmente subsanables. Si se omite un requisito meramente formal o hay discusiones sobre la interpretación de la norma que lo exige, el juez debe dar la oportunidad de completar la forma, antes de adoptar una decisión que afecte un derecho fundamental. Debe primar la interpretación que favorezca la conservación de los derechos y que facilite la subsanación de los defectos susceptibles de enmienda. Las decisiones de los Tribunales Constitucionales obligan a los funcionarios juzgadores, en vez de rechazar actuaciones por defectos formales, a poner en práctica trámites de subsanación, para que los requisitos formales se interpreten y apliquen de modo flexible y atendiendo a su finalidad, de tal forma que a su incumplimiento no se anuden consecuencias desproporcionadas o excesivamente gravosas.

El quinto propósito del CGP es la oportunidad. Los procesos eficientes exigen prontitud y temporalidad, esto es, estructuras que permitan agilizar, concentrar y observar los términos judiciales. Con esta finalidad se estableció un año, prorrogable por seis meses, como plazo máximo de duración del proceso, contado desde la notificación a los demandados, con pérdida de competencia del juez a su vencimiento y nulidad saneable de la actuación posterior; se simplificaron y eliminaron trámites; se incluyó en el CGP la posibilidad de dictar sentencia parcial y anticipada, lo mismo que la opción de terminar procesos inactivos o abandonados, de cualquier naturaleza, sin importar la etapa en que se encuentren, con una adecuada regulación del desistimiento tácito que en el primer año de vigencia del código permitió archivar definitivamente alrededor de cuatrocientos mil expedientes sin actuación. Por la misma senda se permitió el desistimiento expreso sin costas o perjuicios.

Los procesos del CGP no serán indefinidos sino transitorios. Las sociedades no pueden conformarse con procesos que duran más de lo debido, hasta convertirse, por perpetuos, en un castigo para los intervinientes. El proceso judicial se ideó para solucionar controversias entre los hombres, no para extenderlas indefinidamente<sup>8</sup>.

El sexto propósito fue la sistematización. Se estimó agotado el método de reformas parciales al CPC, que fueron muchas sin efecto provechoso. La meta fue un nuevo código para reemplazar integralmente el anterior. Acertadamente se acordó mantener la organización general del CPC, integrando armónicamente las reformas útiles realizadas durante cuarenta años de vigencia e implementando otras necesarias para alcanzar un renovado y ordenado código, para una mejor administración de justicia.

La unificación es el séptimo propósito. Se redujeron los procesos de conocimiento, que antes eran ordinarios, abreviados y verbales, en una estructura oral o por audiencias y, además, se estableció el mismo trámite para los procesos ejecutivos cuando el deudor propone excepciones. También se alcanzó la unificación con el metódico análisis que se hizo de las tendencias del derecho comparado, tanto europeo como anglosajón. Se revisó con rigor el Código Modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, se analizó la legisla-

---

8. En el realismo mágico de Cien Años de Soledad, Gerineldo Márquez, que acompañó al Coronel Aureliano Buendía, terminada las batallas de la rebelión, para buscar su pensión, tuvo que continuar con la «*guerra triste de la humillación cotidiana, de las súplicas y de los memoriales, del vuelva mañana, del ya casi, del estamos estudiando su caso con la debida atención.... La otra guerra, la sangrienta de veinte años, no le causó tantos estragos como la guerra corrosiva del eterno aplazamiento. El propio coronel Gerineldo Márquez, que escapó a tres atentados, sobrevivió a cinco heridas y salió ileso de incontables batallas, sucumbió al asedio atroz de la espera y se murió en la derrota miserable de la vejez*», como sucedía a muchos litigantes, en vigencia del CPC, esperando definiciones que tardan más de lo debido. GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *Cien Años de Soledad*. Bogotá, Biblioteca El Tiempo, 2001, p. 190

ción europea, especialmente la española, y la comunitaria en diversas materias; también el sistema anglosajón, por ejemplo para la regulación del dictamen pericial.

El CGP se edificó sobre la base de un género humano cosmopolita e interdependiente, que entrelaza comunidades culturales transnacionales y se enmarca dentro del movimiento reformador que floreció a partir del siglo XVIII, fruto del desarrollo jurídico posterior a la Revolución Francesa de 1789, cuando surgió una avasalladora corriente de renovación procesal, con numerosos puntos de encuentro entre los sistemas del *common law* y los del *civil law*, que de antaño transitaban en direcciones contrapuestas<sup>9</sup>.

El octavo propósito del CGP fue la modernización, que permitió rejuvenecer las instituciones procesales. Se aprovecharon al máximo las ventajas de la tecnología, considerando nuestra realidad social. Colombia no podía seguir anclada en el pasado. Los destinatarios del CGP serán los colombianos de las nuevas generaciones.

La innovación, como herramienta de cambio, es el noveno propósito del CGP, que incorpora las tecnologías de la información y las comunicaciones TIC en la gestión de los procesos, con un Plan de Justicia Digital que facilita la presentación de demandas y memoriales y las actuaciones procesales y probatorias. La innovación está en nuevas figuras como el cambio de radicación excepcional por circunstancias que en un territorio puedan afectar la independencia o la imparcialidad de la administración de justicia; en importantes ajustes para hacer eficiente la investigación de la paternidad, las sucesiones, las pertenencias y las expropiaciones; además de la ampliación del listado de bienes inembargables para engrandecer la protección de la dignidad humana.

Finalmente, es imperativo resaltar la inclusión del novedoso —en Iberoamérica— proceso monitorio, estructurado siguiendo la legislación europea, principalmente el Reglamento (CE) No. 1896 de 2006, para la tutela privilegiada del crédito, que la comisión seleccionó en su modalidad de puro, sin prueba documental y limitado, en principio, a obligaciones dinerarias, de naturaleza contractual y de mínima cuantía (hasta unos 10.000 euros), sin perjuicio que en el

---

9. TARUFFO, Michelle, *Sobre las Fronteras, Escritos sobre la Justicia Civil*, Ed. Temis, Bogotá, 2006, p. 57-85. Dice el autor: «...debe reconocerse una tendencia de transformación o superación de la distinción hacia una «recomposición» y unificación del derecho procesal civil, por la crisis de los modelos tradicionales. Los modelos funcionales se enfocan a la «instrumentalidad del proceso, como medio para conseguir los resultados a los cuales se orienta la justicia civil», con las siguientes características: a) tutela judicial efectiva, que comprende esencialmente la posibilidad y realidad de acceso a la justicia; b) la rapidez en la solución, porque *justice delayed is justice denied*; y c) adecuación específica del procedimiento a las finalidades de tutela de las distintas situaciones jurídicas...»

futuro se amplíe su campo de aplicación, como se hizo en otros países<sup>10</sup>. El monitorio contribuirá al desarrollo económico, al procurar el acceso a la justicia de quienes intervienen en relaciones informales, basadas en la confianza, de circulación y distribución de bienes y servicios, sin títulos de recaudo<sup>11</sup>.

El décimo propósito es la desjudicialización que permitirá cuidar con esmero y solidaridad el valioso y escaso tiempo judicial. Así por ejemplo, en el artículo 293 del CGP se contempla la posibilidad de lograr la cancelación y reposición de títulos valores sin intervención judicial, que en el CPC no era posible y que obligaba a quien había sufrido el deterioro o extravío de un documento de esta clase a judicializar su petición, con el consecuente desgaste de tiempo y dinero para las partes y para la administración de justicia.

Con este propósito en el último inciso del artículo 94 se establece una nueva forma de interrupción de la prescripción en los siguientes términos: «*El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez*». La nueva disposición hace posible ampliar el término de la prescripción extintiva o liberatoria en otro tanto, para evitar que, como sucedía en vigencia del CPC, los acreedores se apresuren a demandar con el único fin de lograr la interrupción civil. Ahora el acreedor podrá esperar, por ejemplo, a que la situación económica del deudor mejore y ahí sí, de persistir el incumplimiento, optar por la demanda. El deudor por su parte, si bien estará expuesto por un tiempo mayor, se beneficia cuando no se judicializa la petición de pago, alternativa que incrementa las sumas a su cargo por costas. Al correr el nuevo término naturalmente disminuyen las posibilidades de judicialización futura si la situación del deudor se mantiene intacta<sup>12</sup>.

La transparencia es el penúltimo propósito. Fue una de las ideas cardinales que inspiró un gran número de disposiciones, por ejemplo las que exigen la presencia de todos en la audiencia. Además, se robustece al juez como director del proceso, que es una apuesta de confianza y visibilidad frente a la comunidad, en pro de la publicidad, la imparcialidad, la intermediación y la adecuada motiva-

10. CANOSA SUÁREZ, Ulises, «*El Proceso Monitorio*», artículo en el Libro Colectivo Código General del Proceso Comentado del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, coord., Parra Quijano Jairo, Bogotá, año 2014, pp. 361-380.

11. HINESTROSA, Fernando, Tratado de las Obligaciones, Concepto, Estructura y Vicisitudes, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 562. En la obra se citan las siguientes palabras de Galgano que ilustran las ventajas económicas del monitorio: «*Cuando mayor sea el porcentaje de obligaciones cumplidas, tanto mayor será el beneficio para todo el sistema económico, ya que cumplir las obligaciones significa incrementar la circulación de la riqueza, aumentar la producción de bienes y servicios, en una palabra, contribuir al desarrollo económico*».

12. CANOSA SUÁREZ, Ulises, «*Interrupción de la prescripción en el nuevo CGP*», artículo en el Libro Colectivo del ICDP: Derecho Procesal Colombiano Tendencias, Críticas y Propuestas en homenaje al maestro Jairo Parra Quijano, Bogotá, año 2016, pp 31-40.

ción; las partes se cruzarán por correo electrónico sus memoriales; se creó un registro nacional de emplazados que es accesible permanentemente; las conductas reticentes u obstructivas, por ejemplo la de impedir la práctica de una prueba, ya no será apreciadas como simple indicio, sino como confesión presunta; son mayores las exigencias de explicación en la respuesta a la demanda encaminadas a desterrar el evasivo «*no me consta*»; ahora la objeción al juramento estimatorio debe ser especificada y razonada para impedir la *chicana* de radicar la carga de la prueba en la parte contraria; desconocer un documento exige en el CGP la explicación de sus motivos; se faculta al juez para verificar la autenticidad y veracidad de excusas; una información más completa debe suministrar el perito de parte bajo el supuesto que a mayor información más publicidad y a más publicidad mayor contradicción.

