

LA IM/PARCIALIDAD PERICIAL Y OTRAS CUESTIONES AFINES. CONFIABILIDAD, DESACUERDOS Y SESGOS DE LOS EXPERTOS

The Im/partiality of the Expert Witnesses and its Relatives
Trustworthiness, Disagreements and Biases

Carmen Vázquez*

Resumen

Uno de los temas recurrentes en el análisis de la prueba pericial, al menos en los sistemas de tradición romano-germánica, es la parcialidad o imparcialidad de los expertos, fundamentalmente considerada como un criterio para la atribución de valor probatorio. Por ello, vale la pena profundizar en este tema, distinguiendo en primer lugar diversos sentidos de “im/partialidad” (y sus vínculos con otros conceptos atinentes), para luego concretar mecanismos jurídico-procesales que ayuden a identificar cuándo un perito está siendo parcial a lo largo de las diferentes etapas probatorias.

Palabras clave

Prueba pericial, conocimiento experto, imparcialidad, sesgos, desacuerdos entre expertos, confiabilidad

Abstract

At least in civil law systems, when expert evidence is on issue the expert's impartiality (or partiality) is a recurrent topic, mainly as a criterion used for the assessment of this kind of evidence. For this reason, is worthwhile pay attention to this topic, primarily distinguishing different senses of im/partiality (and their relationship with other relevant concepts); and then take into account the judicial mechanisms whose functioning could contribute to identify a partial expert, from her appointment through her assessment.

Carmen Vázquez. Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Girona. Correspondencia: Universitat de Girona, 12. Facultat de Dret, 17071, Girona, España. carmen.vazquez@udg.edu

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto “Prueba y atribución de responsabilidad: definición y contrastación del daño” (DER2014-52130-P). Agradezco la lectura del borrador de este trabajo y sus estupendos comentarios a Mauricio Duce, Jordi Ferrer y los evaluadores anónimos de esta revista; también a todos los participantes del debate en las IV Jornadas Chilotas de Derecho.

ISONOMÍA No. 48, abril 2018, pp. 69-107

Keywords

expert evidence, expert knowledge, impartiality, bias, experts' disagreements, trustworthiness

I. La imparcialidad

En los sistemas de tradición romano-germánica uno de los criterios más usados tanto para decidir la admisión de pruebas periciales como para su valoración ha sido la imparcialidad del perito entendida, en términos sumamente generales, como la ausencia de cierta relación del experto con las partes. La jurisprudencia y la dogmática procesal han derivado de la ausencia de relación del perito con una de las partes una serie de consecuencias sobre el contenido o el resultado de la prueba pericial, sin explicitar el mínimo fundamento de esa inferencia. Como ejemplo de ello, consideremos la sentencia del Tribunal Supremo español de 5 de noviembre de 1998:

Todo acto declaratorio de ruina legal encuentra su causa en una situación de hecho para cuya apreciación son esenciales los informes periciales, a valorar —artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— a la luz de las reglas de la sana crítica, siendo uno de los *criterios básicos* a tener en cuenta, el de la *independencia* de los técnicos autores de los informes, respecto a los intereses en juego, lo que, desde luego, viene a servir de suficiente garantía a la imparcialidad de sus apreciaciones, siendo evidente que conforme a ese criterio, los dictámenes presuntamente *más objetivos* son, en principio, los de los técnicos municipales y los de los peritos procesales nombrados por insaculación o por acuerdo entre las partes...

O el criterio histórico también de la jurisprudencia española que afirma que “deben preferirse los dictámenes [emitidos] por organismos oficiales o por peritos no designados por las partes”; dado “que la pericia judicial se antoja más objetiva e imparcial que la pericial de parte, la cual adolece de excesiva complacencia para quien la contrató.”¹ Mientras, en la dogmática,

¹ Sentencia de 21 de junio de 1983 del Tribunal Supremo español y Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de diciembre de 2004 respectivamente. También puede verse, por todos,

por ejemplo, Botter (1982, p. 84), enumera las supuestas ventajas que tiene un perito imparcial de designación judicial: ayuda al juez de los hechos a llegar a un resultado correcto, aumenta la predictibilidad de las decisiones, ayuda en la valoración del caso, pone a disposición expertos cualificados y fiables que, de otra manera, se rehusarían a participar y provee de un peritaje que disminuirá el tiempo del proceso.

La idea que parece subyacer tanto a los criterios jurisprudenciales citados como a lo dicho por Botter es que el perito, dada la relación con una de las partes, no tomará en consideración, o no explicitará, *todo* lo que *podría y/o debería*, sino solo *parte* de ese todo; o que *tergiversará* de alguna manera la información completa y/o correcta que posee. Pero, si esto es así, es posible identificar situaciones en que pudiera considerarse como parcial a un experto (o a los resultados de su actuación como tal) independientemente de su relación con la parte que lo contrató. Basta pensar, por ejemplo, en el caso de ciertos peritos institucionales que tienen interiorizados los fines u objetivos de las instituciones para las que trabajan y cuyo acercamiento a la información del caso no es neutral; o en los casos en que la información que se brinda al experto para la realización de su labor es incompleta y, por ende, sus conclusiones parciales. Ejemplos como estos mostrarían que la parcialidad de la prueba pericial va más allá de los mecanismos de nombramiento de los peritos, presentándose situaciones de parcialidad de una prueba pericial en las cuales la relación con las partes es irrelevante (o contingente).

Pese a la importancia que tradicionalmente se le ha atribuido a la imparcialidad de los peritos para determinar la admisibilidad y valoración de este tipo de pruebas, el concepto usado por la doctrina y la jurisprudencia ha estado vinculado a una noción extremadamente restrictiva de la misma que no se hace cargo de aspectos relevantes a considerar y, por ello, el diseño de diversos modelos procesales no ha hecho cuanto podría hacer para enfrentar esta cuestión. El ejemplo paradigmático lo constituye quizás la asunción de que el perito seleccionado con un sistema imparcial es por ese mero hecho mejor que cualquier experto presentado por las partes, sin atender siquiera a los criterios bajo los cuales ha sido seleccionado, ob-

López-Muñiz (2008, pp. 368-377) y Abel Lluch (2009, pp. 140 ss.), citando además amplia jurisprudencia española sobre esta preferencia.

viando que lo que es imparcial es el sistema de selección y no necesariamente el experto seleccionado.

Posiblemente parte de la restricción sufrida se debe a cierta concepción sobre lo que es *ser experto*. Algunas veces se acusa al perito de ser parcial (o no ser objetivo) considerando que todo aquel que ostente ciertas credenciales debería llegar a una única respuesta correcta, dejando así de lado las inferencias realizadas por este, como si ser experto fuera fundamentalmente ostentar ciertas credenciales. O, quizá peor aún, obviando que el experto es una persona que como cualquier otra tiene circunstancias personales, un carácter y sentimientos que *pudieran* llegar a afectar su proceso de conocimiento, incluso de manera inconsciente, ante las que se debe estar permanentemente al tanto.

Los diferentes tipos de im/parcialidad que serán abordados tienen una relación directa con otros conceptos y problemas de la prueba pericial, tales como la confiabilidad, la *expertise* misma o incluso el valor probatorio que se atribuye a las afirmaciones periciales.² Por ejemplo, como se verá, un sujeto puede *ser* experto aunque un tercero no le *atribuya* confiabilidad, pero tal *confiabilidad* dependerá de la información que se tenga sobre su autoridad teórica y sus incentivos para actuar de cierta manera. Ahora bien, pese a todo ello, un buen experto/perito puede cometer errores inferenciales en un caso concreto por tomar en cuenta solo *una parte* de la información disponible o siendo inconsciente de que sus emociones o su carácter han contaminado su proceso de conocimiento.

