



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

Repensando Daubert: La Paradoja de la Prueba Pericial

[Rethinking Daubert: the paradox of forensic evidence]

Jordi NIEVA-FENOLL

Professor of Civil Procedure at the University of Barcelona, Spain.

1. INTRODUCCIÓN

SATTA¹ se refirió al proceso como un misterio, aunque en realidad el proceso no tiene nada de misterioso. Lo que se sustancia en él puede ser complejo en ocasiones, pero es perfectamente comprensible. Lo que sí que, más que misterioso, resulta curioso y ciertamente intrigante es que los seres humanos hayamos aprendido a confiar, pese a todo, en la opinión de un tercero para resolver nuestros conflictos. Algunos autores se han propuesto explicar la razón de esa confianza², pero no se ha abundado demasiado en la misma. Sería un interesante estudio antropológico al respecto que no puedo realizar en estas líneas.

1. SATTA, "Il mistero del processo", en *Soliloqui e colloqui di un Giurista*, Padova 1968, pp. 3 y ss. También SERRA DOMÍNGUEZ, "El juicio jurisdiccional", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1969, pp. 63 y ss.
2. CARRERAS LLANSANA, Jorge, "Las fronteras del Juez", en FENECH / CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1962, pp. 103 y ss. D'ORS, Álvaro, "Principios para una teoría realista del derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1953, p. 18.

Lo intrigante, sobre todo, es que se confíe en un ser humano que no posee auténticas capacidades para valorar la prueba. Es lógico que se acuda a un juez si la disputa es meramente jurídica, porque el juzgador está específicamente formado para dar un buen parecer a las partes sobre el conflicto, con el objetivo de que se imponga. Pero cuando la disputa es fáctica, el juez no es más que un primate, como todos los demás humanos, que no sabe cuándo le mienten, porque difícilmente puede saberlo persona alguna, sea juez o no, lo que le hace inhábil, o difícilmente útil para valorar la prueba que consista en la declaración de personas, salvo que reciba una completa instrucción en psicología del testimonio³, y ni siquiera así es sencillo⁴.

Si se habla de la prueba pericial⁵, el problema es que el juez no es un experto en la materia técnica de que se trate, pero en cambio debe valorar lo que diga un técnico, tercero en quien de nuevo se confía para alumbrarle al juez la solución del litigio. Algunos autores⁶ hemos criticado la institución del jurado por la falta de formación o capacitación judicial de sus miembros⁷. Y sin embargo, con respecto a la prueba pericial reproducimos el principal problema de esa institución fósil: le decimos al lego –el juez– que opine sobre lo que dice el perito, es decir, que someta a análisis aquello de lo que no sabe⁸.

Siendo así, nos queda solamente la prueba documental. El juez sin duda –actualmente– sabe leer, pero una cosa es estar alfabetizado y otra muy distinta ser capaz de interpretar un documento. Para lo segundo se necesita saber semiótica textual⁹ y tener capacidad de razonamiento abstracto. No habría problema en instruir con más ahínco al juez en esa materia y en la citada habilidad, pero no siempre los pleitos son resolubles a través de una prueba documental. Es más, no pocas veces precisamos de un perito para interpretar un documento.

3. MANZANERO PUEBLA, Antonio Lucas, *Psicología del testimonio*, Madrid 2008. DIGES, Margarita, *Los falsos recuerdos*, Barcelona 1997.
4. Vid. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, pp. 212 y ss.
5. Sobre la misma, 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,
6. TARUFFO, Michele, *La semplice verità*, Bari 2009, pp. 21-22. NIEVA FENOLL, “Ideología y Justicia lega (con una hipótesis sobre el origen romano del jurado inglés)”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, pp. 62 y ss.
7. No faltan opiniones en contra, inclusive algún autor que considera, en el fondo, a los jurados más capacitados que los jueces para apreciar los criterios *Daubert*, aunque sea con la excusa de que el parecer judicial de admisión no condicione al jurado: PIKUS, Krista M., “We the people: juries, not judges, should be gatekeepers of expert evidence”, *Notre Dame Law Review*, vol. 90, 2014, p. 474.
8. Destaca precisamente este hecho, entre otros muchos, HAACK, Susan, *Evidence Matters*, Cambridge 2014, p. 121. Vid. también TARUFFO, “Prova scientifica e giustizia civile”, cit. pp. 241 y ss.
9. LOZANO, Jorge / PEÑA-MARÍN, Cristina / ABRIL, Gonzalo, *Análisis del discurso*, Madrid 2007. CASSANY, Daniel, *Tras las líneas*, Barcelona 2006.

Los citados problemas son muy graves, pero en esta ocasión voy a centrarme solamente en uno de los principales quebraderos de cabeza de un juez: la valoración de la prueba pericial. La tentación en la que se cae más frecuentemente consiste en que el juez asuma sin más, automáticamente, el parecer del perito, siguiendo esa línea antropológica de confiar en la opinión de un tercero a quien se considera más autorizado. Esa decisión, aunque molesta a la parte que se ve perjudicada por el dictamen –a su abogado especialmente–, suele pasar casi desapercibida. ¿Cómo no hacerle caso al perito, si es el que sabe de aquella materia técnica? Sin embargo, el problema se evidencia cuando hay en el proceso más de un dictamen pericial y los peritos no son coincidentes en su parecer. ¿Cómo proceder entonces?

En definitiva, cuando accede al proceso una prueba pericial, a cambio de eliminar una incógnita –la realidad de los hechos– se introduce el oscurantismo de la supuesta ciencia de un perito. La situación es bastante más grave de lo que podemos ser capaces de asumir, con la paradoja, además, de que un dictamen pericial sin duda puede provocar mayor seguridad en la prueba que un testimonio presencial¹⁰, por lo que no debemos prescindir de la pericia. En este trabajo se intentará arrojar algo de luz en esta materia, con el objeto de tratar de optimizar las posibilidades de la prueba pericial, pero también se aprovechará para introducir una importante dosis de realismo en esas posibilidades, que son ciertamente limitadas y debe saberse que es así.