El último propósito es la economía, que es una directa, favorable y proporcional consecuencia de la desformalización y de la oportunidad. Para economizar el CGP elimina requisitos que encarecen, como los reconocimientos y las autenticaciones. Entre otras medidas se elimina el grado jurisdiccional de consulta y se dispone que los embargos de dinero se hagan en depósitos rentables para el afectado. Por otra parte, se acaba con la imprescindible póliza para solicitar embargos previos que en los ejecutivos exigía el CPC. Finalmente, el curador ad litem, en aplicación del principio de solidaridad, no tiene costo para las partes.

### III. Novedades probatorias del CGP

En el Libro Segundo sobre Actos Procesales continúa el Régimen Probatorio en un Título Único, conformado por diez capítulos, uno más que el CPC, porque a la prueba por informe, que antes se encontraba dentro de la prueba pericial, se le confiere autonomía para que, al tenor del artículo 275 del CGP, de oficio o a petición de parte, cualquier persona o entidad, pública o privada, suministre informes «*sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal*». Dentro de las principales novedades, se encuentran las siguientes:

**1. FACULTADES PROBATORIAS DEL JUEZ:** Siguiendo la preceptiva constitucional, el CGP utiliza el proceso como una «*comunidad solidaria de trabajo*» para el averiguamiento de la verdad y propende por la igualdad real mediante la prueba de oficio y la distribución de la carga de la prueba. Se abandona, por insuficiente, la concepción clásica y estática, para acoger la dinámica que flexiblemente permite exigir la prueba a quien esté en mejores condiciones de aportarla en el caso concreto, cuando las reglas tradicionales de repartición no

se acompañan con el «*principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción*»<sup>13</sup>.

Es así como en el primer párrafo del artículo 167 del CGP dispone: «*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*». Agrega el segundo inciso: «*No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares*».

Para evitar sorprender a una parte con la asignación de una carga probatoria que inicialmente no tenía, el tercer inciso del artículo 167 CGP estatuye: «*Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código*».

Por el mismo derrotero se fortalece en el artículo 170 del CGP el decreto de pruebas de oficio al reemplazarse la expresión «*podrán decretarse pruebas de oficio*», por una imperativa: «*El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia*».

Estas instituciones reflejan la corriente ideológica preponderante en el nuevo ordenamiento. Se destierra la concepción del proceso como «*juego de partes*», esto es como el «*estéril y árido juego de fuerza y de destreza*» de que habló Calamandrei<sup>14</sup>.

13. PEYRANO W., Jorge y otros. Cargas Probatorias Dinámica, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 20.

14. Hasta el siglo XIX, el proceso civil se desarrollaba fuera de audiencia, como algo privado o «*cosa de las partes*», sin la presencia del juez quien, además, carecía de poderes de dirección e investigación y permanecía distante, como un espectador llamado sólo para decidir, al final del proceso, con fundamento en los escritos que los abogados de las partes se habían «*cambiado*». «*El temor de que el juez, al entrar «en la arena» terminase por perder su imparcialidad, era tan grande que incluso las pruebas eran asumidas con frecuencia en ausencia del juez, el cual, por consiguiente, no tomaba conocimiento directo de ellas, sino solamente indirecto, a través de los protocolos o «verbales» (actas) escritos, redactadas por secretarios.... La escritura se consideraba casi como un escudo del juez contra las tentaciones y los peligros de la parcialidad. La misma era, en realidad, la barrera, el diafragma que separaba al juez del proceso y de aquellos que del proceso son los verdaderos protagonistas: sobre todo, las partes y los testigos*». CAPPELLETTI,

**2. DECLARACIÓN DE PARTE:** Si se compara la enumeración de los siete medios típicos del 175 del CPC, con los nueve del 165 del CGP, se encuentra que, además de la independencia de la prueba por informe, el nuevo código, junto a la confesión, considera a la declaración de parte como medio de prueba.

El saber de las partes, enaltecido por el consolidado deber de veracidad propio de la oralidad, se utiliza en el CGP como fuente de prueba, no sólo cuando produce consecuencias adversas al confesante, que era la regulación del CPC. Ahora es un medio de prueba libremente valorable, de manera articulada, esto es, con y como los demás, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La declaración de la parte, por su interés en el resultado favorable, históricamente fue objeto de intensas polémicas. En el sistema de la tarifa legal, para suplir la inexperiencia del juez y asegurar la uniformidad del criterio del soberano, se escogieron unos medios específicos y ciertos criterios de valoración en abstracto: se debía creer al mayor número de testigos y se establecieron inhabilidades para declarar por edad (menores de 12 años como decía el CPC), por número (testigo uno, testigo nulo) y por calidad, como tener el atributo de parte (nadie podía ser testigo y parte en su propio juicio), salvo cuando el dicho comportaba confesión. Para el efecto, solo se reguló en los códigos del pasado el interrogatorio de contraparte, limitación que en Colombia llegó hasta el CPC, a pesar que muchos países, tanto del *common law*, como del *civil law*, empezaron a eliminarla desde hace siglos.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10), está la prerrogativa de toda persona a ser oída públicamente para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil. Los modernos sistemas que adoptan la oralidad, entre ellos el CGP, engrandecen el significado del contacto personal del juez con las partes y, prácticamente sin excepción, reconocen la eficacia probatoria de la simple declaración de parte, obtenida en un interrogatorio libre que podrá ser ordenado en cualquier momento, sin perjuicio del interrogatorio formal con miras a obtener la confesión de la contraparte.

Sobre el particular Mauro Cappelletti enseñó: «*el sujeto mejor informado de los hechos deducidos en juicio es normalmente la parte misma*». Y agregó: «*no puede haber una efectiva realización de la concepción de la oralidad en un proceso en el cual no se haya valorizado plenamente el interrogatorio libre de la parte... como un examen o un coloquio de las partes ante el juez sobre los hechos de la causa, del cual el juez pueda sacar elementos para formar su propio libre convencimiento sobre la verdad de los hechos*»<sup>15</sup>.

---

Mauro, *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*, Breviarios de Derecho, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973, pp. 47 y 48.

15. CAPPELLETTI, Mauro, *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, Librería Editora Platense, La Plata, 2002, Tomos I y II. Agrega que en 1890 Franz Klein, al referirse precisamente a la novedad de utilizar el interrogatorio de

3. **DOCUMENTOS**<sup>16</sup>: Un ejemplo paradigmático de acceso y desformalización en el CGP, también de eficacia, transparencia, innovación, modernización, rapidez y economía, es la amplia presunción de autenticidad de todo tipo de documentos, conforme con la presunción de buena fe del artículo 83 de la Carta Política. Para garantizar plenamente el derecho de contradicción se previeron precisos mecanismos de tacha de falsedad y desconocimiento.

El artículo 244 extiende la presunción de autenticidad a todos los documentos sin distinguir su origen (de las partes o de terceros), su naturaleza (públicos y privados), su forma (originales o copias, físicos o electrónicos), su identidad (manuscritos, suscritos, elaborados, con voz o con imagen), su contenido (dispositivos, declarativos o representativos), su efecto (demandas, contestaciones, memoriales incluso de disposición de derechos, sustituciones de poderes y títulos ejecutivos), ni su destino (para todos los procesos y jurisdicciones).

Los documentos ya no requieren sellos de notarios, presentaciones personales, reconocimientos, ni autenticaciones para tener eficacia probatoria. Ningún litigante podrá solicitar, ni un juez exigir, en ninguna jurisdicción, autenticaciones como requisito para que un documento, original o en copia, físico o electrónico, pueda ser considerado probatoriamente. Toda la doctrina y jurisprudencia, de todas las jurisdicciones, que fue abundante en discusiones bizantinas sobre este inútil formalismo, en buena hora se está olvidando a partir de la vigencia del CGP.

Únicamente requerirán presentación personal los poderes (artículo 74 CGP) y exigirán autenticación los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención (artículo 251), que se aportarán apostillados o debidamente autenticados.

Si bien un documento público o privado demuestra en principio lo que representa, la presunción de autenticidad, que por lo general concierne a la certeza sobre la autoría, conformidad con un ejemplar anterior e integridad, no implica de suyo la veracidad o correspondencia del contenido con la realidad. La veracidad será determinada por el juez en cada caso, apreciando la prueba en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Las partes podrán probar contra lo que dice el documento que se presume auténtico.

---

parte como prueba testimonial, anotó: «Con nuestro instituto sucede lo mismo que con casi todas las innovaciones del progreso humano. En un primer momento resultan extrañas y en raro contraste con las costumbres, y originan la crítica más violenta. Una vez puestas en práctica y perfeccionadas, de pronto se tornan transparentes e indispensables y nadie entiende ya cómo las cosas pudieron alguna vez funcionar de otra manera».

16. CANOSA SUÁREZ, Ulises, «Código General del Proceso —Declaración de parte— Documentos », artículo en el Libro Colectivo de Memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, año 2014.



**4. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES:** El CGP exige que en la sentencia el juez califique la conducta relevante de las partes para deducir indicios de ella. Dice el nuevo artículo 280 sobre el contenido de la sentencia, siguiendo el derecho comparado, que *«El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella»*<sup>17</sup>.

La disposición es una de tantas que refleja el indiscutible abandono del CGP al individualismo, legalismo y formalismo tan poco garantista del juez espectador. Un juez con amplios poderes para la efectividad de los derechos, plenamente consolidados en las corrientes universales del procesalismo moderno, tendrá que valorar, en todos los casos, el comportamiento de los sujetos del proceso, de manera ponderada, objetiva y razonada, para encontrar argumentos o elementos de convicción<sup>18</sup>.

Esta calificación implica un juicio o valoración de las conductas desarrolladas por las partes, sus representantes o apoderados. El análisis se hará bajo una óptica esencialmente axiológica, de acuerdo con los principios y los valores superiores que informan el CGP, entre ellos los de solidaridad y los deberes, también el de contribuir al establecimiento de la verdad, además de los dictados de la ética, la lealtad, la probidad, la buena fe y la honradez, que se encuentran consagrados en la Carta Política y en el CGP para que los procesos judiciales cumplan su finalidad.

Los jueces habrán de dimensionar la determinante importancia de aplicar estrictamente la nueva disposición, no solo para los fines probatorios en el caso específico, sino para promover siempre en los procesos una mejor actitud de las partes y los abogados, efecto profiláctico, promotor de buenos comportamientos y disuasorio o preventivo de inconductas, corolario que resulta fundamental para que el proceso oral pueda cumplir su finalidad de facilitar una eficiente y pronta administración de justicia<sup>19</sup>.