El objetivo de este trabajo es entonces ahondar en tres tipos de parcialidad, distinguiendo no solamente los diferentes problemas en cada uno de ellos, sino también: (i) introducir en el mismo debate otras tres cuestiones estrechamente relacionadas, como son la confiabilidad de un experto, qué es ser experto o la *expertise* y los desacuerdos entre expertos; y, (ii) analizar los mecanismos procesales con que los diversos sistemas jurídicos cuentan (o deberían contar) para hacer frente a dichas cuestiones.

Para lograr el objetivo que me propongo seguiré el siguiente itinerario. En primer lugar, analizaré someramente lo que identifico como “im/par-

² Es importante advertir que no hay un acuerdo sobre el significado de cada una de estas palabras. Espero evitar discusiones netamente terminológicas estableciendo medianamente en los distintos lugares del trabajo lo que estoy entendiendo con cada una de ellas.

cialidad de origen” que, como lo he dicho antes, es donde suele centrarse el análisis tradicional del tema y donde, paradójicamente, pese a ser muy claro el concepto, es poco fructífero el sistema actual para lograr lo que parece proponerse: tener peritos oficiales confiables. En segundo lugar abordaré la “im/parcialidad cognitiva”, a la que identifico así por su incidencia en el proceso de conocimiento que debe llevar a cabo un experto para realizar afirmaciones relevantes sobre el caso concreto, tanto en lo que respecta a la información considerada como a las inferencias realizadas a partir de la misma. Este segundo apartado será dividido en dos partes con la finalidad de mostrar que en ese proceso de conocimiento realizado por un experto están en juego estructuras profundas de lo que significa *ser experto* y que, precisamente, un mal entendimiento al respecto podría explicar por qué se ha prestado tanta atención a la relación perito-parte para dar cuenta de la parcialidad pericial. Y, finalmente, en un tercer apartado se analizará la “im/parcialidad disposicional”, a la que identifico de tal manera porque alude a ciertas disposiciones que puede sufrir un experto, como cualquier otro ser humano, y que pudiera de diversos modos contaminar su proceso de conocimiento con cuestiones que van más allá de su *expertise*.

Soy consciente de que cada uno de los temas abordados ameritaría en sí mismo un trabajo; sin embargo, me parece que es necesario realizar un panorama amplio de aquellas actuaciones que pudieran ser identificadas como “parciales” en una prueba pericial, desambiguando el término “im/parcialidad” y mostrando la complejidad de las diversas fuentes de parcialidad, los posibles mecanismos para afrontarlas y sus consecuencias en un elemento de juicio que cada vez es más determinante en los procesos judiciales actuales, la prueba pericial.

II. La imparcialidad de origen

Como ya se ha dicho anteriormente, la imparcialidad de origen hace alusión a la ausencia de relación directa (o indirecta) con las partes *por* su selección como experto que aportará información relevante sobre los hechos del caso. Entendido así, *conceptualmente* un perito de parte es parcial

y, por el contrario, un perito seleccionado de alguna manera por el juez es imparcial. Efectivamente, un perito seleccionado por una parte, en principio, siempre le beneficiará a esta —en caso contrario no lo hubiera seleccionado o presentado—. Sin embargo, a partir de ello no puede inferirse de ninguna manera que la razón que ese perito otorgue a las partes no pueda estar sustantivamente justificada, siendo entonces completamente irrelevante su parcialidad de origen. Pero, entonces, ¿en qué sentido la *imparcialidad* de origen resultaría relevante *epistemológicamente*, si es que lo es?

Una posible respuesta al punto anterior podría depender de aquello que se entienda por *ser* experto o por lo que constituye el conocimiento experto. Por ejemplo, si se parte de la idea de que el conocimiento experto es algo así como un conjunto sistematizado de creencias justificadas, verdaderas, compartidas o aceptadas al menos por una importante parte de cierta comunidad de expertos, entonces bastaría con seleccionar de manera imparcial a uno de esos miembros para tener el conocimiento verdadero, real, válido, genuinamente experto, etc. Quizá bajo tal concepción se han desarrollado en algunos sistemas jurídicos ciertos mecanismos para la *selección imparcial* del experto, como un posible acuerdo entre las partes, el sorteo, la insaculación o, más común actualmente, la designación por lista corrida dentro un listado oficial de peritos previamente conformado.³ Sin embargo —nótese aquí el cambio— ya no estamos hablando de un perito imparcial, sino de la selección imparcial de un perito.

Lo anterior tiene dos grandes problemas: primero, la propia concepción del conocimiento experto, que retomaré en el siguiente epígrafe dada su importancia directa para la imparcialidad cognitiva; y, segundo, que casi todos los sistemas mencionados terminan dejando directamente *a la suerte* la decisión de quién será el perito en un caso concreto. Y en este contexto hay que analizar las implicaciones epistemológicas de este origen imparcial del llamado perito oficial. Para ello consideremos como ejemplo

³ Se puede encontrar este sistema en sus diversas versiones en la historia del proceso civil español. Así, en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil se establecía que el sistema de selección era el acuerdo por las partes, si este no se lograba, entonces la insaculación y, de no ser esta posible, la elección directa del juez. Mientras en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, sigue estando el acuerdo entre las partes, el sistema de lista corrida y la designación hecha directamente por el juez. Véase, el artículo 339.2 de la LEC; al respecto, también Abel Lluch (2009, p. 66).

aquellos sistemas que designan al perito utilizando listados de expertos previamente conformados.

La conformación de un listado de supuestos expertos disponibles para actuar como peritos en un proceso judicial, evidentemente, puede realizarse a partir de criterios muy diversos que no necesariamente aseguran ni siquiera la *expertise* de los sujetos en ellos incorporados, por no hablar de la calidad de su trabajo en general y menos aún de la calidad de su participación en procesos judiciales concretos. Algunas veces tales listados obedecen simplemente a la satisfacción de requisitos formales, a la filiación a cierta agrupación o incluso a la mera disponibilidad para participar en la arena jurisdiccional. En ocasiones, tales listados son realizados por los propios órganos (administrativos) de los poderes judiciales y otras veces son realizados por los colegios u otras organizaciones de expertos. Si bien es cierto que debería haber una importante diferencia entre un listado que ha sido conformado por legos observando ciertas formas de carácter más bien administrativo⁴ y un listado que ha sido conformado por los propios

⁴ Consideremos como ejemplo la convocatoria para integrar la lista de personas que pueden fungir como peritos ante los órganos del Poder Judicial de la Federación (Méjico) durante el año 2016, emitida por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal, que como requisitos de los aspirantes a conformar la lista exige: a) Título o, en su caso, acreditar los conocimientos oportunos si se trata de áreas no reglamentadas. Además del título profesional correspondiente, demostrar que se está en permanente actualización; b) Tener determinados años de experiencia laboral. Y demostrar la calidad de su trabajo mediante cartas de personas o instituciones a las que haya prestado sus servicios; c) Dedicarse de forma cotidiana a las tareas de dicha área; d) Gozar de buena reputación y modo honesto de vivir, demostrándolo mediante cartas de personas que avalen su solvencia y conducta moral; e) No haber sido condenado por delito doloso que merezca pena privativa de libertad; f) No estar en activo en el servicio público (véase: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5399624&fecha=07/07/2015).