2. DE FRYE A DAUBERT

La historia de la prueba pericial es en parte una historia de fe¹¹. Las primeras referencias romanas a la misma, ya en tiempos de las *legis actiones*¹², atribuyen un poder de convicción total al perito, tanto en la delimitación de la extensión de una finca¹³ como en la determinación de si una mujer está embarazada¹⁴, exigiendo en este último caso que acudieran tres parteras –escogidas por el pretor– a examinar a la mujer, siendo creído el dictamen coincidente de dos de ellas¹⁵.

10. Vid. DEGHANI-TAFTI, Parisa / BIEBER, Paul, “Folklore and forensics : the challenges of arson investigation and innocence claims”, *West Virginia Law Review*, col. 119, 2016, pp. 549 y ss.

11. De “mito de infalibilidad” habla GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Prueba científica. Un mapa de retos”, en AAVV (ed. Vázquez), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid 2013, p. 185.

12. Vid. KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, pp. 120 y 369.

13. Dig. 10, 1, 8, 1: *Ad officium de finibus cognoscentis pertinet, mensores mittere, et per eos dirimire ipsam finium quaestionem, ut aequum est, si ita res exigit, oculisque suis subiectis locis.*

14. Dig. 25, 4, 1: *igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat atque si ipsa hoc desiderasset.*

15. Sobre la historia remota de la prueba pericial, vid. AULETTA, *Il procedimento di istruzione*, pp. 10 y ss.

Esa fe, de hecho, tiene cierta lógica: si el juez no sabe más que de derecho, bueno es que se confíe en los especialistas que sí conocen el resto de materias científicas cuando son relevantes en el proceso. Además, como apuntó LESSONA, la falsa pericia es más difícil de descubrir que el falso testimonio¹⁶, razón por la que aunque el autor italiano reconoció la posibilidad del juez de apartarse del dictamen pericial, en realidad acabó relajando de manera muy relevante la motivación del juez sobre este punto¹⁷. Lo cierto es que con esta crédula visión, la prueba pericial se convierte prácticamente en una prueba legal¹⁸.

Además de ello es posible que, en el siglo XIX especialmente, influyera en ese parecer atávico e inmanente la fascinación que causaron los constantes descubrimientos científicos de esas épocas¹⁹, que alejaban a la población de una ignorante credulidad en fuerzas cósmicas, aunque sustituyendo la misma por una credulidad casi idéntica en lo que dijeran los científicos.

Quizás esa mentalidad esté en el origen del estándar *Frye*²⁰. *Lo explica la propia sentencia en un párrafo que es verdaderamente esclarecedor de la mentalidad de la época:*

“The rule is that the opinions of experts or skilled witnesses are admissible in evidence in those cases in which the matter of inquiry is such that inexperienced persons are unlikely to prove capable of forming a correct judgment upon it, for the reason that the subjectmatter so far partakes of a science, art, or trade as to require a previous habit or experience or study in it, in order to acquire a knowledge of it. When the question involved does not lie within the range of common experience or common knowledge, but requires special experience or special knowledge, then the opinions of witnesses skilled in that particular science, art, or trade to which the question relates are admissible in evidence.”

Sin embargo, esta propia sentencia, que precisamente ha pasado a la historia por no atribuir una fe ciega en la opinión de los científicos –se descartó el polígrafo–, en realidad fue víctima de esa misma idea. En su último párrafo, la sentencia no aceptaba como prueba pericial el parecer de un solo científico aisladamente considerado, sino que exigía *“standing and scientific recognition among physiological and psychological*

16. LESSONA, *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*, Madrid 1942 T. IV, p. 549. Debe considerarse que la obra original de Carlo LESSONA es de finales del siglo XIX.

17. LESSONA, *Teoría general*, cit. pp. 556-558. Es interesante la lectura de estos párrafos porque aunque el autor parta, con vehemencia, de la idea de que el juez debe motivar por qué se aparta del dictamen pericial, lo cierto es que acaba exigiendo muy poco a la motivación en caso de aceptación del dictamen, más allá de una reproducción del parecer del perito que el juez da por válido. Lo que favorece la habitual conducta judicial que se analizará en el texto principal.

18. Cfr. DITTRICH, Lotario, “La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2011, 1, p. 117.

19. De ello son testimonio destacado Jules VERNE y H.G. WELLS. Pero hay muchos más ejemplos.

20. *Frye v. U.S.*, 293 F. 1013.

authorities”, lo que equivale a decir que cuando ese consenso científico exista, habrá que hacer caso de lo que diga el perito. De hecho, por más que se haya intentado combatir esa idea, esa es justamente la realidad, incluso actual, de los tribunales: un examen prácticamente acrítico de las pruebas periciales, lo que supone un inconveniente que, como se está viendo, ha sido recurrente en los últimos 150 años sobre todo. Como se decía, se hace de la prueba pericial prácticamente una prueba legal²¹.

Ese es justamente el problema que intentaron resolver la serie de sentencias “Daubert”²². En la primera de ellas, ante la dificultad que suponía que accedieran al jurado dictámenes periciales que podían impresionar demasiado al colegio de ciudadanos juzgadores, pero que no eran realmente científicos, el Tribunal Supremo –específicamente el ponente BLACKMUN– estableció unos criterios orientadores –no necesariamente obligatorios– dirigidos a los jueces, a fin de que no permitieran la introducción en el proceso de los dictámenes que no cumplieran con dichos criterios.