17. El juez valorará el comportamiento de los sujetos para encontrar elementos de convicción y, correlativamente, las partes sabrán que no es intrascendente comportarse de uno u otro modo. Sus actos serán evaluados, positiva o negativamente, su buen o mal actuar, su conducta correcta o su *«inconducta»*, *«autocontradicción»* o *«intercadencia»* será considerada para definir la suerte de sus pretensiones. *«La autocontradicción o intercadencia es la versatilidad, inconstancia en la conducta o en los afectos. La prueba de intercadencia se da en el Derecho Procesal, cuando una de las partes litigantes no es constante en el tenor de sus dichos. Y ello sucede muchas veces dentro de la peripecia procesal»*. ACOSTA, Daniel Fernando, Valoración Judicial de la Conducta Procesal, en obra colectiva dirigida por PEYRANO, Jorge W, Editores Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 80.

18. TEPSICH, María Belén explica que si como demandante o demandado decido contar la verdad a medias, tergiversarla, ocultarla o impedir o retardar su descubrimiento, ejercitando plenamente mi libertad, usando o abusando de ella, mi comportamiento *«va dejando una huella»*, primero en mí mismo y luego en el espejo de la realidad que el juzgador atento podrá apreciar e interpretar. En obra colectiva coordinada por PEYRANO W, Jorge, *Valoración judicial de la conducta procesal*, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005. p. 293 y siguientes.

19. BALESTRO FAURE, Myriam T., anota sobre el particular: *«Nos atrevemos a decir que aún en los supuestos en que la sanción no se aplica y la inconducta no modifica el resultado del pleito, los jueces deberían dejar constancia de ella en*

**5. OTRAS NOVEDADES:** a) El juramento estimatorio, según el artículo 206, es requisito de la demanda para el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras. La objeción tendrá que especificar razonadamente la inexactitud que se atribuya a la estimación; b) Se incluye la doble vuelta de preguntas en la recepción de declaraciones, «*con fines de aclaración y refutación*», que no estaba expresamente prevista en el CPC y se precisa que las objeciones a preguntas deberán limitarse «*a indicar la causal y el juez resolverá de plano y sin necesidad de motivar, mediante decisión no susceptible de recurso*»; c) La inspección judicial es excepcional. Sólo se ordenará cuando no sea imposible verificar los hechos por videograbación, fotografías u otros medios; d) Cuando alguna de las partes impida u obstaculice la práctica de la inspección o del dictamen, se presumirán ciertos los hechos que se pretendían demostrar; e) Ya no será necesario, según el artículo 177, presentar resoluciones, circulares y conceptos de autoridades administrativas cuando estén publicadas en la página Web de la entidad pública correspondiente, medida que amplifica la excepción de prueba por notoriedad; f) En los artículos 178 y 179 se unifican y afinan las disposiciones sobre prueba de la costumbre que estaban duplicadas con inconsistencias en los artículos 6, 8 y 9 del Código de Comercio; g) El artículo 190 autoriza a las partes para que, de común acuerdo practiquen pruebas o deleguen su práctica en un tercero. Es una posibilidad que no estaba en el CPC; fue introducida por el Decreto 2651 de 1991. Aunque tuvo poca aplicación práctica, con buen criterio se mantuvo. Requiere que los abogados tengan presente que defender intereses contrarios no significa necesariamente asumir procesalmente comportamientos opuestos; h) Los artículos 187 y 188 autorizan recepcionar testimonios directamente. La parte contra quien se presenten podrá solicitar que el testigo concorra a la audiencia para interrogarlo. Si el testigo no concurre, su testimonio extraprocesal no tendrá valor; i) Las providencias que rechazan pruebas, en el sistema del CGP, serán siempre sucintamente motivadas y recurribles en reposición y apelación, porque el acceso a la prueba forma parte del acceso a la justicia; j) Un motivo adicional de rechazo de pruebas surge del incumplimiento del nuevo deber, previsto en los artículos 78 No. 10, 85 No. 1 y 173, de abstenerse de solicitar pruebas «*...que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida...*». El juez podrá utilizar sus poderes de ordenación e instrucción (artículo 43) para «*Exigir a las autoridades o a los particulares la información que, no obstante haber sido solicitada por el interesado, no le haya sido sumi-*

---

*sus fallos. Se nos preguntará que con qué fin proponemos esta práctica. Con el mismo que alienta esta búsqueda. Con el único fin de promover la moralización del proceso y el cumplimiento de los deberes de las partes y los jueces dentro del marco de la ley, de los principios que la informan y también de las posibilidades reales de los tribunales de la época. Pensamos además que los litigantes —y muy especialmente los letrados— que observen una buena conducta procesal deberían sentir que alguien nota la diferencia». Ibid., p. 32.*

*nistrada, siempre que sea relevante para los fines del proceso»; k) El artículo 171 autoriza al juez para practicar pruebas «...a través de videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción»; l) Siempre que sea necesario verificar hechos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, las partes deberán contratar directamente y aportar el dictamen pericial con las constancias previstas en el artículo 226 para la adecuada publicidad, contradicción y valoración. La parte contraria, a diferencia de lo que acontecía en el CPC, podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia para interrogarlo. Si el perito no asiste el dictamen no tendrá valor.*

# Los retos de una reforma a la justicia civil. Una lectura desde Panamá

---

Abel Augusto Zamorano<sup>1</sup>

A comienzos de la pasada centuria Don Miguel de Unamuno se preguntaba en su conocida obra *Del sentimiento trágico de la vida*: «¿Y qué es el derecho a la vida? Me dicen que he venido a realizar no sé qué fin social; pero yo siento que yo, lo mismo que cada uno de mis hermanos, he venido a realizarme, a vivir»<sup>2</sup>. En efecto, Unamuno, quien fuera rector de esta benemérita casa de estudios, la madre de las universidades de Iberoamérica que celebra su octavo centenario, quería enfatizar en esta cita, como en casi todos sus escritos, una primacía de la existencia concreta, situada históricamente, con sus sentimientos, sus dramas y sus aspiraciones, por encima de elucubraciones lógicas o de artificios gramaticales.

Y es precisamente ese énfasis en una historia concreta, en la que el ser humano concreto debe vivir y realizarse, el que por décadas ha parecido estar ausente de las elaboraciones jurídicas de nuestro continente, en el cual, sin un suficiente proceso de interpretación y de adaptación, hemos trasplantado infinidad de instituciones jurídicas en todas las ramas del derecho, las cuales, a pesar de estar caracterizadas por una lógica jurídica impecable, que las hizo eficaces en sus contextos de origen, en muchos casos se han mostrado problemáticas en nuestros países, más aún cuando deben armonizarse con otras normas e instituciones, dentro de sistemas jurídicos que han hecho del trasplante de criterios normativos su *modus operandi* normal.<sup>3</sup>

---

1. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Miembro de la Sociedad Internacional de Derecho Procesal, Presidente del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Profesor Titular de Derecho Procesal en pregrado y postgrado de la Universidad de Panamá, y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

2. DE UNAMUNO, Miguel. *Del sentimiento trágico de la vida*. Capítulo I. *El hombre de carne y hueso*. Ebook.

3. Para una excelente visión de conjunto del derecho latinoamericano, véase CARBONELL, Miguel y otros. *Estado de Derecho. Conceptos, fundamentos y democratización*. Unam, Itam, Siglo XXI Editores. México, 2002.

Esta problemática no es extraña en la jurisdicción civil, la cual, desde sus orígenes, ha estado llamada a servir de instrumento para una vida plena y feliz para los ciudadanos a la que se refiere Unamuno, y que estaba presente ya en el pensamiento ilustrado de Francis Hutcheson con su célebre imperativo ético y jurídico de «*buscar siempre el mayor grado de felicidad para el mayor número de personas*», máxima llevada hasta sus últimas consecuencias por el pensamiento jurídico utilitarista.

Y hacemos referencia a los orígenes de las instituciones civiles, porque para nadie es un secreto que nuestro derecho civil nace, principalmente, de los usos, costumbres e instituciones generadas en la transición de la Roma republicana a la imperial, tal como bellamente lo recoge el historiador del derecho Fustel de Coulanges en su conocida obra *La ciudad antigua*.

El hecho de que el derecho civil nazca de la costumbridad ciudadana, y que constituya un pilar para una vida feliz, pacífica y realizada de los ciudadanos, pone de manifiesto dos grandes retos para reformar la justicia civil en nuestros países; de un lado, el clarificar el rol del Estado en dichas reformas, y, por otro, el dilucidar los canales y espacios de la participación de los ciudadanos con miras a una mayor eficacia de las mismas.

Así pues, respecto del primer reto, es importante recordar que, una tarea medular de todo Estado democrático de derecho es la de estructurar un sistema de administración de justicia, dirigido a permitir a los ciudadanos el acceso a la autoridad, a fin de tutelar los derechos consignados en la norma.

La jurisdicción y el proceso se convierten así en un espacio público donde las partes deberán debatir, en forma civilizada, los valores que la sociedad ha determinado como mínimos para que sus miembros puedan llevar adelante sus proyectos de vida buena, tal como lo recoge John Rawls en su *Teoría de la justicia*.<sup>4</sup> La base sobre la que ha de erigirse este sistema es, obviamente, el Debido Proceso, el cual representa, como es de dominio común, un conjunto de garantías a los asociados frente al ejercicio del poder por parte de los gobernantes.

Así pues, el Estado Moderno, en atención a su naturaleza, requiere de un sistema de administración de justicia cónsono con las bases del Estado de Derecho. Eso debe permitir la estructuración de un modelo de gestión judicial que optimice la tutela efectiva de los derechos de sus asociados.

---

4. RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de cultura económica, México, 1995.

En este sentido, por sistema podemos entender, en un plano general, un conjunto de elementos en interacción, de funciones que operan en armonía o con un mismo propósito, de allí que, por su propia naturaleza, deba poseer reglas o normas que regulen su funcionamiento y, como tal, pueda ser entendido, aprendido y enseñado. Este dato, sin que necesariamente se entienda en el sentido de la *Teoría de sistemas* aplicada al derecho por Niklas Luhmann, llama a una coherencia y planificación integrada de la administración de justicia por parte del Estado, dejando de lado la fragmentación y las visiones parciales en las reformas que suelen caracterizarnos.

Desde esta perspectiva, cualquier sistema, más o menos complejo, debe poseer una coherencia interna que le otorgue sentido y unidad a su operación. En general, los elementos o módulos de un sistema interactúan y se interrelacionan entre sí. En ocasiones, existen subsistemas dentro de un sistema. Por lo tanto, todo sistema se compone de un aspecto estructural (límites, elementos, red de comunicaciones e informaciones) y un aspecto funcional.