Sobre tales requisitos me interesa hacer dos observaciones. Primero, el conjunto de requisitos es insuficiente para una buena selección porque incluso tomados todos no garantizan que para el caso se haga una buena selección. Por ejemplo, aunque en un plano teórico pueda defenderse la adecuación de exigir una titulación oficial sobre la materia, es bien sabido que no todos los titulados tienen una formación y experiencia similares, de modo que un titulado puede resultar mejor para la realización de una pericia concreta que otro (Ledesma, 2006, p. 46). Por otro lado, el conjunto requerido es excesivo porque hay algunos criterios que son del todo inadecuados. La buena reputación y el modo honesto de vivir pueden ser irrelevantes a efectos de confiar en un experto para X, pero, además, la pretendida demostración de esto mediante avales es, en mi opinión, inútil. A mayor abundamiento, este puede ser un buen ejemplo de cómo la eficacia de los instrumentos motivacionales externos de carácter informal dependen de las prácticas sociales en que estos tienen lugar. Así, otorgar un aval supone en algunas sociedades un fuerte compromiso por quien lo realiza, mientras que en otras se otorga muy alegremente, incluso a veces sin conocer personalmente a quien se avala. Al respecto, véase Vázquez, 2015.

expertos siguiendo criterios más sustantivos,⁵ la evaluación necesaria para pasar a formar parte del listado es realizada generalmente por un tercero con total independencia del caso concreto para el cual ciertos conocimientos especializados son relevantes y sin que el juez del caso tenga (o se interese en tener) información sobre el procedimiento seguido para ello.⁶

Es relativamente fácil intuir que en general tales listados estarán conformados por expertos de muy diversa calidad o, en el peor de los casos, por personas que han satisfecho los requisitos formales mínimos. Sin embargo, pese a ello, estamos usando la insaculación, el sorteo o la lista corrida para seleccionar al sujeto que fungirá como perito en un caso, sin preocuparnos mínimamente por la idoneidad del sujeto o, menos aún, por si es el mejor de los expertos disponibles. Es más, el sistema sólo asegura que la selección entre un conjunto de personas es imparcial, pero ni siquiera asegura que el seleccionado es de hecho imparcial o se comportará de forma imparcial en el transcurso del proceso judicial. Entre ello y tirar una moneda al aire parece que hay poca diferencia.

En un escenario así tiene total sentido la crítica que Champod y Vuille (2010, p. 30) realizan a los sistemas de tradición romano-germánica respecto a cierta actitud “*laissez – faire*” en cuestiones de admisibilidad de peritos oficiales pese al gran uso que de ellos se ha hecho en tales contextos jurídicos, promoviendo una especie de fe en un perito por la sola razón de que se le *presume* competente e imparcial por su origen.⁷ Peor aún, nadie termina siendo responsable de la decisión sobre quién será el perito

⁵ Como parece ser el caso del Colegio Oficial de Médicos de Madrid que para la selección de los peritos que conformarán la lista tiene sociedades científicas que informan sobre la capacitación técnica de los mismos. Además de una comisión deontológica que informa sobre expedientes disciplinarios.

⁶ Por no decir que centrar la atención únicamente en el hecho de que un conjunto de expertos enlista a otros obvia el problema de que elegir a una comunidad de expertos, por ejemplo, para realizar un listado, podría implícitamente conllevar seleccionar entre diversas partes de un conflicto teórico-experto.

⁷ Habría que enfatizar que se trata de una posibilidad y no que la insaculación, o cualquier mecanismo de selección dependiente de la suerte, sea garantía de ello, tal como reconoce, por ejemplo, Nieve (2010, p. 288): “Aunque en principio quepa atribuir mayor credibilidad al perito de designación judicial, que no sabemos si es parcial, que al perito de parte, que ya sabemos que lo va a ser porque, de lo contrario, el litigante no aportaría el dictamen, entiendo que hay que prescindir de entrada de esa conclusión, porque en caso contrario se dejan de lado dictámenes de parte absolutamente bien fundamentados, y se prioriza el criterio de peritos de designación judicial que pueden acabar siendo todavía más parciales que un perito de parte”.

en un caso; no lo son quienes hacen los listados, ni tampoco el juez; y si después de que aquel ha realizado todas las operaciones periciales, e incluso ha comparecido a la práctica de las pruebas, resulta que no ha satisfecho las necesidades epistémicas del caso —por ejemplo, porque no era el experto más adecuado para hacerlo— todo termina “simplemente” en una perdida de recursos económicos, temporales y hasta cognitivos que posiblemente hubiesen podido evitarse en muchos casos si la selección se hubiese hecho de manera racional.

¿Lo anterior sugeriría que debe ser el propio juez quien elija al experto del caso cuando se trate, obviamente, de este tipo de pruebas periciales? Sí, al menos sugiere que el juez debe ser responsable de la decisión de quién es el experto nombrado para el caso, sea porque él mismo ha considerado que se trata del mejor experto disponible o porque, por ejemplo, considera que la comunidad experta que señala al experto es confiable. Y para esa toma de decisión, importantísima muchas veces para decidir el caso mismo, el sistema debería ofrecer a los jueces las herramientas adecuadas, incluso quizás en función de la complejidad de la *expertise* implicada; por ejemplo, estableciendo relaciones con instituciones confiables que auxilien adecuadamente a los jueces o trabajando para ir recabando información relevante sobre cómo han actuado los expertos que han participado como peritos seleccionados por los jueces.

Seguramente muchos defensores de los sistemas imparciales de designación de peritos se preguntarán si al dejar al juez elegir al perito no se podría poner en peligro la propia imparcialidad judicial. La respuesta a ello no puede ser más que afirmativa, subrayando la potencialidad del *podría*, básicamente de la misma manera que cualquier otro tipo de decisiones que deben tomar los juzgadores, empezando por la decisión de llamar o no a un experto en ejercicio de sus poderes probatorios. Por eso, más allá de preocuparnos porque el juez tiene que elegir al experto, deberíamos ocuparnos en cómo el juez toma tal decisión y, desde luego, por las herramientas que tienen las partes para participar de tal decisión.⁸

⁸ Me refiero fundamentalmente al principio del contradictorio, pero también a la posibilidad de cuestionar la selección del experto que realice el juez. Para ello, el sistema debe prever la recusación, por ejemplo.

Con todo lo dicho hasta aquí, entonces, es dable concluir que el hecho de que el perito no sea elegido por las partes, en sí mismo nada dice sobre la calidad de un experto y menos aún de una prueba pericial. Ahora bien, la imparcialidad de origen del experto abre la *posibilidad* de que la introducción misma de conocimiento experto se realice con componentes epistemológicos serios que fundarían una diferencia importante entre el perito de parte y los peritos seleccionados bajo ciertos criterios por el juez. Tal diferencia sería de carácter epistemológico si y sólo si la decisión sobre qué experto será el perito en un caso concreto se funda en razones *prima facie* para creer en este respecto a P.

Así pues, el punto distintivo del perito seleccionado por el juez no radicaría en su selección imparcial de origen, sino concretamente en los criterios empleados para su selección. Y, en este sentido, el tema clave es la *confiabilidad* del perito; o, dicho en términos más concretos, que cuando a los jueces les corresponda seleccionar al experto, tal selección sea el resultado de haber valorado dos condiciones conjuntamente necesarias y suficientes sobre aquél: su autoridad teórica específica sobre aquellas cuestiones relevantes para los hechos del caso y los motivos que le pudieran llevar a actuar encapsulando un interés en la averiguación de la verdad en el transcurso del proceso judicial. Así entonces la denominación “*perito de confianza de los jueces*” daría cuenta de una cuestión sustantiva,⁹ y no meramente de su pertenencia a una institución o su mera selección con un sistema imparcial.

Para el nombramiento del perito de confianza, el juez tendría pues la responsabilidad de atribuir *prima facie* autoridad teórica al experto,¹⁰ no pudiéndose poner en una relación de confianza con alguien cuya *expertise* desconozca, considere cuestionable o que solo presuponga,¹¹ esperando

⁹ En este sentido, la confiabilidad es normativa, es decir, está justificado confiar en quien resulta confiable. Véanse distinciones análogas respecto a creer y credibilidad o aceptar y aceptabilidad en Ferrer (2005, p. 96).

¹⁰ Este *approach* a la autoridad teórica, i.e., desde el punto de vista de aquellos para los cuales un sujeto resulta una autoridad, siguiendo a De George (1984, p. 27), tiene las siguientes ventajas: permite distinguir diferencias de opinión sobre quién es una autoridad; enfatiza la relación de autoridad y, con ello, su aspecto funcional; y, además, permite “questionar los fundamentos de tal autoridad y los parámetros empíricos que usamos para discutir, pesar e investigar la autoridad de una persona”.