Dichos criterios, que son cuatro²³ o cinco²⁴ según los autores, consisten en lo siguiente:

- 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.
- 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.

Más que la exposición de unos factores para considerar el dictamen “científico”²⁵, lo que expuso BLACKMUN fueron unos criterios muy flexibles –insiste en ello la

21. DITTRICH, “La ricerca della verità nel processo civile”, cit. p. 117.

22. *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).

23. 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.

24. 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*, Madrid 2015, p. 125, añade un quinto factor a considerar: si los peritos llevaron a cabo investigaciones científicas anteriores e independientes al proceso en cuestión.

25. Sobre este tema, vid ampliamente VÁZQUEZ, *De la prueba científica a la prueba pericial*, cit. pp. 83 y ss.

sentencia varias veces²⁶— para guiar a los jueces con el objeto de detectar técnicas “periciales” poco serias que pudiéramos llamar *pseudociencias*, o incluso técnicas que todavía estuvieran en una fase experimental o embrionaria, de manera que su fiabilidad todavía no pudiera ser afirmada con rotundidad.

La sentencia *Daubert* supuso un intento, revolucionario para muchos²⁷, de reforzar el papel de los jueces en la prueba pericial, y aunque en EEUU ello sólo se concibiera en principio para la fase de admisión de la misma, es obvio que los criterios señalados también pueden ser utilizados en fase de valoración de la prueba, dado que de lo contrario la misma deviene poco menos que imposible.

Pero aquí concluyen las buenas noticias. Esos criterios planteaban un reto importantísimo para los jueces, que no estaban formados para apreciar los criterios indicados, de manera que el cumplimiento de los mismos podía acabar transformándose en una formalidad cuyo cumplimiento real pasaría desapercibido a los jueces²⁸.

Esa dificultad se manifestó en la siguiente resolución de la serie *Daubert*: la sentencia *Joiner*²⁹. *En dicha resolución se reafirmó lo dicho en la sentencia Daubert*, pero es indicativo observar que no se utilizaron realmente los criterios indicados por dicha sentencia, porque el Tribunal Supremo simplemente dijo que el tribunal de apelación sólo consideró la cuestión de si *Joiner* había contraído cáncer de pulmón por haber sido expuesto a bifenilos policlorados (PCB), pero no a furanos y dioxinas, hecho que había rechazado inmotivadamente —*abuse of discretion*—, razón por la que anuló la sentencia y la reenvió a la instancia. Nuevamente, un voto particular de BREYER a esa sentencia recordó que los jueces no tenían preparación para realizar la tarea encomendada por *Daubert*, aunque debían hacerla³⁰, lo que constituye una curiosa paradoja.

26. Y así lo han interpretado varios tribunales. THOMSON, William T., “*Pomona v. SQM North America Corp.*: Trial Courts as “Gatekeepers” Under *Daubert* and its Progeny”, *American Journal of Trial Advocacy*, vol. 39, 2015, pp. 383 y ss.

27. FAIGMAN, “The *Daubert* Revolution”, cit. p. 113. Cfr. TARUFFO, Michele, “La prova scientifica. Cenni generali”, *47 Ragion pratica* 2016, p. 335 y ss.

28. Algo parecido sugirió REHNQUIST en la propia sentencia *Daubert*: “*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.*”

29. *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

30. “*Yet, as amici have pointed out, judges are not scientists and do not have the scientific training that can facilitate the making of such decisions. (...) Of course, neither the difficulty of the task nor any comparative lack of expertise can excuse the judge from exercising the “gatekeeper” duties that the Federal Rules of Evidence impose.*”

Hubo de llegar la sentencia KUMHO³¹ para reafirmar con más énfasis que los criterios *Daubert*, además de aplicarse a cualquier pericia –no exclusivamente a la “científica”, sino también a las diversas “técnicas” basadas más bien en la habilidad o en la experiencia– ni son definitivos ni son inflexibles. Tras esa sentencia, en el año 2000 –con una corrección de estilo en 2011–, se reformaron las *Federal Rules of Evidence* para introducir en su artículo 702, no los criterios, sino la orientación de la sentencia *Daubert* para intentar conseguir la fiabilidad de los dictámenes³².

Y de esa manera se cierra la serie de estas sentencias. En pocas palabras, lo que ganamos con el estándar *Frye* fue que los jueces comprobaran algo que estaban, en principio, en condiciones de analizar: si existía consenso científico sobre la validez de una técnica pericial. Con la serie *Daubert* se les pide a los jueces que hagan algo que no están capacitados para hacer más que de manera muy superficial. De los cinco –o cuatro– criterios enunciados anteriormente, el juez en realidad sólo puede comprobar el último, el consenso científico general, que es justamente el estándar *Frye*, y ni esto le va a ser precisamente fácil. Pero con tremenda dificultad podrá comprobar el juez si la técnica ha sido testada, y además revisada por otros científicos. No está en condiciones reales de revisar si se mantuvieron los estándares de calidad en el examen, salvo que se haya producido un análisis pericial poco menos que escandaloso. Al juez se le puede engañar con facilidad sobre el grado de acierto de la técnica³³, puesto que aunque pueda comprobar ese índice de error en general a través del análisis –no siempre fácil– de publicaciones científicas, nunca podrá determinar con certeza que sea correcto el grado de acierto expresado en esa prueba pericial.

En realidad, el juez sólo puede analizar si la técnica ha sido publicada, pero justamente éste era el criterio al que menos importancia se atribuía en la sentencia *Daubert*, precisamente. Y es lógico porque, por desgracia, que una técnica haya sido publicada, incluso en revistas indexadas en buen lugar, puede no querer decir absolutamente nada acerca de su fiabilidad, como sabe cualquier científico.