En el caso del sistema de gestión en el ámbito jurídico, una condición necesaria en el Estado de Derecho y en la democracia implica la obligatoriedad de estructurar un sistema de administración de justicia dirigido a permitir a las personas el poder acudir ante la autoridad con el fin de tutelar los derechos consignados en la norma.

Desde estos supuestos, la jurisdicción y el proceso se convierten en un espacio público donde las partes deberán debatir, de manera civilizada, acerca de los valores que la sociedad ha determinado como mínimos para que sus miembros puedan llevar adelante sus proyectos de vida.

En aras de maximizar los niveles de tutela, es responsabilidad de los Estados, de los organismos encargados de administrar justicia, así como de los asociados, la evaluación del desempeño de estos órganos. Esto con el propósito de propiciar e implementar ajustes o cambios trascendentales, con la finalidad de elevar los niveles de gestión y calidad.<sup>5</sup> Este propósito ha sido precisado, entre otros documentos, en la Carta Iberoamericana de calidad en la gestión pública, propuesta por el Consejo latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), en su Asamblea del año 2012.<sup>6</sup>

En el caso de Panamá, desde el año 2015, el sistema de administración de justicia, en la esfera civil, ha sido sometido a evaluación, de cara a efectuar modifica-

5. Para una profundización sobre las reformas al Estado en América latina, véase LORA, Eduardo. (Ed) *El estado de las reformas del Estado en América Latina*. Foro sobre desarrollo de América latina. Banco Mundial, 2007.

6. Documento disponible en: <https://map.gob.do/wp-content/uploads/2012/03/Carta-iberoamericana-de-la-calidad.pdf>

ciones sustanciales de carácter estructural. Tres años después del momento en que se presentó el proyecto, aún existen especialistas de la materia que expresan su preocupación en cuanto a la posibilidad de alcanzar los objetivos propuestos.

No cabe la menor duda de la necesidad de implementar, a la mayor brevedad posible, una serie de cambios que permitan simplificar los procesos sujetos en esta rama del Derecho, en lo referente al tiempo de tramitación de cada proceso en materia civil, para garantizar la tutela judicial efectiva y para acercar más más la administración de justicia civil a nuestras realidades. Sin embargo, dicha iniciativa no se ha puesto en marcha, pues sólo se ha acogido sin entrar en debate por parte de la Asamblea Nacional, a pesar del tiempo transcurrido desde su presentación, el día 21 de septiembre de 2015.

Se trata del Proyecto 244 «Reforma el Código Judicial, para la simplificación del procedimiento civil». Con ese proyecto se busca simplificar el proceso ordinario, con la finalidad de hacerlo eficiente para resolver cualquier negocio jurídico en un tiempo más razonable y, a la vez, incentivando la economía procesal. Dicho Proyecto de Ley, contiene 358 artículos, en los cuales se proponen modificaciones sustanciales en el proceso ordinario y sumario.

En torno de este proyecto, se ha querido abrir un debate público, con el cual se pretende apuntar al segundo reto, cual es el de acercar la ciudadanía, con su carga axiológica, para una más eficaz administración de la justicia civil. En dicha tarea, se ha abierto un gran debate priorizando la calidad de las modificaciones que han de implementarse, considerando que las reformas se diseñan con base en evidencias, en experiencias y en vivencias de nuestra cotidianidad, y no en consideraciones meramente lógicas y formales.

En dicho debate, se han incorporado una serie de factores deben ser valorados, a efectos de implementar la reforma. El primero hace referencia a la obligación del Órgano Ejecutivo de proveer al Órgano Judicial de los recursos de conformidad con lo establecido en el texto constitucional. La falta de tales recursos atrofia el proceso de reformas, toda vez que se requiere de una serie de gastos para su implementación.

En segundo lugar, se hace referencia al derecho de acceso a la justicia; este se presenta mediante tres ámbitos diferenciados. El primero es el acceso propiamente dicho, el cual implica la posibilidad de acceder al sistema de administración de justicia, para lo que se requiere la estructuración de un sistema administrativo que abarque todo el país, con Magistrados y Jueces, los cuales deben ser independientes en su ejercicio, así como de una causa procesal establecida por la ley para la tutela de los derechos violados. En segundo lugar, se hace necesario que el servicio prestado sea de alta calidad, con el fin de lograr un

pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial y, por último, el derecho de los ciudadanos de recibir información por parte de los Órganos de Gobierno, para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos.

En el ámbito de acceso a la justicia, la independencia judicial representa un factor fundamental en el debate jurídico que emerge en virtud de la relación procesal. Esta implica la plena soberanía de los investidos para administrar justicia, para que ejerzan la función de tutela y la aplicación del Derecho Objetivo, sin subordinación ni sumisión que no sea frente a la ley.<sup>7</sup>

Desde esta perspectiva es claro que la función jurisdiccional no debe admitir ningún tipo de injerencia procedente de particulares, órganos públicos u otros órganos jurisdiccionales. Ya que como es apenas obvio, el juzgador, no debe parcializarse por algún tipo de interés al margen del proceso, al momento de decidir.

Con base en estos supuestos, en el proyecto en mención, se establecieron una serie de normas con el objeto de garantizar el derecho a un fácil acceso a la justicia para todos los ciudadanos en igualdad de condiciones, e igualmente se introdujeron varias disposiciones tendientes a una garantía efectiva de la independencia judicial. En este sentido, se pretende consagrar la estabilidad de los Magistrados y Jueces, así como lo referente a su remuneración, incompatibilidades y a un sistema transparente de nombramientos. En igual sentido, se pretende garantizar la imparcialidad en el ejercicio de la judicatura, al lado de otros importantes derechos consignados en la Constitución Nacional y en el Código Judicial.

Históricamente, este proyecto de reforma a la justicia civil responde al reclamo de la sociedad civil, quien por años, demandó de parte de los Órganos de Gobierno la realización de cambios profundos en la administración de justicia, con el objeto de garantizar el acceso a justicia en forma efectiva, de conformidad con lo establecido en los convenios internacionales, así como en la Constitución.

Dichos antecedentes recientes se remontan al año 2005, en el que, a raíz de unas fuertes y controversiales declaraciones del entonces Magistrado Adán Arnulfo Arjona, se agravó la crisis en la administración de justicia en el país. En dicha coyuntura, el presidente Martín Torrijos nombró entonces una comisión a la que se llamó *Pacto de Estado por la Justicia*, nombramiento que incluyó un compromiso del Estado de restaurar y modernizar el sistema judicial panameño.

---

7. Para profundizar en la importante temática de la independencia judicial, véase BURGOS, Germán. *Independencia judicial en América Latina: ¿De quién?, ¿Para qué?, ¿Cómo?* Publicaciones Ilsa. 2003.



Desde ese entonces, transcurrieron 10 años hasta que el actual Presidente de la República, Juan Carlos Varela, sancionara la Ley 53 de 2015, que regula la carrera judicial, después de intensos debates, consultas, y tres audiencias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Dicha *Ley de Carrera Judicial*, prevé que los suscriptores del Pacto de Estado por la justicia tienen como tarea establecer y promover el funcionamiento de *Unidades Técnicas* que faciliten el desarrollo y aplicación de sus disposiciones, así como establecer los procedimientos para el ingreso, traslado y ascensos de aspirantes en las vacantes que se produzcan, mediante la demostración de las competencias y destrezas que deban poseer para su desempeño, previa acreditación de sus antecedentes y méritos.

El tercer aspecto gira en torno al diseño de gestión que se implementará, con el objetivo de elevar los niveles de eficacia funcional y estructural del sistema.

De cara a una mejor implementación de las reformas de la administración de justicia civil en Panamá, el equipo redactor del proyecto, realizó un trabajo de derecho comparado, analizando la legislación chilena y española, entre otras. En el caso de Chile, vale la pena resaltar que este país cuenta con una norma o código especial, con el que se regulan únicamente los procesos civiles, no siendo el caso de Panamá, que tiene un solo Código Judicial que contempla dentro de sí varias jurisdicciones, separado por libros, siendo el libro segundo del procedimiento civil que regula las normas generales y especiales.

A manera de ejemplo de las reformas propuestas, quisiera hacer una breve revisión sinóptica del proceso ordinario civil en las legislaciones chilena<sup>8</sup> y panameña. A este respecto, vale la pena resaltar que se trata de un procedimiento escrito, sin excepción alguna, al cual se le conoce en Chile como «juicio ordinario», mientras que en Panamá es llamado «proceso ordinario».

El proceso ordinario puede ser iniciado por medio de una demanda o, menciona la ley, prepararse para una medida prejudicial; sin embargo, siempre será necesaria la interposición de la demanda.

Es nuevo para nosotros el concepto de medida prejudicial; sin embargo, en Chile se le denomina así a los medios que poseen las partes en el proceso para preparar su entrada en la litis, y/o asegurar el resultado práctico de una futura

---

8. Para una profundización sobre la legislación civil chilena, que históricamente ha tenido gran influjo sobre otras legislaciones latinoamericanas, véase la magna obra *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas*. Editorial jurídica de Chile, 1998.

pretensión.<sup>9</sup> Puede ser que el futuro demandante o demandado necesiten contar con algunos datos, determinados documentos o algunos medios de prueba para decidir entrar a juicio y/o preparar su defensa. Tal medida se toma en cuenta a la hora de evaluar las posibilidades de éxito de una pretensión, además de procurar la conservación de bienes suficientes para la ejecución de una futura sentencia favorable.

Siguiendo la estructura del proceso ordinario en Chile, presentada la demanda, se surtirá traslado al demandado y el mismo tendrá la oportunidad de contestar la pretensión en un término de quince días. Por su parte, en la legislación panameña, se le otorga un plazo o término de cinco días en los procesos ordinario de menor cuantía, o diez días en el proceso ordinario de mayor cuantía.

Chile tiene un mecanismo distinto, se da dentro del mismo proceso la réplica, permitiéndole al demandante por una sola vez, contestar en casos de reconvencción, donde podrá responder a las observaciones del demandado, por medio de un «escrito de réplica», el cual responde el demandado, también por escrito; a ambas partes se les dará el término de seis días.

En nuestra opinión este mecanismo o acto procesal, permite al juez conocer del conflicto de manera más amplia y, de igual forma, las partes tendrán oportunidades amplias para expresar su posición, sustentándola desde un marco jurídico.