¹¹ Aquí pueden existir otros problemas, por ejemplo, en sistemas donde los jueces (o incluso los fiscales) hacen un uso demasiado frecuente de expertos simplemente porque son éstos los únicos existentes o disponibles.

en el mejor de los escenarios que la falta de autoridad teórica sea expuesta y/o reconocida durante el juicio. Cuando se trata de un perito de confianza de los jueces, parte de las razones que lleven a su nombramiento deben ser razones para creer en su testimonio y no meramente condiciones para determinar que un individuo cumple con ciertos requisitos formales para fungir de perito. Vale la pena notar que no se trata de una evaluación del contenido del testimonio, que aún ni siquiera se habría brindado, sino de evaluar la información que se tenga sobre que el experto *sabe cómo* llevar a cabo las actividades relevantes para conocer la verdad de una proposición *P*; y, además, que existan criterios socialmente compartidos para evaluar la corrección de *P*.¹²

La primera cuestión, i.e., valorar que el experto *sabe cómo* llevar a cabo ciertas actividades supone, obviamente, que haya información sobre el ejercicio de la propiedad disposicional de la *expertise* relevante del sujeto en cuestión que permita realizar tal evaluación. Y esta puede ser obtenida, por ejemplo, a partir de la conformación de cierto historial del experto por el propio juez; a partir de un historial jurídico-institucional o de cierto juicio fundado ofrecido por una comunidad experta. Cada uno de estos mecanismos en abstracto tiene ventajas e inconvenientes,¹³ el punto clave es conocer los antecedentes relevantes del sujeto *qua* experto que arrojen información sobre su ejercicio en las actividades que llevará a cabo para conocer la verdad de una proposición.

Por otro lado, por lo que hace a la valoración de los motivos del experto que pudieran llevarle a actuar encapsulando el interés en la averiguación de la verdad durante el proceso judicial, en primer lugar, habría que decir que la conducta del perito cobra relevancia debido a que en el momento de su designación, cuando el juez decide confiar en él, aún no se han llevado a cabo las operaciones periciales, y por ello en ese momento importa evaluar los intereses del perito *para* actuar de determinada forma. Esos intereses no tienen por qué coincidir con los del juez, sino que deberían valorarse los incentivos positivos y negativos que el *mantenimiento* de la

¹² En la misma línea puede verse De George, 1984.

¹³ La mejor opción sería tener más de una fuente de información. Al respecto, véase Vázquez, 2017.

relación con el juez o con los jueces brinda al perito.¹⁴ Así pues, asumo que, en parte, una jueza debería confiar en un perito si piensa que a este le interesa mantener su relación con ella y, por ello, actuará de forma confiable en todo aquello relevante sobre X. Aunque el interés del perito pudiera ni siquiera ser la relación en sí misma, sino las consecuencias de la misma, por ejemplo, en la pérdida de reputación que tendría si pierde la confianza de una jueza o juez.

Más allá de los esfuerzos individuales que pueda hacer cada experto para resultar confiable o cada juez para ofrecer los incentivos adecuados, cabría poner mayor atención en los incentivos institucionales que se tienen o se pueden desarrollar a efectos de motivar a los expertos a buscar la verdad sobre los hechos del caso en el que participan.¹⁵ Solo por citar un par de ejemplos, se podría conformar un listado de malos peritos, con consecuencias no solo para la reputación de los mismos, sino para futuras participaciones en el contexto judicial; en cambio, como incentivo positivo, podrían publicarse los trabajos realizados por los expertos para la resolución de un caso, buscando que su impacto vaya más allá de un caso. Todo esto, por cierto, supondría un sistema en el que realmente nos preocupamos porque el experto seleccionado sea confiable y no simplemente por la selección imparcial de algún tipo de experto.

Entonces, recapitulando, la confiabilidad de un perito está compuesta por su autoridad teórica y su disposición para actuar de forma correcta. La atribución de autoridad teórica es el *juicio* que hacemos a partir de cierta información sobre que alguien es (o no) experto; obviamente ese alguien podría *ser* experto aun cuando un tercero no le atribuya la citada autoridad. Sin embargo, un experto podría justificadamente tener autoridad teórica dado su historial y, aun así, cometer errores en un caso —por ejemplo, debido a que solo se le ha dado *una parte* de la información—. Y un experto podría tener todos los incentivos para buscar la verdad en un caso concre-

¹⁴ Un modelo sugerido por Hardin (2002, p. 13), aunque en un contexto distinto al de la prueba pericial que aquí se trata. Con ello asumo pues una concepción estratégica de la confiabilidad, pues considero que el aspecto motivacional está conformado por ciertos incentivos para que H actúe de forma confiable respecto de X con A.

¹⁵ Tal como afirman Saks y Spellman (2016, p. 211), “[l]a idea de que diferentes arreglos organizacionales producirían diferentes comportamientos por parte de aquellos que trabajan en una organización refleja la idea de que el comportamiento no es sólo un producto de rasgos y estados internos de la gente, sino de las estructuras organizacionales y las situaciones de las que forman parte”.

to, pero siendo inconsciente de sus emociones, circunstancias o carácter, fracasar en el intento por *contaminaciones* independientes a su *expertise*. Ahora bien, la identificación de las parcialidades no siempre se podrá llevar a cabo a efectos de seleccionar a un experto, por lo que su tratamiento va mucho más allá de la selección de un perito confiable.

III. La parcialidad cognitiva

La parcialidad cognitiva, como lo he dicho antes, consistiría en que el perito haya fundado su actuación en información incompleta, parcial, bien porque teniéndola no la consideró relevante, bien porque no la tuvo a disposición. Al menos se dan dos situaciones en donde esta parcialidad puede tener lugar: cuando la información sobre los hechos del caso que funda una actuación pericial es incompleta y cuando el experto parte de ciertas predisposiciones teóricas en disputa al interior de un área de conocimiento. La primera impacta directamente sobre la calidad de las afirmaciones que el experto pudiera realizar, pero al menos en algunos casos pudiese tener un fácil remedio. En cambio, la segunda amerita una discusión más extensa sobre qué es ser un experto, dada la obviedad de que todo experto tiene un andamiaje teórico-conceptual.

Comencemos con la parcialidad del peritaje debida a la información incompleta sobre el caso. El primer paso es enfatizar otra obviedad: para poder identificar la incompletitud en cuestión se precisa que el perito especifique de la manera más clara posible toda la información que sobre el caso ha considerado, explicitando tales cuestiones en su informe pericial. Pero esta responsabilidad no solo recae en el perito, las partes y el propio juez deben también especificar cuál es la información que le están brindando al experto, además de qué es lo que le están pidiendo que haga. Respecto al primer punto, como el lector ya lo adivinará, vuelve a tener sentido la distinción entre prueba pericial de parte y prueba pericial realizada por un perito de confianza de los jueces, pues uno de los aspectos que diferencian a la primera radica precisamente en que las partes no sólo establecen los extremos del peritaje, sino que también son éstas las que ofrecen la información sobre la que se fundará la prueba pericial respecti-

va. Por el contrario, cuando se trata del perito de confianza de los jueces, son estos quienes deberán controlar las necesidades epistémicas del caso y quienes pondrán a disposición del experto la información que consideren relevante para que realice sus operaciones periciales. Entiéndase bien, no estoy aludiendo a la relación perito-parte en sí misma, sino al acceso a la información que un experto tiene en función de quién se la brinda.