Es por todo ello que la aplicación de los criterios *Daubert*, pese a contar con la –relativa– ventaja de que puede permitir el ingreso en el proceso de técnicas en

31. *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

32. **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.

33. MEIXNER, John B. / SEIDMAN DIAMOND, Schari, “The hidden *Daubert* factor: how judges use error rates in assessing scientific evidence”, *Wisconsin Law Review*, 2014, pp. 1063 y ss.

desarrollo³⁴, ha encontrado grandes resistencias entre los jueces estadounidenses³⁵, pese a que ha provocado en los litigantes una conciencia de mayor exigencia judicial en cuanto a la prueba pericial³⁶. Al margen de ello, los criterios *Daubert* se convierten en aquello que, en realidad, estaban llamados a ser: unos simples factores orientadores en los que apoyarse a la hora de inadmitir una prueba, y que naturalmente van a ser útiles en la elaboración de la motivación como datos para reforzarla, ya que ciertamente pueden ser empleados por un juez en su valoración, pero sólo en la medida en que resulten muy evidentes o destaque extraordinariamente la ausencia de su mención en el dictamen. Pero poco más, porque alejarse de esos casos obvios supone un riesgo tremendo de error judicial³⁷. Lo cierto es que una prueba pericial que cumpla, a juicio del juzgador, con los criterios *Daubert*, no tiene por qué ser una prueba pericial aceptable. Y es que esos criterios no son un compendio de lo que debe ser considerado “científico”³⁸.

3. LA EXPERIENCIA EUROPEA: EL PERITO DE DESIGNACIÓN JUDICIAL

La Europa continental se ha solido regir por la tradición romana de la omniscencia del perito, así como en su designación a cargo de un juez. La idea básica es que si el experto no lo designan las partes, sino que lo hace el juzgador –aunque sea por sorteo–, se garantizará su imparcialidad, lo que sería imposible en un perito designado por un litigante, que lógicamente nunca traería al proceso a nadie que declarara en contra de sus intereses.

Se ha insistido mucho en el hecho de que el juez no debe ser esclavo del perito³⁹, siguiendo la línea histórica antes reseñada, pero también se ha llegado a sostener, no

-
34. KERKMANS, Jason P. / GAUDET, Lyn M., “Daubert on the brain: how New Mexico’s Daubert standard should inform its handling of neuroimaging evidence”, *New Mexico Law Review*, vol. 46, n. 2, 2016, pp. 405 y ss. SOMERS, Brady, “Neuroimaging Evidence: A Solution to the Problem of Proving Pain and Suffering?”, *Seattle University Law Review*, vol. 39, 2015, p. 1409.
 35. FOURNIER, The *Daubert* Guidelines”, cit. p. 309. Vid. BERNSTEIN, David E. / LASKER, Eric G., “Defending Saubert: it’s time to amend Federal Rule of Evidence 702”, *William & Mary Law Review*, vol. 57, n. 1, 2015, pp. 1 y ss. COOPER, James C., “Information and settlement: Empirical evidence on *Daubert* rulings and settlement rates”, *International Review of Law and Economics*, 51, 2017, pp. 1 y ss.
 36. Lo confirman JURIS, Andrew W. / DEVITO, Scott, “Et Tu, Plaintiffs? An Empirical Analysis of *Daubert*’s Effect on Plaintiffs, and Why Gatekeeping Standards Matter (a Lot)”, *Arkansas Law Review*, vol. 66, 2013, pp. 975 y ss. JURIS, Andrew W., “*Daubert*, probabilities and possibilities, and the Ohio solution: a sensible approach to relevance under rule 702 in civil and criminal applications”, *Akron Law Review*, 2008, pp. 609 y ss.
 37. Lo advierte BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín, *Del dictamen judicial al dictamen de parte*, Bogotá 2012, pp. 58, 64 y especialmente en la p. 65.
 38. Vid. TARUFFO, Michele, “Prova scientifica e giustizia civile”, en AAVV, *Giurisprudenza e scienza*, Roma 2017, Bardi Edizioni, pp. 241 y ss. BERNSTEIN, “What to do about Federal Agency Science: some doubts about regulatory *Daubert*”, *George Mason Law Review*, vo. 22:3, 2015, pp. 550-551.
 39. Entre otros, DEVIS ECHANDIA, *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá 2002, T. II, pp. 337 y ss.

sin razón, que el análisis judicial del dictamen pericial solamente puede ser externo en realidad, pero no de fondo⁴⁰. En sentido parecido se ha afirmado que el perito, para valorar el dictamen, poco más puede hacer que acudir a la crítica de la argumentación de su redactado⁴¹, lo que se supone un análisis más profundo, pero que también escapa en gran medida del conocimiento científico, artístico o práctico de la técnica pericial.

Otros autores⁴² han venido a sugerir que el juez tiene que hacer suyo el dictamen, haciendo el esfuerzo de aprender en lo posible la ciencia que contiene para entenderlo y simplificarlo para poderlo utilizar en su sentencia. SERRA DOMÍNGUEZ⁴³ compendió originalmente las anteriores ideas, manifestándose también receloso de la capacidad del juez de analizar los conocimientos del perito vertidos en el dictamen, llegando a sugerir al juzgador documentarse privadamente en esas materias técnicas. Estas conclusiones son coincidentes con las que se encuentran, en general, en toda la doctrina europea⁴⁴. Finalmente TARUFFO⁴⁵ subraya las analogías entre el método utilizado por el juez para descubrir los hechos y el método científico, aunque advirtiendo nuevamente de los peligros de que el juez substituya sin conocimientos el parecer de quien sí los tiene, aconsejando por ello un análisis que, sin simplificaciones, se centre en el terreno epistémico⁴⁶.