En ese caso, luego del análisis del juez, y si llegase a determinar que no hay lugar para la controversia, citará a las partes para dictar sentencia, de existir hechos controvertibles, el juez citará a las partes para avenirlas mediante audiencia. De no ser posible, se procederá como el proceso ordinario panameño establecía, abrir el proceso a pruebas. En la legislación de Chile generalmente el término probatorio será de veinte días, donde las partes en común acuerdo podrán reducir el término, tiempo más que suficiente para aducir las pruebas; cuando haya de dictar sentencia se hará en un plazo de sesenta días, y se citaran a las partes a ser oídas.

En España, el proceso ordinario civil es conocido de igual forma que en Chile, como el juicio ordinario civil, caracterizado por el procedimiento civil con mayor complejidad en su práctica (LEIVA, 2013).

En cuanto a la estructura del proceso ordinario o juicio ordinario civil en España, a modo de resumen, será de la siguiente manera: el proceso se iniciará una

---

9. Sobre el proceso ordinario civil en Chile, véase PEREZ, A y NUÑEZ, R. *Manual de derecho procesal civil. Proceso ordinario de mayor cuantía*. Thomson Reuters. Santiago, 2014.

vez presentada la demanda, se admitirá por decreto; admitida la demanda, se da traslado a los demandados para que contesten a la demanda en un plazo improrrogable de veinte días. Esta legislación contiene la demanda de reconvencción, de igual forma, si se diere, el demandante dispondrá del mismo término de la contestación de la pretensión o de la demanda, que será de veinte días.

La legislación española propone en el juicio oral civil en audiencia previa, para llegar a una mediación; de no ser posible, se pasará a resolver las cuestiones procesales, en el acto de audiencia se propondrán las pruebas que se estimen necesarias y se admitirán en este periodo. De igual forma, este acto procesal permitirá hacer un saneamiento de los documentos con valor probatorio para ser utilizados en el juicio.

España sí contempla dentro de su legislación la oralidad. Esta etapa se denomina el juicio oral, y será celebrada a un mes o dos meses finalizados la audiencia previa. En el Juicio oral se practican las pruebas de carácter declarativas y testimoniales, se realizan informes periciales; esta fase es completamente oral, deberán comparecer las partes y lo que seguirá es la realización de una vista oral del juicio oral civil ordinario.

Por último, se practicarán las pruebas y se rendirán los alegatos de conclusiones oralmente. El juicio quedará visto para sentencia. Esta habrá de dictarse en el plazo de 20 días desde la finalización del mismo.

Vemos que ambas legislaciones son totalmente distintas en la medida de cómo realizar el proceso ordinario o, como se le denomina, juicio ordinario; podemos resaltar que legislación española, según nuestro concepto, está de forma completa permitiendo la escritura, el aseguramiento, la conciliación, la inmediatez y, más que todo, es un proceso garantista, porque procura que a los intervinientes no se les violente ningún derecho fundamental, subsanando la vulnerabilidad previamente a la decisión del caso que entra en su conocimiento.

En el caso panameño, se ha desarrollado la tendencia de propiciar el derivar a otras estructuras la competencia para decidir casusa, que por muchos años han estado bajo la competencia de estructuras especializadas en la materia.

Si bien es cierto el proceso sumario o especial y el proceso ordinario de mayor cuantía poseen múltiples similitudes, también hay diferencias que permiten que se ventilen procesos a mayor brevedad. Bien podríamos decir que, frente a la reforma del Código Judicial, el proceso sumario posee variaciones en cuanto a las situaciones de las que conocerá, disminuyendo o reduciendo las situaciones que se ventilarán por vía especial.

Es importante mencionar que aquellas situaciones o circunstancias que se presenten, que no se encuentren incluidas dentro del proceso especial, aunque en el Código actual aparezcan como situaciones para ser tramitadas por la vía sumaria buscando el reconocimiento de un derecho, serán tramitadas por la vía ordinaria o por la vía administrativa, tal como sucede con el proceso de prescripción adquisitiva, que será ventilada por la vía administrativa.

Es de observar que este tipo de propuestas puede implicar un serio retroceso en la calidad de la gestión judicial. En efecto la vía administrativa tiene en la estructura de administración de justicia un conjunto de responsabilidades, un nivel de especialidad. Sustraer de la vía ordinaria los aspectos referentes a la prescripción adquisitiva genera una desmejora en el servicio, toda vez que no se tiene la formación especializada en esta materia. Lo único positivo sería la descongestión de estos procesos, con lo cual se abre espacio para las otras causas; sin embargo, la tutela de derechos debe ser una responsabilidad de los gobernantes al garantizar una tutela efectiva.

Adicional a ello, podemos indicar que en nuestro Código Judicial actual, existen situaciones que son tramitadas por la vía sumaria pero que pueden convertirse en procesos de tipo ordinario, como lo es el proceso sumario de rendición de cuentas, que en caso de que se presenten conflictos en lo referente a la cuenta presentada, y se aducen pruebas en el reclamo, el mismo se abrirá a pruebas, transformándose a sumario; pero lo relevante frente al proyecto de ley que reforma el Código actual, es la transformación de más de un tipo de proceso a la vía ordinaria desde su inicio; es por ello que podríamos decir que los procesos ordinarios adquieren mayor importancia a la ya obtenida.

Por otro lado, también es importante resaltar la relevancia frente a la modificación del proceso ordinario, en donde aquellos llamados procesos de menor cuantía del primer grupo, o sea aquellos que no superan los quinientos balboas, declinan su competencia a fin de que sean dirimidos frente a los Jueces de Paz, medida que va en detrimento de los afectados de tener acceso a la justicia por un órgano especializado. Nuevamente se pretende con esta medida reducir la demanda de esta naturaleza de procesos, con el fin de reducir la congestión.

En relación con el proceso ordinario de mayor cuantía y el proceso especial, las diferencias radican inicialmente en las circunstancias que prevé el Código Judicial, en caso de no ajustarse a ellas en el proceso especial, será tramitado por la vía ordinaria.

Otra de las diferencias que podemos mencionar es en lo concerniente a los términos, toda vez que en el proceso especial mantiene un término de cinco días a fin de poder realizar la contestación, mientras que en el proceso ordina-

rio su término es de diez días, situación que se mantiene tal cual en el Código Judicial actual.

Siendo así, vencido el término de traslado, cinco días después el proceso quedará abierto a pruebas, sin necesidad de providencia, inmediatamente corren cinco días para que las partes aduzcan las pruebas que estimen convenientes, luego de manera ininterrumpida, tres días para las contrapruebas y, por último, tres días más, para objetar las pruebas o contrapruebas. De esto debemos mencionar que, en los procesos especiales, de igual manera el momento procesal de aducir pruebas o fase probatoria se ve totalmente suprimida, toda vez que las pruebas son presentadas con la demanda y la contestación.

Otra de las diferencias más importantes es la concerniente a la audiencia que se adiciona al proceso ordinario de mayor cuantía, puesto que en el proceso ordinario de menor cuantía la misma ya existía, con el fin de lograr un avenimiento entre las partes. Dicha audiencia se fija en un término no mayor a dos meses, y se realizará con la principal finalidad de resolver objeciones, excepciones, fijar hechos y realizar la admisión de pruebas, que será en un término no mayor a sesenta días, el cual en comparación con el término de práctica de pruebas del proceso sumario, que es de 20 días, marca una amplia diferencia.

Adicional a lo anterior, debemos mencionar que el término para practicar pruebas en el proceso ordinario de mayor cuantía es de 30 días como máximo, lo cual duplica el término en la reforma del Código Judicial.

Pero por otro lado, debemos mencionar que en el caso del proceso ordinario de mayor cuantía, en caso de no existir la necesidad de practicar pruebas, el juzgador tiene la facultad de escuchar los alegatos y, si lo estima conveniente, dictar sentencia en el acto.

Es importante destacar que, frente al proceso especial, anteriormente este contaba con un término de 6 días para fallar, situación que no establece en el nuevo proyecto de ley que reforma el Código Judicial.

Otro aspecto relevante de la reforma gira en torno a la importancia de la oralidad en el proceso ordinario civil. Dicha oralidad resulta importante por diversas razones, por ejemplo:

1. El juez entra en relación inmediata y directa con las partes
2. Las pruebas son valoradas libremente por el juez en la audiencia;
3. Las impugnaciones se limitan

#### 4. Se garantiza un desarrollo rápido y ordenado del procedimiento.

La oralidad presenta reglas fundamentales que la regulan, siendo de estas que el sistema de la oralidad predomina en la palabra hablada, olvidándonos de los memoriales, como medio de expresión; eso sí, sin perder en ningún momento la seguridad jurídica.

Es claro que todos los que intervenimos dentro de un proceso nos adaptamos a los términos y plazos que la ley establezca; es por ello que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos; sin embargo, si los plazos y términos resultan amplios como resultan ser los procesos ordinarios, se cumple meramente con el mandato, la labor jurisdiccional.

El sistema de escritura está en mancuerna con la seguridad jurídica, permitiéndole a las partes mayor plazos, múltiples recursos para todas las resoluciones judiciales, dando oportunidad a que los negocios jurídicos tiendan a dilatarse enormemente y con ello la administración de justicia sea o resulte lenta y compleja, acumulándose además una serie de asuntos que originan un rezago en todas las latitudes.

La oralidad permite que el proceso no pierda actualidad e, incluso, motiva a la credibilidad en el proceso y, de igual forma, la oralidad permite que la sentencia tenga plena eficacia. Es decir, permite que la justicia no solo sea pronta sino cumplida.

La introducción de la oralidad y la reforma hacia la simplificación procesal es una de las estrategias más importantes para combatir la mora judicial que enfrenta nuestro sistema de justicia, resultando un proceso más justo, transparente, accesible y ágil.

Se ha discutido si la oralidad es un principio o más bien un sistema o una característica, el cual ha de inspirar el proceso y los procedimientos. A su vez, la intermediación, la concentración y la publicidad son tres principios que integran al de la oralidad, de tal manera que, si estos no se cumplen, no se estaría ante un sistema oral sistemático, sino asistemático o mal concebido. La oralidad, la concentración, la intermediación y la publicidad, según algunos juristas, son principios del procedimiento, no procesales, porque si fueran procesales tendrían que estar en todas las legislaciones, y no es así.