Por otro lado, respecto al segundo punto antes aludido, i.e. especificar qué se le pide al perito que haga, vale la pena recordar que un experto puede informar sobre alguna(s) de las siguientes cuestiones: generalizaciones independientes a los hechos particulares del caso (aunque relevantes para este); los hechos del caso como instancia de una generalización independiente o, bien, directamente sobre los hechos particulares del caso.¹⁶ Si pensamos, como ejemplo, en los múltiples casos sucedidos en distintos países donde la cuestión litigiosa era si la talidomida causó daños congénitos a una persona, se correspondería al tipo de preguntas siguientes respectivamente: ¿es la talidomida teratogena?; ¿los daños congénitos de Juan Pérez podrían (hipotéticamente) haber sido ocasionados por la ingesta de talidomida que su madre hizo durante su embarazo?; y, ¿los daños congénitos de Juan Pérez fueron de hecho ocasionados por la ingesta de talidomida que su madre hizo durante su embarazo? Evidentemente, aunque puedan diferenciarse las cuestiones anteriores, están interrelacionadas entre sí, sobre todo cuando, como sucede en muchos de los procesos judiciales, el objetivo por el que se llama al experto es el análisis de los hechos particulares del caso.

Entre las tres situaciones descritas hay una diferencia en cuanto a sus efectos para la parcialidad cognitiva, pues mientras la primera podría afectar directamente a la consideración de experto para el caso, las segundas podrían tener una explicación precisamente en la fuente de la información que funda la actuación del perito. Es decir, si llamamos a un experto para que nos informe exclusivamente sobre si la talidomida es (o no) teratógena y este solo ofrece parte de la información disponible, podrían surgir dudas

¹⁶ Hand (1901, p. 50) sostiene una opinión diversa a esta clasificación, para él, al menos en el momento en que escribió su trabajo, el experto informaba solo de reglas físicas uniformes, leyes naturales o principios generales. Bajo tal concepción, la solución que Hand proponía era el nombramiento de un grupo de expertos que asistiera a los jueces con tales verdades generales y cuyo criterio fuese tratado como final y decisivo. Actualmente, dados los avances de la ciencia y la aceptación de la falibilidad del conocimiento en general podemos darnos cuenta de los peligros de una propuesta como esta.

sobre si es realmente un experto en el tema. Volveré sobre todas estas cuestiones más adelante, por ahora me interesan las situaciones donde el experto tiene que aplicar sus conocimientos a los hechos del caso concreto a partir de información brindada por quien lo selecciona.

La selección de quién será el perito es realizada, evidentemente, en una etapa muy temprana del proceso judicial donde la información que pudieran tener tanto las partes como el juez pudiera ser incompleta y, una vez avanzado el asunto, entonces ser de diferentes maneras complementada. Una situación así podría generar una contradicción no sólo en el propio informe pericial, sino entre este y lo declarado por el perito en juicio oral. Ante tal situación, el tratamiento actual de las contradicciones sugiere que el hecho de su existencia conlleve en sí mismo una disminución de su valor probatorio. Sin embargo, en mi opinión, tal contradicción debería ser tratada de manera distinta a lo que sucede, por ejemplo, con la prueba testimonial, cuyo objetivo es que el testigo *describa* hechos pasados. ¿Por qué? Precisamente, dado que se le pide al testigo que describa hechos pasados, no puede haber cambios justificados en sus afirmaciones sin que resulte afectada directamente (en mayor o menor grado) su calidad; en cambio, las contradicciones en el transcurso de una prueba pericial, en sí mismas, no denotan una menor calidad, es indispensable que los expertos expliquen el porqué de éstas a efectos de saber su importancia e implicaciones para la fiabilidad de la prueba en cuestión. Es más, en un mundo ideal los propios expertos deberían hacer explícitas tales contradicciones desde el momento en que son conscientes de ellas.

Ahora bien, el avance de un proceso judicial y la identificación de nueva información como resultado de ello, podría hacer posible la necesidad de que los peritos realicen nuevas operaciones periciales cuando se trata del análisis de los hechos concretos del caso, y aquí surgiría una importante cuestión sobre los límites de las pruebas admitidas: hasta dónde se puede ampliar la información inicialmente admitida. Desafortunadamente, la respuesta dependerá totalmente del sistema jurídico en cuestión, de la jurisdicción en que se esté llevando el caso y/o de qué tipo de nueva información se trate. Sobre este último punto, por ejemplo, si atendemos a la dinamicidad de la empresa científica y de la tecnología, rápidamente podríamos identificar el problema que representan nuevos descubrimientos científico-tecnológicos para las decisiones judiciales tomadas con fun-

damento en un conjunto de pruebas que no los consideraba.¹⁷ No hay que olvidar que el conocimiento científico es siempre susceptible de ser modificado; y, aquí, como regla general, tal como sugiere Tuerkheimer (2011, p. 554), entre más dependiente haya sido la decisión judicial del conocimiento experto, los cambios *en este* son más problemáticos.

Hasta aquí se han tratado las contradicciones en una misma prueba pericial, pero también podrían existir este tipo de contradicciones —o mejor dicho, desacuerdos— *entre* distintas pruebas periciales. Y aunque esta circunstancia se suele también imputar a la “parcialidad de origen” de un experto, podría tener fundamento más bien en que no se trata de “pares epistémicos” o “pares intelectuales”.¹⁸ Esta noción, proveniente de la literatura sobre los desacuerdos teóricos, señalaría que dos individuos pueden ser identificados como “pares epistémicos” respecto una cuestión determinada si tienen una familiaridad semejante con las pruebas y los argumentos relevantes para el problema planteado (Kelly, 2005, p. 175). Y aquí podría haber casos medianamente claros, como cuando un médico generalista es comparado con un médico especialista en un caso donde la especialidad correspondiente esté implicada, aunque la mayoría de los casos son más complejos.

¿Qué debería hacer el juez si considera que los peritos no son pares epistémicos? El juez deberá tomar el informe pericial del mejor perito como parámetro únicamente *para la práctica* en contradicción de los demás informes periciales, sin descuidar que también el informe pericial de este debe ser analizado. En caso de que sí sean pares epistémicos, entonces, la mejor solución sería acudir a una especie de careo entre peritos a efectos de que intenten acordar sobre cuáles son sus posibles desacuerdos y el fundamento de éstos.¹⁹ Ahora bien, un punto clave aquí es que no bastaría con que el juez decida sobre la paridad epistémica entre los peritos sino

¹⁷ De hecho, algunos de los casos llevados por los ahora mundialmente conocidos *Innocence Projects* son una instancia de ello. Sobre el tema puede verse Tuerkheimer, 2011.

¹⁸ Mi interés en traer la noción de par epistémico aquí no es para hacer alguna anotación normativa sobre los desacuerdos *para aquellos que desacuerdan*, como sí que es uno de los objetivos de al menos parte de la literatura especializada en el tema. El sujeto que a mí me interesa aquí es el tercero que tiene que lidiar con éstos, i.e., el juzgador y no los peritos.

¹⁹ La mera ausencia de desacuerdos entre los diversos expertos que participan en un proceso judicial podría, desde luego, no tener importancia epistémica alguna. Y, por el contrario, algunos desacuerdos podrían servir para llamar la atención de los expertos participantes sobre pruebas o argumentos que no habían considerado, terminando entonces por diluir el desacuerdo aparente.

que, además, los propios peritos razonablemente se reconozcan como pares. Si el juez considera que son pares epistémicos, pero ellos mismos fundamentalmente no se reconocen como tales, nuevamente el careo entre ellos sería la mejor opción.

No todas las situaciones de desacuerdos entre los expertos pueden ser abordadas ni mucho menos resueltas con la idea de “par epistémico” y sus implicaciones. Hay desacuerdos genuinos entre los expertos que son mucho más profundos y complejos que la familiaridad de éstos con las pruebas relevantes, pues tienen origen en preconcepciones o predisposiciones teórico-conceptuales de los distintos expertos; lo que sucede, por ejemplo, cuando se dice que provienen de escuelas de pensamiento distintas. En tal contexto, suele surgir la pregunta: ¿cuán objetivo es el *conocimiento* experto al menos en aquellos casos en que hay escuelas de pensamiento diversas?