Y ahí se ha detenido el análisis de la doctrina europea, que últimamente se ha acercado a la tendencia *Daubert*⁴⁷. *En realidad, desde el punto de vista de la supuesta mayor fiabilidad del perito de designación judicial, poco han aportado los autores, más allá de dar por hecha esa mayor fiabilidad derivada de su carácter neutral, al haber sido elegido por el juez y no por las partes. Al margen del análisis comparatístico⁴⁸, lo que ha sucedido es que pocos⁴⁹ se plantearon la posibilidad de introducir los dictámenes periciales de parte hasta épocas más recientes, por lo que los problemas principales se centraron en la valoración del propio dictamen, lo que une los análisis sobre la valoración de la prueba pericial sea cual fuere el origen del perito, parcial o judicial.*

40. SANJURJO RÍOS, Eva Isabel, *La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración*, Madrid 2013, p. 253.

41. BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín, *Del dictamen judicial*, cit. p. 87.

42. PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho probatorio*, Bogotá 2008, pp. 655-657.

43. SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho probatorio*, Lima 2009, pp. 530-531.

44. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München 2010, pp. 701-702. SATTÀ / PUNZI, *Diritto Processuale Civile*, Padova 1996, p. 385.

45. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Madrid 2002, pp. 330 y ss.

46. Es también la opción de VÁZQUEZ, *De la prueba científica a la prueba pericial*, cit. p. 266.

47. Vid. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, pp. 294 y ss. SANJURJO RÍOS, *La prueba pericial civil*, cit. pp. 242 y ss.

48. HAZARD / TARUFFO, "Transnational Rules of Civil Procedure. Rules and Commentary", *Cornell International Law Journal*, col. 30 2/1997, art. 6, pp. 502 y 526 y ss.

49. Una destacable excepción fue la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000.

Poco se escribió, no obstante, sobre un tema acerca del que sí existía un problema grave y que será analizado en el punto siguiente: la posible corrupción del perito y su defectuosa formación. Un perito de parte debe ser prestigioso a fin de que alguien en el proceso tome siquiera su dictamen en consideración. Sin embargo, a un perito judicial le bastaba con estar en una lista de profesionales para ser designado, lo que provocó la existencia de dictámenes periciales absolutamente mecanizados o, como digo, directamente corruptos.

4. UN PROBLEMA COMÚN: LA CORRUPCIÓN DEL PERITO O SU DEFECTUOSA FORMACIÓN

Una compleja cuestión que suele dejarse de lado es que probablemente poco o nada se discutiría de este tema si existiera la seguridad de que el perito es perfectamente competente. En ese escenario, ningún juez podría poner en cuestión sus conclusiones, salvo que evidenciara algún error o laguna en los hechos que el perito tuvo en cuenta, antes de ser analizados científicamente. Dicho de un modo más directo, si un médico dice, después de ver una serie de pruebas diagnósticas, que existe un cáncer de páncreas incipiente, el paciente es muy libre de acudir a un hechicero a curar su dolencia, o bien de no creer al médico olvidando aparentemente que existe la enfermedad. Pero lo único cierto es que le acabará matando si no se trata correctamente de inmediato. En realidad, sólo un buen médico puede poner en cuestión la opinión de otro buen médico, pero no el paciente, que es lego en ese saber más allá de poder tener un conocimiento *amateur* más o menos amplio.

El problema es tener un buen médico, es decir, un buen perito. Y que, a la vez, el perito no se corrompa. Aunque pocas veces se han puesto por escrito, existen historias reales de peritos de designación judicial que, una vez nombrados, son telefoneados a la carrera por los abogados de las partes para proponerles cobrar más dinero si les hacen el dictamen a su favor. Muchos de esos dictámenes han sido elaborados del siguiente modo: el perito realiza un borrador de dictamen, se lo pasa al abogado, éste le da la forma que convenga a sus intereses y finalmente se presenta el dictamen en el juzgado como si lo hubiera hecho el perito en solitario.

Con los dictámenes de parte sucede esencialmente lo mismo. Ningún dictamen de parte es presentado sin antes haber sido revisado y adaptado profundamente por el abogado. De hecho, si el perito se niega a hacer el dictamen que le pide el abogado, el experto es sustituido por otro profesional que sí se adapte a esos intereses. En condiciones de plena honestidad, ningún perito se prestaría a ese juego, pero la realidad, por razones económicas, es bien otra. Hasta los peritos más competentes se involucran en ese modo de hacer las cosas.

Por otra parte, la resolución de cuestiones científicas, o técnicas o prácticas, pocas veces posee un resultado único. Todo es matizable, incluso lo que pueda parecer más escandaloso, porque la ciencia simplemente no es exacta. Y en esa inevitable inexactitud encuentran un campo de actuación tremendo los peritos deshonestos.

Observada la situación con objetividad, quizás lo único sensato sería prescindir por completo de los dictámenes periciales, pero ello dejaría la resolución de cuestiones científicas en manos de quien no posee saber sobre las mismas: el juez. El remedio sería aún peor que la enfermedad.

Por ello, no queda otra solución que disponer una vía de salida que pueda resultar aceptable. Prescindir de la ciencia es absurdo, pero hay que asegurar que la ciencia que ingresa en el proceso verdaderamente lo sea, y ni siquiera eso es fácil, porque la propia definición de lo que sea verdaderamente “científico” está en entredicho⁵⁰. Veamos algunas posibles soluciones a este rompecabezas.

5. LA CARGA DE LA PRUEBA: UNA SOLUCIÓN FALSA

Una mala tentación, utilizada muy reiteradamente en el sistema de prueba legal⁵¹, es acudir a la falsa panacea de la carga de la prueba. Si alguna de las partes no trae la prueba que debería demostrar los hechos que alega, se falla el proceso en su contra. Extraordinariamente simplista y muchas veces injusto, pero muy eficaz.