América Latina ha enfrentado una serie de reformas al procedimiento civil, tomando en cuenta la implementación de la oralidad; países como Uruguay han tenido éxito con la nueva reforma que se le hizo al Código General del Proceso, en 1989, reforma necesaria por el padecimiento que enfrentaba la

nación uruguaya; en el proceso era notoria la ausencia de intermediación por parte de los jueces, la lentitud y la burocratización del proceso; es por esto que se actúa en busca de mayor celeridad para dar respuesta a los casos, la reducción de los procesos ordinarios civiles se ha llevado a la mitad, hay una intermediación real, efectiva y eficiente por parte de los jueces, intermediación que permitirá el contacto con las partes, testigos y peritos a fin de combatir los hechos que propongan las partes y que se consideran dilatorios.

En Argentina y Perú, la implementación de la oralidad ha resultado más en los procesos de familia y en materia laboral; las reformas legislativas dadas dentro de estos países son gracias a la contribución del propio Órgano Judicial del Estado, así como otros factores como el impulso académico, las expectativas sociales, entre otras.

## **Conclusiones y recomendaciones**

Si bien es cierto, la reforma del Código Judicial responde a múltiples situaciones que así lo requieren, pero es importante mencionar que la reforma, sin el suficiente presupuesto, personal e infraestructura, puede llevar al fracaso. En este sentido, conviene enfatizar que toda reforma, para que sea eficaz, requiere de un proceso pedagógico de aclimatación que involucre tanto a ciudadanos, como a protagonistas del proceso, ya que, de lo que trata, tal como lo afirmábamos al comienzo de estas líneas, es de aportar al bienestar y a la calidad de vida de las personas.

Por otro lado, se debe mencionar que, a pesar de ser un proyecto de ley muy completo, con características que permiten que nuestro sistema judicial sea capaz de realizar grandes cambios, para ello se requiere la voluntad de todo un país, no únicamente de un sector. No se puede olvidar que este proyecto de ley fue presentado en 2015, y únicamente se prohió en la Asamblea Nacional, sin que hasta la fecha se le dé su primer debate.

Con relación al proceso especial, para nuestra consideración debe sufrir ciertas modificaciones antes de ser implementado, porque si bien se busca disminuir la mora judicial, debe implementarse el mecanismo de la audiencia y, en caso de no tener necesidad de practicar pruebas y se presentan alegatos, el juez tendrá la facultad de poder dictar sentencia.

También se puede decir que la modificación de enviar ciertos procesos que anteriormente se ventilaban por la vía sumaria a la vía administrativa representa un retroceso en la tutela.

## Referencias bibliográficas

- ARELLANO, J. Y GONZÁLEZ, L. (2017). *Manual de dirección de audiencias civiles*. Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- RÍOS LEIVA, E. (2013). *La oralidad en los procesos civiles en América Latina*. Chile: Centro de Estudios de justicia de las Américas.
- LILLO, R. (2013). *Reporte sobre el funcionamiento de la reforma a la justicia laboral en Chile*. Santiago: centro de estudios de justicia de las américas.
- LORENZO, L. (2017). *Manual de litigación civil*. Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- RÍOS, E. (La oralidad en los procesos civiles en América Latina). Centro de estudios de justicia de las américas.





# A vueltas con los pactos procesales probatorios<sup>1</sup>

---

Joan Picó i Junoy  
Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat Pompeu Fabra  
Presidente de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio

**Sumario:** 1. Introducción; 2. El derecho constitucional a la prueba como fundamental del sistema probatorio y sus repercusiones procesales; 3. Pactos sobre iniciativa probatoria; 4. Pactos sobre medios de prueba; 5. Pactos sobre carga de la prueba; 6. Pactos sobre valoración de la prueba; 7. Reflexión final

## 1. Introducción

En muy pocos años estamos asistiendo a un creciente fenómeno de privatización del proceso civil, que ha cristalizado, por ejemplo, en los negocios o pactos procesales. Y como buena muestra de ello, el nuevo Código Procesal Civil brasileño, aprobado por la Ley 13.105, de 16 de marzo de 2015, con carácter general, establece en su art. 190: «Versando el proceso sobre derechos disponibles, es lícito a las partes plenamente capaces pactar cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa y acordar sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. Párrafo único. De oficio o a instancia de parte, el juez controlará la validez de las pactos previstos en este artículo, y negará su aplicación solamente en los casos de nulidad o inserción abusiva en contrato de adhesión o en aquel otro en el que cualquiera parte se encuentre en manifiesta situación de vulnerabilidad»<sup>2</sup>.

---

1. Este trabajo se enmarca en el Grupo de Investigación Reconocido y Consolidado «Evidence Law» (2017 SGR 1205) financiado por la AGAUR; y en el proyecto I+D «Hacia una nueva regulación de la pericia pericial» (DER2016-7549-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, teniendo ambos como investigador principal a Joan Picó i Junoy.

2. Al respecto, vid. BARREIROS, L. M. S.: *Convenções processuais e poder público*, edit. JusPODIVM, Salvador, 2017; CABRAL, A. P.: *Convenções processuais*. 2ª ed., edit. JusPODIVM, Salvador, 2018; CABRAL, A. P., y NOGUEIRA, P. H. (coords.):

De esta forma, se pretende luchar contra la ineficacia del proceso y, muy especialmente, su lentitud. Se considera que la autonomía de la voluntad es el mejor instrumento para una rápida obtención de la tutela judicial requerida.

Sin embargo, creo que debemos reflexionar sobre este fenómeno en clave de garantía constitucional del justiciable y pensando en el objetivo final de lograr la mejor justicia posible en la resolución judicial de los conflictos.

En España, entre otros ordenamientos, el derecho a probar ha adquirido el rango de fundamental en su sistema constitucional, lo que, como indicaré seguidamente, tiene una repercusión directa en el tema de los pactos procesales probatorios. Ello no significa que no sean posible, pues todos aquellos que potencien o favorezcan la actividad probatoria deben ser bienvenidos. Solo deberemos repensar la validez de los que limiten dicha actividad, esto es, reduzcan la capacidad de enjuiciamiento que pueda tener el juez sobre los hechos conflictivos respecto de los cuales se requiere su tutela.

En mi modesta opinión, el conjunto de las garantías constitucionales del proceso son innegociables, por lo que no pueden ser objeto de disposición privada por las partes<sup>3-4</sup>. Este auge de los pactos privados se sustenta, entre otros, en la idea completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular. Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, a favor de una visión «publicista» o «social» del proceso, que lo concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si

---

*Negócios processuais*. 3ª ed., edit. JusPODIVM, Salvador, 2017; CORDEIRO, A.C.: *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento*, Edit. Juruá, Curitiba, 2017; GODINHO, R.: *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, Edit. Revista do Tribunais, São Paulo, 2015; y los diversos estudios publicados en la obra *Convenciones procesales*, coord. Pedro Henrique Nogueira y Renzo Cavani, edit. Racuel, Lima, 2015.

3. Así me pronuncié en mi libro *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª edición, edit. J. M<sup>º</sup>. Bosch editor, Barcelona, 2012, pp. 34-35. Y en la misma línea, AGUILAR DE LUQUE (*Los límites de los derechos fundamentales*, en «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 14, enero-abril, 1993, p. 33), al analizar los límites de los derechos fundamentales, sostiene que «por más que los derechos fundamentales puedan ser asimilados a la noción de derechos subjetivos [...] es innegable que gozan de particularidades respecto a éstos, particularidades que no pueden ser desdeñadas. No se trata tan sólo de su posición e importancia como expresión del superior orden objetivo de valores del ordenamiento, sino que su régimen jurídico cuenta con elementos particulares (así, como más conocido, su irrenunciabilidad)». Y, de igual modo, vid. LÓPEZ AGUILAR, J.F.: *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 121; y ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en «Anuario de Derecho Civil», I/1993, pp. 96 y ss.

4. Una manifestación legal de la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales la encontramos en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, según el cual: «El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula» (la cursiva es nuestra). El derecho fundamental a la prueba, en la medida en que tiene su ámbito de aplicación dentro de un proceso judicial, no precisa ser desarrollado mediante Ley Orgánica, así como tampoco precisa de un mecanismo especial de tutela judicial mediante un procedimiento preferente y sumario (vid. PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, ob. cit., pp. 40 a 44).

bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues el modo de desarrollarse el mismo no pertenece a los litigantes sino al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función. Por ello, es incorrecto el símil que alguna doctrina procesal efectúa entre un hospital público y un proceso, indicando que deben construirse antes que pensando en los médicos o los jueces, en los intereses de los enfermos o justiciables<sup>5</sup>. En mi opinión, este símil no es correcto porque lo importante en ambos casos no son tanto los sujetos que intervienen (los enfermos o los litigantes) sino la función asignada al hospital y al proceso. Así, en ambos casos, debe darse protagonismo tanto al médico como al juez, pues el hospital tiene por función ofrecer la mejor asistencia sanitaria al enfermo, y ello lo realiza el médico; y el proceso tiene por función obtener la resolución más justa posible de los conflictos intersubjetivos, y ello lo realiza el juez, por lo que debe tener la máxima libertad posible para cumplir su función, y ello resulta bastante incompatible con los pactos procesales privados. Dicho en otros términos, si el hospital es el lugar donde los ciudadanos acuden para curar sus enfermedades, y a nadie se le ocurriría pensar que no son los médicos los que deben indicar las pruebas a que debe someterse el paciente y el tratamiento a seguir, el proceso es el lugar donde los litigantes acuden para solucionar sus conflictos, por lo que si se quiere que éstos se resuelvan de la forma más justa posible, debe dársele al juez los medios y poderes necesarios para alcanzar tal fin, no condicionando su actividad a los pactos privados de las partes<sup>6</sup>.

## 2. El derecho constitucional a la prueba como fundamental del sistema probatorio y sus repercusiones procesales

El art. 24 de la Constitución española (CE) recoge toda una serie de garantías procesales otorgándoles el carácter de derechos fundamentales, por lo que se configuran, de este modo, en el punto de referencia de todo el ordenamiento procesal. El derecho a la prueba aparece en el apartado segundo de dicho pre-

5. Así, vid. CIPRIANI, F.: *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, en «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2002, núm. 4, p.1244.

6. Ya en este sentido me pronuncié en mi trabajo *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, publicado en «Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional», Universidad de Lima, 2003, nota 29, pág. 62, y en la «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal», Rubinzal-Culzoni, 2004, nº 4, pág. 265 —y versión italiana *Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato*, en «Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia», T.I, Giuffrè, Milano, 2005, nota 32, pág. 225—. Igualmente crítico con la comparación de Cipriani se muestra OTEIZA en su estudio *Autonomía de la voluntad, cooperación e igualdad en el proceso civil*, en «Derecho y Proceso. Libro en Homenaje al Profesor Francisco Ramos Méndez», edit. Atelier, Barcelona, 2018 (en prensa).

cepto, en los términos siguientes: «Asimismo, todos tienen derecho a [...] utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa».