Llegados a este punto, hay que distinguir un conjunto de proposiciones que pueden ser identificadas como conocimiento y lo que es *ser* experto. Al menos en el contexto jurídico-procesal, no acudimos a las proposiciones, necesitamos de un sujeto para conocerlas e interpretarlas y, en esta línea, habría que tener medianamente claro lo que esos sujetos “hacen”.

Ser experto es una propiedad disposicional, es *saber cómo* llevar a cabo cierto tipo de actividades, no sólo poseer un conjunto de conocimientos proposicionales (*saber que*). Por ello, *ser* experto no es reducible a ningún criterio formal consistente en calificaciones, credenciales o acreditaciones. Aunque muchas veces saber cómo presupone cierto conocimiento proposicional, no supone hacer dos cosas a la vez: tener presentes las proposiciones adecuadas y poner en práctica lo que indican (Ryle, 1949, p. 42). Como bien afirma Ryle (1949, p. 47):

... una habilidad no es un acto. En consecuencia, no es algo observable ni tampoco no observable. Llegar a reconocer que una acción es el ejercicio de cierta habilidad, es apreciarla a la luz de un factor que no puede fotogra-

Vale la pena llamar la atención aquí sobre la poca práctica que los jueces parecen tener con los desacuerdos entre expertos, en ocasiones incentivada por el propio sistema que les permite “dirimirlos” mediante un tercer experto; obviamente, en tales sistemas, supone un cambio radical, pero necesario, poner a debatir a los expertos sobre su desacuerdo.

fiarse. Pero esto no se debe a que sea un acontecimiento oculto o fantasmal, sino a que no es un acontecimiento. Es una disposición o complejo de disposiciones... La teoría tradicional ha construido erróneamente la distinción de tipos existentes entre disposición y ejercicio, al bifurcar míticamente las causas mentales no observables y sus efectos físicos observables.

Así pues, tener una propiedad disposicional consiste en tener la capacidad permanente de reaccionar de cierta forma bajo circunstancias o condiciones apropiadas, no consiste en encontrarse en un estado particular o en experimentar determinado cambio, pues no se trata de un simple episodio. Por ello, cuando se dice que una persona sabe hacer algo, no se está diciendo que en un momento determinado está haciendo algo o que algo le está pasando, sino que es capaz de (o propensa a) hacer ciertas cosas cuando es necesario, en ciertos tipos de situaciones.

Entonces, *ser experto* no es sólo poseer información correcta, sino tener la capacidad o disposición para utilizarla adecuadamente cuando se requiera (Goldman, 2001, p. 91), bien para observar, interpretar o inferir. Y aquí tiene cabida uno de los problemas más tradicionales en la filosofía, la relación entre hechos, cognición y valores. Para ponerlo de relieve en el ámbito de la prueba pericial y el conocimiento experto que supone, abordemos una distinción que explícita o implícitamente suele asumirse en el tema: hechos y opiniones.²⁰

Sobre todo en el ámbito del *common law*, para caracterizar a la prueba pericial se ha recurrido a la distinción entre hechos y opiniones, siendo las pruebas periciales usualmente categorizadas como “*expert evidence of opinion*”.²¹ Tapper (2010, p. 530), por ejemplo, considera que una opinión es cualquier inferencia que se haga a partir de los hechos que han sido percibidos; y, en este sentido, la prueba pericial sería una especie de

²⁰ En la filosofía occidental de finales de la edad media y el renacimiento se distinguía entre conocimiento (*episteme*) y mera opinión (*doxa*). A partir de Platón, las preocupaciones epistémicas tomaron como punto de referencia al conocimiento científico, considerado entonces como el saber genuino. Para Aristóteles la ciencia buscaba las causas últimas de los fenómenos, empleaba demostraciones lógicas e identificaba los universales implícitos en los particulares. Así, bajo estos supuestos, lo que separaría a la ciencia de otras creencias sería la infalibilidad de sus fundamentos y, en este sentido, conocer científicamente era tener una certeza apodíctica. Actualmente se asume casi por la mayoría la falibilidad de la empresa científica.

²¹ Según Dwyer (2008, pp. 82-83), la distinción entre hechos y opinión en Inglaterra se acentúo con la obra de Gilbert “*The law of evidence*” basada en las distinciones planteadas por Locke, 1690.

excepción en un sistema jurídico que presupone que hacer inferencias sobre los hechos del caso es una función del juzgador. Se suele afirmar que tal excepción se funda en que al tratarse de información experta los juzgadores no tienen el conocimiento o las habilidades necesarias para hacer las inferencias adecuadas. Por ello, a diferencia de los peritos, se supone que los testigos deben únicamente afirmar aquello que hayan percibido por ellos mismos, sin realizar ninguna inferencia a partir de estos hechos.

Ahora bien, la distinción entre hechos y opiniones no solo está presente en el *common law*. Devís Echandía (1972, p. 53), por ejemplo, afirma que “[a]l perito no se le pide que exponga cuáles son las opiniones científicas o técnicas de los principales expertos mundiales, sino cuál es su personal opinión; aquellas apenas pueden servirle para la opinión de ésta”.²² Más recientemente la literatura procesal española, siguiendo a Montero Aroca, ha distinguido entre dictámenes científicos objetivos y dictámenes científicos de opinión. En los primeros, la función del perito supuestamente sería “simplemente verificar la exactitud de alguna afirmación de hecho efectuada por la parte... haciendo ello por medio de lo que podríamos llamar un experimento que siendo objetivo sólo pueda dar un resultado”; en los segundos, en cambio, “se trata de apreciar o valorar un hecho o alguna circunstancia del mismo, lo que supone ineludiblemente la realización de un verdadero juicio” (Montero Aroca, 2007, p. 346).²³

Son varias las objeciones que se puede hacer a la anterior clasificación planteada por Montero Aroca; así, por ejemplo, que parece ingenua la alusión a *un experimento*, cuando son múltiples los análisis que muchas veces se deben llevar a cabo y en los que los resultados de unos condicionan los resultados de los otros, etc. Sin embargo, hay dos grandes cuestiones a resaltar a partir de ésta, por un lado, el carácter *público* de los hechos y,

²² La afirmación de Echandía cuanto menos va en contra de la tendencia actual en la materia consistente en primar, incluso como criterio determinante, aquello que dice la comunidad experta sobre lo que dice el experto. En ese sentido encontramos, por ejemplo, el criterio de la “aceptación general de la comunidad relevante” que se ha puesto de moda a partir de la trilogía Daubert estadounidense. Al respecto, puede verse Vázquez, 2016.

²³ Esta distinción viene acompañada, además, de efectos en la valoración de estas pruebas pues, según Montero Aroca, en las periciales objetivas “el juez queda vinculado por la conclusión pericial... salvo que incurriese en una apreciación arbitraria”; y sólo en los peritajes de opinión hay espacio para una verdadera valoración judicial en la que el juez puede disentir de los resultados siempre que lo haga razonadamente.

por otro, la ambigüedad del término “hecho”, cuyo análisis permite objetar la citada distinción.

Los hechos suelen concebirse como algo ontológicamente separado de las opiniones, en tanto que los primeros formarían parte del mundo externo mientras las segundas no sólo implicarían esta representación sino una interpretación subjetiva. Y, por ello, las opiniones serían en sí mismas susceptibles de error. Ahora bien, “[b]uena parte de nuestra visión del mundo depende de nuestro concepto de objetividad y de la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo” (Searle, 1995, p. 27). Así, según Searle, es importante diferenciar un sentido epistémico y uno ontológico de la distinción objetivo-subjetivo o, en términos de González Lagier (2005, p. 25), entre:

a. La tesis de la objetividad ontológica: El mundo es independiente de sus observadores. Esto es, las cosas son como son, con independencia de lo que sabemos de ellas y de cómo las vemos.

y

b. La tesis de la objetividad epistemológica: Por medio de los sentidos normalmente tenemos un acceso fiel a esa realidad.