Sin embargo, con la prueba pericial no puede obrarse de ese modo⁵². En primer lugar, si el perito es de designación judicial, no puede acusarse a la parte de haber hecho todo lo posible por traer la prueba al proceso. Solamente podría aplicarse tal solución si el dictamen pericial fuera de parte y el mismo hubiera resultado defectuoso, aunque ni siquiera en ese caso resulta aceptable tal proceder, porque la realidad de los hechos permanecerá en la oscuridad y el fin del proceso es precisamente el contrario: descubrir la verdad para salir de las tinieblas⁵³.

Pero es que, además, en numerosas ocasiones el dictamen de parte va a suponer una descompensación de la igualdad que siempre debe regir en el proceso en los casos en que existe una parte débil en el mismo. Por ejemplo, en los procesos contra una gran compañía telefónica, el proveedor del servicio dispone de una incontable lista de peritos dispuestos a trabajar para la misma, por razones absolutamente obvias. Si el cliente, que es la parte débil, interpone una reclamación contra la empresa de telecomunicación por mal funcionamiento del servicio, la compañía presentará un dictamen en el proceso en el que, sin ningún género de dudas, se dirá que el servicio se prestó a la perfección, y la parte débil no podrá contrarrestar esa realidad, salvo pagando a otro perito –más próximo a una compañía rival o milagrosamente independiente– para que elabore un dictamen en sentido contrario, lo que es muy

50. HAACK, *Evidence Matters*, cit. p. 110 y ss.

51. NIEVA FENOLL, “la inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”, *Ars Juris Salmanticensis*, 2017.

52. Vid. BERMÚDEZ MUÑOZ, *Del dictamen judicial*, cit. pp. 85 y ss.

53. Vid. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit. p. 331.

complicado. De nuevo, la carga de la prueba en este caso no ayudará a esclarecer la realidad de los hechos.

Otra opción es que el juez prescinda de los dictámenes periciales porque sospeche que son parciales, pero en ese caso tampoco podrá aplicar la carga de la prueba. No la podrá aplicar ni a la parte demandante ni a la demandada, si ambos presentaron su dictamen que el juez declara descartado. Y si el perito fue de designación judicial e igualmente no considera su dictamen, si opta por no darle la razón al demandante será a costa de no conocer la auténtica realidad de los hechos constitutivos, sin haber podido averiguar tampoco la realidad de los extintivos, impositivos y excluyentes. En definitiva, acabará dictando la sentencia que le dicte la intuición, lo que le arrojará a una inaceptable falta de motivación de la sentencia.

En resumidas cuentas, el mecanismo de la carga de la prueba no puede ser la solución ante la problemática planteada, porque puede acabar conduciendo a resultados absurdos. En consecuencia, debe seguirse pensando en otras posibles soluciones que coordinen debidamente el deber de motivación del juez con uno de los fines principales del proceso, esencial para hacer justicia: la averiguación de la realidad.

6. LA FORMACIÓN CIENTÍFICA DEL JUEZ

Aunque desde luego no será la panacea⁵⁴, un primer paso hacia la salida a este embrollo consiste en mejorar la formación científica del juez⁵⁵, al menos en los asuntos que con mayor frecuencia le llegan al tribunal, sobre todo para sacarle del terreno de la intuición en la apreciación de pruebas periciales⁵⁶. En materia penal, por ejemplo, es inaceptable que el juez todavía no suela poseer una formación específica en criminalística, para que conozca, por ejemplo, las limitaciones de la prueba de ADN –habitualmente ignoradas⁵⁷–, o las carencias muy relevantes de las pruebas dactiloscópicas o de balística⁵⁸, que gozan de gran popularidad entre la población

54. Lo destaca con vehemencia –y no sin razón– HAACK, *Evidence Matters*, cit. p. 117.

55. Es imprescindible si se desea aplicar en alguna medida la jurisprudencia *Daubert*. FAIGMAN, “The Daubert Revolution”, cit. p. 137.

56. Señalan certeramente este problema 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, 5, p. 234. Vid. también GASCÓN ABELLÁN, “Prueba científica. Un mapa de retos”, cit. pp. 193 y 195.

57. Curiosamente más por los jueces que por la población en general. Vid. GARRETT, Brandon L. / MITCHELL, Gregory, “Forensics and fallibility: comparing the views of lawyers and jurors”, *West Virginia Law Review*, vol. 119, 2016, p. 635. TARUFFO, Michele, “La prova scientifica. Cenni generali”, *47 Ragion pratica* 2016, p. 335 y ss. TARUFFO, “Prova scientifica e giustizia civile”, cit. pp. 241 y ss.

58. Es imprescindible la lectura de COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY, NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, 2009, p.7: “With the exception of nuclear DNA analysis, however, no forensic method has been rigorously shown to have the capacity to consistently, and with a high degree of certainty, demonstrate a connection between evidence and a specific individual or source. In terms

sobre todo gracias a la cinematografía, pero que poseen lagunas científicas que llegan al terreno de lo escandaloso.

Lo mismo podría decirse de las pruebas psiquiátricas: un juez siempre espera que el psiquiatra, o el psicólogo, le dé una certeza sobre el padecimiento de una enfermedad mental por parte del reo, o al menos un grado de acierto del diagnóstico. Y sin embargo debiera saber que el establecimiento de ese grado de acierto simplemente no es posible⁵⁹, porque la pericial psiquiátrica está basada en una serie de criterios diagnósticos—el DSM-5⁶⁰— que ni siquiera son unánimes ni seguros, puesto que muchos síntomas, la enorme mayoría, son compatibles con otras patologías no incapacitantes, o que incluso afectan a personas que pueden considerarse perfectamente sanas. Además, todos los criterios de esta ciencia tienen fines terapéuticos, no forenses⁶¹. El juez debiera conocer esta realidad, así como que la relación entre psiquiatra y paciente puede llegar a alterar la declaración judicial del perito⁶². Por frustrante que parezca, no se le puede exigir a un psiquiatra o psicólogo que digan más de lo que su propia ciencia les permite decir⁶³.