En consecuencia, toda regulación procesal debe tener en cuenta este reconocimiento constitucional del derecho a la prueba. Y para el estudio de este derecho, como analizamos más profundamente en otro lugar<sup>7</sup>, es necesario atender a la distinción efectuada por el Tribunal Constitucional (TC) español sobre el doble carácter o función, objetivo y subjetivo, de los derechos fundamentales:

- a) En primer lugar, debemos destacar su vertiente objetiva, en cuanto que se conforman como garantías esenciales de nuestro conjunto normativo, como figuras que resumen «un valor asumido en el sistema de una comunidad», insertándose «con fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico»;
- b) Y en segundo lugar, poseen una vertiente subjetiva, en la medida en que atribuyen a una persona el poder de ejercitarlos (derecho), así como de reclamar su debida protección.

En este sentido, por ejemplo, la sentencia del TC (STC) 51/1985, de 10 de abril (f.j. 9º), indica: «El apartado segundo del art. 24 de la Constitución, al enumerar los que grosso modo pueden denominarse derechos constitucionales de contenido procesal, menciona de manera concreta el derecho de todos «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa». Como todos los derechos fundamentales establecidos entre los arts. 14 y 29, presenta éste una doble línea de proyección de su eficacia, pues es un parámetro para fijar la legitimidad constitucional de las Leyes y es un derecho (y una norma) directamente ejercitable (aplicable) por el particular».

Por ello, dada la vertiente objetiva del derecho a la prueba estamos en presencia de una norma fundamental del ordenamiento constitucional, por lo que su aplicación no es disponible por los particulares, lo que conlleva que todo pacto que suponga una limitación del derecho a la prueba deba reputarse nulo. En este sentido, la STC 19/1985, de 13 de febrero, en su f.j. 3º, ya indicó que «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto». Y, de igual modo, la STS de 5 de noviembre de 1982 destacó la irrenunciabilidad de los medios probatorios, afirmando en su f.j. 1º que «la única referencia en sentido prohibitivo de su operancia lo es respecto a la prueba testifical, a lo que es de añadir que, por imperativo de lo ordenado

---

7. PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. J.M<sup>º</sup>. Bosch editor, Barcelona, 1996, pp.195 a 198.

en el art. 1244 de nuestro citado código, tal prueba será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida, precepto inderogable por voluntad de los particulares y que, por ende, hace incidir el convenio que desconociéndolo estipulen en la categoría de los «contrarios a las leyes» que el art. 1255 del repetido cuerpo legal establece como valladar a la libertad de pacto».

En conclusión, entiendo que solo aquellos pactos que favorezcan la actividad probatoria pueden ser admitidos<sup>8</sup>. Seguidamente, pasa a analizar las hipótesis de posibles —o imposibles— pactos privados probatorios.

### 3. Pactos sobre iniciativa probatoria

La mayor o menor iniciativa probatoria *ex officio iudicis* es un tema que ha originado muchísima literatura y un debate doctrinal muy encontrado<sup>9</sup>. Pero, en todo caso, aquellos ordenamientos que permiten al juez dicha iniciativa, esta claro que no puede negarse por vía convencional de las partes debido al carácter imperativo de las normas procesales.

Por todo ello, por ejemplo, en un proceso de divorcio, un acuerdo entre las partes negando al juez la posibilidad de acordar la audiencia de uno de sus hijos menores, sería nulo por disponer de una norma imperativa (los arts. 752.1.II y 770.4<sup>a</sup>.II LEC).

En todo caso, parece extraño —y en cierto grado incongruente— que un ordenamiento prevea los pactos procesales probatorios y, a la vez, una amplia iniciativa probatoria, como sucede con el ya mencionado caso brasileño: el art. 190 CPC establece dichos pactos y su art. 370 la facultad del juez de ordenar prueba de oficio<sup>10</sup>. ¿En qué quedarán dichos pactos si el juez puede ordenar, igualmente, aquellas pruebas que no quisieron las partes que se practicaran?

8. A igual conclusión llega MUÑOZ SABATÉ utilizando el símil del juez como historiador, indicando: «Ciertamente la función historicadora del proceso, ya de por sí excesivamente gravada con unos formalismos que a veces impiden llegar a la llamada verdad material, repele que se añadan nuevas reglas convencionales. Pero opino que esta repulsión sólo es legítima cuando tales cortapisas juegan en contra, es decir, cuando por medio de ellas se pretende tasar la prueba, bien sea en su estadio de admisibilidad, bien en el de su valoración [...] resulta imposible de admitir que en virtud de un pacto entre las partes, se mediatice el rol historicador del juez. Eso sería tanto como exigirle a un historiador que averiguase determinado acaecimiento histórico sirviéndose de los documentos depositados en tal archivo y prohibiéndole que lo hiciera manejando otros documentos o huellas. ¿Qué historiador se prestaría a desempeñar tan menguado papel?» (*Las cláusulas procesales en la contratación privada*, edit. Bosch, Barcelona, 1988, pp. 63-64, de igual modo, vid. sus pp. 27-28).

9. Cfr., con carácter general, mi trabajo *El juez y la prueba*, edit. J.M<sup>º</sup>. Bosch, Barcelona, 2007.

10. En concreto, esta norma establece que «Corresponde al juez, de oficio o a instancia de parte, determinar las pruebas necesarias para el enjuiciamiento de los hechos».

#### 4. Pactos sobre medios de prueba

Íntimamente relacionado con el punto anterior encontramos los pactos referentes a los singulares medios de prueba: debemos preguntarnos aquí si las partes pueden establecer que, en caso de litigio sobre la relación contractual, no se podrá requerir la aportación de determinados documentos (o renunciar a cualquier otro medio de prueba). En mi visión del problema, y partiendo de la mencionada doble vertiente del derecho fundamental a la prueba, con carácter previo al litigio, su aspecto objetivo conlleva a dicho pacto deba considerarse nulo por contravenir dicha garantía constitucional —que es del todo indisponible por las partes—. Sin embargo, una vez iniciado el proceso, el aspecto subjetivo de este derecho hace que las partes sean libres de no solicitar la aportación de los citados documentos, siendo la renuncia al ejercicio procesal de dicho derecho totalmente válido (ello no excluye, como es obvio, que si se permite la iniciativa probatoria del juez civil, éste pueda ordenar la aportación de dicho documento)<sup>11</sup>.

Más conflictiva se plantea la posibilidad de pactar aspectos de los medios de prueba de manera diferente a lo previsto en la LEC. En mi modesta opinión, debido a la configuración legal de este derecho a la prueba —reconocida en numerosas sentencias del TC<sup>12</sup>— si dicho pacto atenta a la Ley no será válido (por ejemplo, aquel que admita la validez de la una prueba ilícita —infringiendo los arts. 247 LEC y 11.1 LOPJ—). Pero si no la contradice —como, por ejemplo, sería la posibilidad de interrogar en juicio a la propia parte— sería válido el pacto procesal<sup>13</sup>.

Finalmente, en este punto, me parece muy interesante el interrogante que plantea MUÑOZ SABATÉ: ¿puede pactarse en un contrato quien será perito —de parte o de designación judicial— en caso de originarse un litigio sobre el cumplimiento de dicho contractual? En función de lo que ya he indicado al inicio de este punto, la respuesta deberá ser negativa, por cuanto el aspecto objetivo del derecho fundamental a la prueba hace inviable cualquier límite a la libertad de elección del perito una vez surja el litigio. En consecuencia, iniciado el liti-

11. En este punto, es necesario saber diferenciar con nitidez la renuncia al contenido del derecho de la renuncia al ejercicio del derecho (expuesto en el segundo epígrafe de este trabajo): lo primero será nulo —debido al aspecto objetivo del derecho fundamental a la prueba—, y lo segundo no —dado el aspecto subjetivo de este derecho—.

12. De entre las más recientes, vid. la STC139/2017, de 13 de noviembre (f.j. 2º); y en doctrina mis trabajos *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 13 a 38; y *Las garantías constitucionales del proceso*, ob. cit., pp. 177 a 186.

13. Respecto de la viabilidad de este medio probatorio, vid. FRANCO ARIAS, J.: ¿Es posible el interrogatorio de la propia parte?, en «JUSTICIA», núm. 1-2, 2011, pp. 59 a 66; TORRES PINDADO, D.: Aspectos subjetivos en el interrogatorio de parte, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», dir. X. Abel y J. Picó, J. M<sup>a</sup>. Bosch editor, Barcelona, 2006, pp. 283 a 286; y PICÓ JUNOY, J.: Comentario al art. 301 LEC, en «Práctica Procesal Civil», T.V, coord. J. Corbal, P. Izquierdo, y J. Picó, edit. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 3876-3877.

gio, no habrá inconveniente alguno en que en el ejercicio (subjetivo) de este derecho fundamental las partes si puedan ponerse de acuerdo sobre qué perito deberá realizar el dictamen pericial<sup>14</sup>.

## 5. Pactos sobre carga de la prueba

Como es sabido, las reglas de la carga de la prueba puede configurarse de dos modos distintos: (a) como «reglas de conducta o de iniciativa» destinadas a las partes; o (b) como «reglas de juicio» dirigidas al juez. En España se ha impuesto esta segunda configuración de la carga de la prueba, por cuanto el art. 217.1 LEC establece que: «Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión [...]» y seguidamente expone las reglas de juicio que debe aplicar el juez para imputar a las partes las consecuencias negativas de no haberse probado en el proceso los citados hechos dudosos<sup>15</sup>.

En función de lo antedicho, como es obvio, las reglas de juicio que integran la carga de la prueba, al ir dirigidas al juez, se encuentran fueran del ámbito de disponibilidad de las partes<sup>16</sup>. En este sentido, por ejemplo, la STS de 8 de junio de 1988 destaca: «La doctrina de la carga de la prueba pretende identificar al litigante en quien redundarán los efectos perjudiciales cuando un hecho no resulte justificado; esto es, será aplicable en el supuesto de deficiencia probatoria, pues para que el Juez pueda fallar conforme a las exigencias de los artículos 361 de la Ley Procesal Civil [de 1981] y 1.7 del Código Civil, el ordenamiento le ofrece un instrumento lógico para indicarle, en los casos de incerteza fáctica, si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria; en la ciencia del derecho, este instrumento se denomina «regla de juicio» y, en el proceso civil, se encuentra en el citado artículo 1214 [del Código Civil, esto es, el vigente art. 217 LEC] ( ...) sin que, de otro lado, dicho mecanismo esté al alcance de la voluntad de las partes, las cuales no impedirán su utilización en las situaciones de incertidumbre, ni tienen resortes para modificar su estructura».