La conjunción de ambas tesis nos llevaría, según González Lagier, a un *objetivismo ingenuo* en el que se supone que los hechos son plenamente objetivos y los conocemos porque de alguna manera “impactan” en nuestra conciencia.²⁴ Si las pruebas provenientes de la percepción son objetivas en este sentido podrían entonces proveer a las personas de aquello que necesitan para decidir por sí mismos, por ejemplo, qué hipótesis o teoría aceptar. Pero, ¿qué pasa cuando las percepciones o las pruebas provenientes de los sentidos presuponen ya conocimiento experto? Se supone que un experto puede identificar y trabajar con hechos que puede observar, precisamente, gracias a su conocimiento o que debido a este puede reconocer ciertos hechos como relevantes y que el experto razona a partir de tales observaciones. En este punto, como advierte Haack (2007, p. 61):

²⁴ Ian Hacking (1975, p. 47) al respecto asevera que “los filósofos de mentalidad empirista piensan que la visión es la reina de los sentidos y que su superioridad es parte de la naturaleza misma del hombre... ver con los ojos era percibir con la mente. Invertiendo los términos del diccionario, podríamos decir: las percepciones visuales son descriptas en términos de percepción mental... Percibir, por así decirlo, es tornar transparente el objeto... La percepción cartesiana es la remisión activa del objeto transparente a la mente”.

[al] pensar en las pruebas provenientes de la percepción en la ciencia [por ejemplo], es natural hablar no de percepción sino de observación; y aquí —como cuando hablamos de las observaciones hechas por un detective o de un médico a su paciente que está ‘bajo observación’— la palabra conlleva una connotación de deliberación. La observación científica es activa, selectiva; exige talento, habilidades y algunas veces entrenamiento o cierto *background*, así como paciencia y mirada aguda. Muchas veces es mediada por instrumentos.

En muchos casos se tiene que disponer y manipular las cosas para producir resultados perceptibles que sean informativos, lo que influye epistemológicamente de forma significativa en los resultados experimentales que se obtengan. Así pues, se discute si lo observable es sólo aquello que se puede *directamente* ver, escuchar y sentir; por supuesto, suponiendo que es posible confiar en aquello que las observaciones describen si eso que se describe ha resultado de la experiencia perceptiva del observador. Bajo tal supuesto, lo único que un observador podría saber serían aquellas cosas que le impactan en sus sentidos.

Más allá de qué se identifique como prueba sensorial u observación, es necesario recalcar que las observaciones sensoriales no son siempre epísticamente superiores a los datos producidos por un equipo experimental: muchos métodos producen pruebas no sensoriales, algunas pruebas son producidas mediante un proceso tan intrincado que es difícil saber si algo ha sido observado en sentido estricto e, incluso, es usual que se usen pruebas no sensoriales para evaluar datos sensoriales y corregir sus errores (Bogen, 2007). Esto, evidentemente, enfatiza la necesidad de contar con mayor información empírica no sólo sobre qué concretos instrumentos, aparatos, métodos, etc., son utilizados por un perito, sino sobre todo respecto cómo funcionan y cuán bien funcionan.²⁵

²⁵ En el contexto estadounidense, un estudio al respecto, concretamente sobre las llamadas ciencias forenses, puede verse en *National Research Council of the National Academies*. El análisis del estado actual de estas expuso algunos graves problemas económicos, dada la precariedad de muchos laboratorios y el exceso de trabajo; problemas políticos, precisamente por depender ampliamente del contexto procesal, operan como coextensión fundamentalmente de los fiscales; y, problemas jurídicos, porque no cumplen con las exigencias impuestas por el sistema para la admisión de *expert evidence*. Aunado a serios déficits en sus propias prácticas, por ejemplo, la enorme divergencia entre los tipos de capacitación, certificación, controles de las metodologías y protocolos usados por los

Sea en la ciencia o en otras áreas de conocimiento o en la vida cotidiana, en esa relación entre hechos, cognición y valores es necesario desambiguar el término “hecho”, i.e., distinguir entre los hechos externos como acaecimientos empíricos, los hechos *percibidos* como impresiones causadas por estos en nuestros sentidos y los hechos *interpretados* como la descripción que se hace de los datos sensoriales (González Lagier, 2005, p. 26). Como parece obvio, existe entre los tres sentidos de “hecho” una interrelación; y es particularmente importante la interrelación entre los hechos percibidos y los hechos interpretados dado que se condicionan mutuamente.²⁶ En palabras de González Lagier (2005, p. 28):

Por un lado, las interpretaciones se basan en los datos sensoriales que recibimos de los hechos pero, por otro lado, nuestra red de conceptos, categorías, teorías, máximas de experiencia, recuerdos, etc. (que constituyen un trasfondo necesario para interpretar los hechos) dirigen de alguna manera nuestras percepciones y actúan como criterio de selección de los datos sensoriales que recibimos.

En el ámbito jurídico-probatorio el panorama se complica aún más pues, como bien señala Damaška (1998, p. 299), los hechos o eventos que son incluidos por las partes constituyen una mezcla de cuestiones de *status ontológico* distinto y con un grado de accesibilidad cognitiva también distinto; algunos hechos existen como fenómeno natural mientras otros “hechos” son producto de convenciones sociales de complejidad muy variada. Una prueba pericial puede consistir parcialmente en inferencias que el experto deriva de los hechos y otra parte consistir en hechos a los que el derecho les otorga consecuencias jurídicas que le han sido ofrecidos por no-expertos (Roberts y Zuckerman, 2004, p. 293).

Ahora bien, cuando se destaca la interpretación que los agentes hacen de los hechos externos no se está defendiendo; por ello, una posición escéptica o ampliamente subjetiva, sino que se comparten *socialmente*

forenses; lo que parece poner en serias dudas su validez y fiabilidad. Véase un análisis muy interesante sobre este estudio y su relación con la teoría de la prueba en Pardo, 2010.

²⁶ En filosofía de la ciencia al menos desde Kuhn (1962) se ha puesto en cuestión fuertemente si las pruebas sensoriales o las observaciones están cargadas de teoría (*theory laden*) y, por ello, si las cosas *son vistas* de forma diferente por observadores con recursos conceptuales distintos, con paradigmas diversos.

ciertos cánones de interpretación que permiten realizar descripciones inteligibles intersubjetivamente y no sólo experiencias personales. En este sentido, el conocimiento experto tiene un aspecto social ineludible, pues las generalizaciones usadas por el experto deben ser acordes a unos estándares de aceptabilidad racional a los que esa persona se adhiere.²⁷ Constituyéndose, entonces, la *expertise* tanto por la agencia del experto en su forma de *percibir* el mundo como por su uso de criterios intersubjetivos diversos a la hora de *interpretar* aquello que percibe.²⁸

Así pues, el abandono del objetivismo ingenuo respecto la *expertise* sugiere que para conocer de unos hechos el problema no radica únicamente en la mera selección imparcial de un perito que, con una base observacional que le proporciona una supuesta experiencia neutra, contraste las afirmaciones de una teoría o hipótesis. Bajo tal supuesto, formas distintas de conocer el mundo y de interpretar eso que se percibe son parte constitutiva de *ser* experto; por ello, no podemos asumir que la imparcialidad cognitiva exigible a los expertos es sinónimo de que entren al proceso como una especie de *tabula rasa*, ello sería incompatible el carácter experto que les exigimos.²⁹

Si con lo hasta ahora afirmado retomamos la distinción entre hechos y opiniones planteada antes, vale decir que es difícil hablar de muchísimas cosas como si fuesen “hechos” sin que esté implicada en algún grado una inferencia,³⁰ por lo que sería mejor abandonar una distinción tajante entre hechos y opiniones por insuficientemente informativa y que más bien

²⁷ Con la expresión “el conocimiento es social” aplicado a la *expertise* me refiero a que las *condiciones* del conocimiento son sociales, lo que conforma una tesis epistémica respecto al grado de respaldo requerido para que una hipótesis sea considerada conocimiento (Schmitt, 1994, p. 20).