Lo mismo puede decirse en el proceso civil. Los dictámenes más habituales son los topográficos, los arquitectónicos y los económicos, sin descartarse otros que,

of scientific basis, the analytically based disciplines generally hold a notable edge over disciplines based on expert interpretation. But there are important variations among the disciplines relying on expert interpretation. For example, there are more established protocols and available research for fingerprint analysis than for the analysis of bite marks. There also are significant variations within each discipline. For example, not all fingerprint evidence is equally good, because the true value of the evidence is determined by the quality of the latent fingerprint image. These disparities between and within the forensic science disciplines highlight a major problem in the forensic science community: The simple reality is that the interpretation of forensic evidence is not always based on scientific studies to determine its validity. This is a serious problem. Although research has been done in some disciplines, there is a notable dearth of peer-reviewed, published studies establishing the scientific bases and validity of many forensic methods.” Vid. También GATES, James S., “A View from a member of the National Commission on Forensic Science: A Perspective on Deliberations About Forensic Science and The Path Forward”, en NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE, *Forensic Science Research and Evaluation Workshop*, 2015, pp. 81 y ss. BEETY, Valena E., “Introduction to the West Virginia Law Review flawed forensics and Innocence Symposium”, *West Virginia Law Review*, vol 119, 2016, pp. 520-521. COLE, Simon A., “Scandal, Fraud, and the reform of forensic science: the case of fingerprint analysis”, *West Virginia Law Review*, vol. 119, 2016, pp. 523 y ss. Vid. también TARUFFO, Michele, “La prova scientifica. Cenni generali”, *47 Ragion pratica* 2016, p. 335 y ss. TARUFFO, “Prova scientifica e giustizia civile”, cit. pp. 241 y ss.

59. Vid. WOODY, Robert. H., “Psychological Testimony and the *Daubert* Standard”, *Psychological Injury and Law*, 2016, 9, p. 94.
60. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. DSM-5*, Madrid 2014.
61. FAIGMAN, “The *Daubert* Revolution”, cit. p. 108.
62. GORDON, Sara, “Crossing the line: *Daubert*, dual roles, and the admissibility of forensic mental health testimony”, *Cardozo Law Review*, vol. 37, 2016, pp. 1345 y ss, especialmente p. 1377.
63. TARUFFO, “Prova scientifica e giustizia civile”, cit. pp. 241 y ss.

según la dedicación del juez, también pueden ser frecuentes, como los biológicos. Una adecuada formación sobre los mismos –sin llegar a hacer del juez un experto– permitiría que al menos el juzgador entendiera de primera mano el dictamen que tiene delante, sin necesidad de tenerle que hacer al perito, durante el interrogatorio, siempre las mismas preguntas obvias.

Ello le permitiría evaluar con mayor verosimilitud la corrección del dictamen. No hay que olvidar que el mismo solamente es un dato del proceso, uno más, a considerar junto con los demás que aparezcan en dicho proceso. En este sentido, un juez no debe esperar certezas, que casi nunca concurren, sino datos que pueda coordinar con el resto de los que estén presentes en el proceso, a los fines de elaborar una motivación coherente.

De ese modo, el juez recibirá esos datos de un modo más crítico, pero no por la falta de verosimilitud de lo que diga el perito, sino por la realista consideración de que lo que diga el perito no tiene por qué ser exacto. De esa forma, el dictamen pericial será apeado del pedestal en el que ahora mismo está situado, y probablemente así saldremos de esa antigua fe en los expertos que lejos de traer luz al proceso, muchas veces solamente ha aportado oscurantismo. El papel de los peritos es muy importante, pero en una medida limitada que ponderará un juez que, a su vez, posea conocimientos básicos en la materia científica, pero que no podrá acometer el juez ignorante. A ese examen se añadirá el de la coherencia epistémica del dictamen, que se fundirá con el anterior porque pertenecen a un mismo terreno de un único razonamiento: el humano.

7. LA OPTIMIZACIÓN DEL ESTUDIO UNIVERSITARIO

Algo en lo que tampoco se repara habitualmente es en el estudio universitario o la formación del perito. No me estoy refiriendo a que el perito posea un prestigio entre sus colegas por la obra que lleve realizada, porque en realidad profesionales de prestigio hay muy pocos. Me refiero más bien a algo que está sufriendo una severa crisis desde hace mucho tiempo a la que nadie parece dispuesto a poner remedio: el estudio universitario.

Hubo un tiempo, bastante extenso, en que la posesión de un grado universitario atribuía a quien lo ostentaba la condición de experto, sin que nadie pusiera en discusión lo que decía. Es cierto que se trata de épocas en que el nivel cultural de la población era prácticamente subterráneo, pero el hecho es que desde las primitivas épocas del estudio de Bolonia hasta probablemente finales del siglo XIX, las carreras universitarias gozaban de prestigio. No siempre merecido, pero al menos se sabía que quien tenía un grado tenía un conocimiento en esa materia muy superior al del resto de la población.

Desde hace tiempo las cosas han cambiado. Las campañas de alfabetización del siglo XX y la redistribución de la riqueza en muchos países han hecho que la masa de la población ya no esté tan desinformada como antes, y que casi todos los habitantes puedan acceder al menos a los saberes científicos, a través de la lectura sobre todo.