En consecuencia, al encontrarnos ante reglas indisponibles por las partes, cualquier pacto que altere el contenido del art. 217 LEC será nulo. Así, por ejemplo, el que indicase que una de las partes del contrato deberá probar un determinado hecho para que el juez pueda darlo por cierto, sería inválido por contrario

14. Y, de hecho, así se prevé en el art. 339.4 LEC, destacando que «si las partes que solicitasen la designación de un perito por el tribunal estuviesen además de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, así lo acordará el tribunal».

15. Al respecto, me remito a las consideraciones que efectué en mi trabajo *El juez y la prueba*, ob. cit., pp. 107 a 110.

16. De igual modo, vid. ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, edit. J.M<sup>º</sup>. Bosch, Barcelona, 2012, p. 401.



al art. 217 LEC. Y aquel en el que se pactase que, en caso de litigio, el comprador deberá probar los hechos A, B y C y el demandado los hechos D, E y F también lo sería por el mismo motivo<sup>17</sup>. En cambio, las partes si pueden acordar quien se encuentra en mejor situación, y le es más fácil, acceder a determinadas pruebas (por ejemplo, porque se las queda en su posesión)<sup>18-19</sup>. Esta es la solución a la que ha llegado Brasil, donde como he indicado, han tenido plena acogida los contratos procesales: así, el nuevo CPC establece: «Art. 373. La carga de la prueba incumbe: [...] § 3º La distribución diversa de la carga de la prueba también puede ocurrir por convención de las partes, salvo cuando: I. recaiga sobre derecho no disponible de la parte; II. haga excesivamente difícil a una parte el ejercicio del derecho. § 4 El convenio de que trata el artículo 3 puede celebrarse antes o durante el procedimiento».

De igual modo, está fuera de la disponibilidad de las partes fijar la concreta dosis de prueba para acreditar un hecho: así, por ejemplo, el pacto que establezca que para dar por probado un hecho será suficiente con la declaración de dos testigos, o para acreditar la vigencia del derecho extranjero no serán válidas las fotocopias o informaciones logradas por Internet, etc. Todos estos pactos probatorios, en la medida en que inciden en la actividad enjuiciadora del juez, no son válidos ya que las partes no pueden disponer sobre poderes o facultades de terceros.

Y ello nos lleva, finalmente, a los pactos sobre valoración de la prueba

## 6. Pactos sobre valoración de la prueba

Las normas de valoración probatoria van destinadas al juez, por lo que el margen de actuación de las partes, sobre este particular, es nula, pues no es posible disponer de algo que no se tiene<sup>20</sup>. Así, por ejemplo, el pacto privado de las partes que permitiera la valoración judicial de una prueba ilícita sería inválido por contravenir los arts. 247 LEC y 11.1 LOPJ. O aquel que hiciese un listado de documentos de imposible valoración judicial, o el que indicase que la declaración de

17. Salvo, como es obvio, que el contenido de tales pactos coincidiese con lo previsto en el citado art.217 LEC.

18. En este sentido, por ejemplo, MUÑOZ SABATÉ, LI.: *Fundamentos de Prueba Judicial*, edit. J. M<sup>a</sup>. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 190-191; idem, *Las cláusulas procesales ...*, ob. cit., p. 65.

19. Aunque este pacto no vinculará al juez, por lo que podrá resolver atendiendo a lo que considere oportuno sobre cual de las dos partes le era más fácil probar un determinado hecho.

20. Con igual claridad se pronuncia MUÑOZ SABATÉ, para quien «los pactos sobre valoración de la prueba, su rechazo debe ser rotundo en la medida en que esta actividad forma parte sustancial del juicio jurisdiccional» (*Las cláusulas procesales...*, ob. cit., p. 73).

determinadas personas tendrán más —o menos— valor probatorio, tampoco serían válidos por vulnerar los arts. 326 o 376 LEC, respectivamente.

## 7. Reflexión final

En definitiva, si bien es cierto que los contratos o negocios procesales están en auge en el derecho comparado, en las normativas más recientes que los han previsto —como la brasileña—, en materia probatoria tienen un alcance muy limitado, pues solo deberían tener por objeto permitirle al juez la máxima actividad probatoria para facilitarle su enjuiciamiento de los hechos. Y es lógico que tengan ese alcance limitado porque, en última instancia, no debemos olvidar que la prueba es la actividad dirigida al juez para que pueda formarse su justo enjuiciamiento de los hechos litigiosos, por lo que todo lo que sea limitar dicha actividad no solo afectará a las partes, sino también a la concreta función jurisdiccional del juez.

Y acabo como empecé, con el erróneo símil entre el médico y el juez: si el médico debe ser libre para determinar los medios de diagnóstico que estime necesarios para identificar la concreta patología a tratar y valorar sus resultados, así como también debe serlo para elegir la mejor terapia —por lo que no debe estar vinculado en ningún caso por la opinión o preferencia del paciente—; el juez, que tiene el deber de resolver el conflicto ante él planteado por las partes de la forma más justa posible (arts. 1 y 24.2 CE), también debería disponer de la máxima actividad probatoria posible para realizar eficazmente su función, esto es, resolverlo de la forma más justa posible. En consecuencia, el médico y el juez, que deben tratar una determinada patología o conflicto, respectivamente, para hacerlo deben tener la libertad para identificar y ordenar los medios de diagnóstico o pruebas que crean oportunas, y valorar sus resultados como estimen conveniente para determinar correctamente la mejor terapia (el médico) o aplicar la debida norma jurídica que resuelva el conflicto litigioso (el juez).





Director  
Francisco Ramos Méndez

1. RAMOS MÉNDEZ, F., *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, 2004.
2. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal*, 2014, 11ª ed.
3. ESCALER BASCOMPTE, R., *La administración judicial*, 2004.
4. RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, 2016, 10ª ed.
5. FURQUET MONASTERIO, N., *Las comunicaciones procesales*, 2005.
6. RAMOS MÉNDEZ, F., *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, 2005.
7. GUASCH FERNÁNDEZ, S., *El juicio cambiario*, 2006.
8. RAMOS ROMEU, F., *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*, 2006.
9. NIEVA FENOLL, J., *La cosa juzgada*, 2006.
10. DEL POZO PÉREZ, M., *Violencia doméstica y juicio de faltas*, 2006.
11. ESCALER BASCOMPTE, R., *El desahucio por falta de pago*, 2006.
12. YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad de actuaciones y comunicaciones judiciales fallidas*, 2006.
13. NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento prima facie*, 2007.
14. ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio de acusación*, 2007.
15. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, 2008.
16. BUJOSA VADELL, L., *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, 2008.
17. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción, Acción y Proceso*, 2008.
18. SBERT PÉREZ, H., *Investigación del Patrimonio del Ejecutado*, 2009.
19. CACHÓN CADENAS, M., PICÓ JUNOY, J. (coord.), *La ejecución civil: problemas actuales*, 2009.
20. SERRA DOMÍNGUEZ, M. (*Liber amicorum*), *Realismo jurídico y experiencia procesal*, 2009.
21. VÁZQUEZ SOTELLO, J. L. (*Liber amicorum*), *Rigor doctrinal y práctica forense*, 2009.
22. CALVO SÁNCHEZ, M., *Control de la imparcialidad del tribunal constitucional*, 2009.
23. MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, 2010.
24. PÉREZ DAUDÍ, V. (Coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, 2011.
25. RUIZ DE LA FUENTE, M. C., *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*, 2011.
26. ALISTE SANTOS, T. J., *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, 2011.
27. PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección civil de los derechos fundamentales*, 2012.
28. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., *El derecho de defensa y la profesión de abogado*, 2012.
29. MARTÍN RÍOS, Mª del P., *Víctima y justicia penal*, 2012.
30. RAMOS MÉNDEZ, F., *El juicio civil*, 2015, 2ª ed.

31. PÉREZ MARÍN, M<sup>a</sup> A., *La criminalidad en la Unión Europea: El camino hacia una jurisdicción penal común*, 2012.
32. ESCALER BASCOMPTE, R., *Medidas cautelares y ejecución*, 2013.
33. PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, 2013.
34. CALVO SÁNCHEZ, M. (*Liber amicorum*), *Proceso, Eficacia y Garantías en la Sociedad Global*, 2013.
35. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F. (*Liber amicorum*), *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo*, 2013.
36. LETELIER LOYOLA, E., *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*, 2013.
37. CACHÓN, PICÓ, RIBA, RUIZ (Coord.), *Problemas procesales del concurso de acreedores*, 2013.
38. CACHÓN CADENAS, M., *La ejecución procesal civil*, 2014.
39. BILBAO BERSET, J., *La vis atractiva de los juzgados de violencia sobre la mujer*, 2014.
40. RAMOS MÉNDEZ, F., *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*, 2014.
41. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *Constitución y Poder Judicial*, 2015, 2<sup>a</sup> ed.
42. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., SUÁREZ ROBLEDANO, J. M., *Independencia judicial y Consejos de la Judicatura y Magistratura*, 2015.
43. MARTÍN GARCÍA, A. L., BUJOSA VADELL, L., *La obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea*, 2016.
44. HERMOSO DE MENA, N., *Ejecución hipotecaria. Cuestiones registrales y procesales*, 2016.
45. ORRIOLS GARCIA, S., *El judici de petició de ilegítima. Aspectes substantius i processals*, 2016.
46. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, 2016.
47. RAMOS MÉNDEZ, F., *Elogio de la Nada Procesal*, 2016.
48. NEIRA PENA, Ana M<sup>a</sup> (Dir.), BUENO DE MATA, F., PÉREZ GAIPO, J. (Coord.), *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, 2016.
49. ESCALER BASCOMPTE, R., *La carga de la prueba*, 2017.
50. CACHÓN CADENAS, Manuel, *Francisco Beceña: un procesalista de primera hora*, 2017.
51. ROCA MARTÍNEZ, J. M<sup>a</sup> (Dir.), LOREDO COLUNGA, M. (Secretario académico), *El proceso penal en ebullición*, 2017.
52. GARCÍA-PERROTE FORN, M<sup>a</sup> Elena, *Los juicios paralelos. La incidencia de la publicidad del proceso penal en los derechos fundamentales*, 2017.
53. PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, 2018.
54. NAVARRO VILLANUEVA C., *El Encarcelamiento femenino*, 2018.