En este sentido, la adicional labor de divulgación de algunos científicos ha sido verdaderamente encomiable, y habría que profundizar en la misma.

Sin embargo, al mismo ritmo que crecían la cultura y las posibilidades económicas de la población, se masificaron los estudios universitarios, de manera que si en 1948 una promoción de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona –única existente en Cataluña e Islas Baleares– contaba unas 80 personas, actualmente son varios cientos de alumnos los que se gradúan cada año en la decena de universidades hoy existentes. Yendo más atrás, en la Facultad de Medicina de la misma Universidad se licenciaron en 1880 unas 50 personas. Hoy los números son muy otros.

En esas épocas pasadas, muy probablemente los estudios no eran de mejor calidad que hoy en día, pero los que conseguían graduarse conseguían un prestigio social evidente fruto de las circunstancias de pobreza e ignorancia antes referidas. Siendo los tiempos hoy en día muy diferentes, y estando llamados los numerosos profesionales a atender las necesidades de una sociedad mucho más informada y compleja, la calidad de los mismos debiera ser muy superior a la actual. Todos los profesores sabemos –y lo saben también la mayoría de alumnos– que se están graduando personas que no lo merecen. Esas personas después se convierten en profesionales incompetentes que provocan un daño social gravísimo al prestar sus servicios de manera inadecuada.

Y entre esos servicios está, qué duda cabe, el de los peritos en el proceso. Es más, con frecuencia se dedican a hacer dictámenes periciales algunos graduados que no tienen éxito en su profesión, haciendo de la Justicia su *modus vivendi*. De esa manera, cada vez más centrados en un solo tipo de dictámenes periciales, se acaban acomodando en su quehacer resultando finalmente que en no pocas ocasiones se observan en el proceso dictámenes idénticos, textos a los que solamente se les ha cambiado los nombres de los interesados en el proceso y cuatro datos identificativos más. Y a veces, por error, ni siquiera eso.

Puede pensarse que es poco realista proponer una mejora en los estudios universitarios para que la prueba pericial recupere su antiguo prestigio, pero los que así piensen hermanados con el pragmatismo, estarán asumiendo una situación en la que han proliferado el número de centros docentes sin responder a una demanda profesional real de la sociedad, y que sus alumnos, teniendo en cuenta el altísimo precio que pagan por sus matrículas, esperan muchos de ellos aprobar como recompensa al esfuerzo económico realizado. No estoy diciendo que en la actualidad la Universidad esté poblada de alumnos caraduras, porque si hay que comparar la situación docente de ahora con la que encontré cuando empecé mi carrera, es bastante obvio que el número de indolentes ha disminuído notablemente, al contrario de lo que suele decirse. Quizás muchos son conscientes de que un título, actualmente, ya no asegura ningún puesto de trabajo en el futuro, y que la única forma de conseguirlo es acreditando un nivel de excelencia tras la obtención del grado.

Con todo, no se puede esperar solamente a que las tendencias sociales optimicen los estudios universitarios, sino que debe mejorarse al mismo tiempo el nivel del

profesorado, que es notorio que también ha aumentado en diversos departamentos con respecto a lo que se observaba hace solamente algunas décadas. Hace veinte años había algunos buenos docentes, pero tengo para mí que ahora son más. Al menos se observa un mayor compromiso con la docencia y un muy menor grado de absentismo entre los profesores, que cincuenta años atrás era, por desgracia, muy habitual.

Si mejora el profesorado y, por tanto, el nivel de la docencia y consiguientemente la exigencia de las evaluaciones, saldrán mejores profesionales. Esa, se quiera o no, es una de las claves más sistémicas de la mejora futura de la prueba pericial.

8. LA RESPONSABILIDAD DEONTOLÓGICA DEL PERITO

Como complemento a lo anterior, algo que debiera mejorar también sería la responsabilidad del perito. La mayoría pertenecen a un colegio o asociación profesional que acostumbra a comportarse de modo muy corporativista, pero no en el sentido positivo que pueda tener la palabra, sino realizando de escudo protector de un mal profesional que no lo merece.

Los dictámenes, en mi opinión, en los casos en que así lo pida directamente el juez –no así las partes, que podrían utilizarlo sistemáticamente como medio dilatorio o de ataque–, deberían ser objeto de revisión por el colegio profesional o incluso por la Universidad si se busca más imparcialidad, a fin de identificar suficientemente al mal profesional. Si ello se llevara a cabo, muchos peritos se abstendrían de realizar según que actuaciones en un proceso, ante el temor a ser reprobados. Ello conferiría una mayor fiabilidad a los dictámenes periciales.

Por supuesto, la responsabilidad profesional debe modularse en función de las carencias o errores –intencionados o no– que haya mostrado el perito. En la mayoría de las ocasiones bastaría una reprobación, que identificara a los profesionales que la tuvieron y los señalara como poco fiables para transmitir conocimientos científicos a un juez. Y en los casos más graves debería procederse a una responsabilidad disciplinaria. No puede consentirse que un profesional sea corrupto o ignorante, y eso es lo que ocurre hoy en día, dado que la responsabilidad del perito por un dictamen mal realizado suele ser inexistente.

Esa realidad debe cambiar. Es posible que la Universidad se haya equivocado otorgando un título a quien no lo mereció. Es factible que al cabo de los años un graduado que no ha cuidado su formación continuada, haya perdido el nivel de excelencia indispensable para ejercer su profesión. Esas situaciones deben ser detectadas y obrar en consecuencia. Quizás con ello podamos a volvernos a fiar del estándar *Frye*, que reflejaba la situación social de los años veinte del siglo XX, antes referida. Quizás de ese modo evitaremos que el juez se vea obligado a analizar algo para lo que, no nos engañemos, no está capacitado: la mayoría de los criterios *Daubert*.