²⁸ Posner (1999, p. 74) parece distinguir entre “el conocimiento directo” o de primera mano del experto y su *background*. Pierde de vista que muchas veces sólo puede tener ese conocimiento directo precisamente por su *background*. Como bien afirma Goldman (2001, p. 91), “dado que el *background* y las habilidades informan y forman la percepción, no hay una distinción nítida entre la percepción y el conocimiento basado en la *expertise*”. Por ello, Goldman habla de expertos cognitivos o intelectuales. En cambio me parece que la exigencia de Goldman (2001, p. 91) sobre “la formación de creencias en respuestas verdaderas a nuevas preguntas que puedan ser formuladas en el área de conocimiento respectiva” deja fuera muchos casos de *expertise*. Por ejemplo, podría pensarse que un experto acepta como muy probable determinada hipótesis con independencia de sus creencias.

²⁹ En pocas palabras: no hay expertos neutrales si eso significa que cuando conocen son una especie de “*tabula rasa*”.

³⁰ Véase Dwyer (2008, p. 97). Según Roberts y Zuckerman (2004, p. 293), se trata más bien de una especie de continuo.

termina obscureciendo los *procesos inferenciales* que realiza un experto a partir de lo que observa, i.e., de sus esquemas conceptuales, sus instrumentos, etc., que deberían explicitarse adecuadamente, y de los criterios intersubjetivos que adopta.³¹

¿Por qué resulta relevante, entonces, dedicar este espacio a la *expertise* en un trabajo sobre la im/parcialidad de los peritos? Primero, como un intento de contribuir al abandono del objetivismo ingenuo que, al menos en cuanto a la prueba pericial se refiere, sigue siendo predominante, no sólo a nivel legislativo sino también jurisprudencial y dogmático. Segundo, y principal, porque el abandono de ese objetivismo supone un reconocimiento de los desacuerdos genuinos como una cuestión independiente a la parcialidad (de origen o incluso disposicional) de un experto. Y, tercero, porque tener una comprensión mínima al respecto permite, a su vez, comprender algunas implicaciones que los desacuerdos genuinos sí pudieran tener en al menos tres escenarios donde se discuten cuestiones sobre la imparcialidad.

Una primera situación en donde valdría la pena poner atención a los esquemas cognitivos constitutivos de la *expertise* tiene lugar específicamente cuando se trata del perito de confianza de los jueces. En aquellas áreas del conocimiento, o parte de éstas, donde haya desacuerdos genuinos entre los expertos, los jueces deben evitar en la medida de lo posible nombrar a expertos cuya concepción sobre ciertas cuestiones relevantes para los hechos del caso se sabe de antemano determinará sus afirmaciones sobre los hechos del caso. Y ello no necesariamente por riesgos para la imparcialidad de un experto, sino porque en tal contexto la imparcialidad judicial, directa o indirectamente, corre graves peligros al elegir a un experto que de alguna manera se ha manifestado ya sobre el caso.³²

Para seguir con los jueces, la segunda situación a la que vale la pena aludir es a la siempre presente discusión de los llamados jueces expertos, es

³¹ Ya Thayer (1898, p. 524) consideraba que todo testimonio sobre una cuestión de hecho es *opinion evidence*; i.e., una conclusión formada a partir de un fenómeno y las impresiones mentales. En la epistemología general, Garbolino (1997, p. 3) afirma que “aquellos que consideramos ‘hechos’ son opiniones que consideramos extremadamente probables”.

³² Esta situación resulta menos problemática cuando el objeto de la prueba pericial sean afirmaciones generales *independientes* a los hechos del caso.

decir, los especialistas en áreas no-jurídicas que harían de jueces.³³ Pues bien, vistas las implicaciones cognoscitivas de un experto, además de los diversos problemas prácticos que la constitución de juzgados o tribunales de este tipo podría suponer, hay que considerar precisamente que su conformación podría determinar la resolución de *tipos de casos* en un sentido u otro, fundamentalmente cuando haya desacuerdos genuinos en el área de conocimiento a la que el juez como experto pertenece. Así pues, en algunos casos, el juzgador no tendría al menos la apariencia de imparcialidad que se le pide.

Finalmente, la tercera situación tiene lugar en la valoración de la prueba pericial, concretamente en un criterio que en los últimos años ha surgido para realizar tal labor: que un experto tenga una *investigación independiente* del caso, es decir, no realizada con el objetivo específico de encontrar pruebas sobre un litigio pero que de alguna manera lo apoya.³⁴ Quizá es precisamente porque una investigación realizada por un experto apoya la hipótesis de las partes que éstas lo seleccionan como perito, por lo que no habría en principio nada negativo en la selección. En cambio, en mi opinión, lo relevante aquí no es el hecho de la investigación misma, sino la información que se tiene sobre la calidad de ésta y que depende, entre otras cuestiones, de lo que otros expertos han dicho al respecto. Ahora bien, la selección de un experto resultará particularmente importante cuando haya poca investigación disponible que pudiera limitar las afirmaciones de un individuo, por lo que si hay varias investigaciones éstas pueden ayudar potencialmente para restringir la actuación de los expertos (Patterson, 1999, p. 1321).

Con todo lo dicho hasta aquí, podemos decir que el análisis de la imparcialidad cognitiva nos lleva, por un lado, a poner el foco en la completitud

³³ El ejemplo actual son los tribunales ambientales o los tribunales de la competencia en Chile, constituidos no solo por juristas sino también por biólogos, economistas y otras especializaciones.

³⁴ Que, por ejemplo, fue el criterio sugerido por el juez Kozinski en el caso Daubert, constituyendo un quinto criterio añadido a los establecidos por la Corte Suprema inicialmente: si los expertos ofrecidos habían llevado a cabo *investigaciones científicas anteriores e independientes* al proceso en cuestión. En su opinión, esto proveería el fundamento más persuasivo para concluir que el testimonio en juego derivaba del método científico. Según el tribunal, no se debía olvidar que el lugar de trabajo normal de los científicos es el laboratorio y no los tribunales o los despachos de los abogados; con excepción explícita de al menos algunas de las ciencias forenses, cuyo ámbito de acción sí que sería fundamentalmente el proceso judicial.

de la información que funda toda la actuación de un experto en el proceso judicial; y, por otro lado, al abandono de un objetivismo ingenuo, enfatizando la necesidad de hacer explícito el proceso de razonamiento. Ambas cuestiones ponen al descubierto la importancia de atender las *inferencias* periciales más allá de las credenciales y/o el origen de los expertos para atribuirle valor probatorio a las afirmaciones que éstos hacen; para ello, la práctica en contradicción de las pruebas es determinante, sobre todo cuando se cuenta con un informe claro del razonamiento seguido por el experto y cuando se tienen mecanismos procesales para buscar comprender los desacuerdos entre expertos. Precisamente, ya para concluir este epígrafe, vale la pena volver a insistir en que los desacuerdos genuinos entre los expertos no afectan la fiabilidad de ninguno de ellos, el problema jurídico radica en que los jueces no tienen la capacidad para resolver un desacuerdo de ese tipo y, en los casos en que esto suceda, solo resta usar la carga de la prueba para dar la razón a la contraparte de quien no ha presentado pruebas suficientes sobre su afirmación, fundamentalmente cuando la prueba pericial juega ahí un rol determinante.

IV. La parcialidad disposicional

La parcialidad disposicional consistiría en la disposición a causa de las circunstancias personales, el propio carácter o las emociones del sujeto que la sufre para actuar favoreciendo (perjudicando) a un tercero.³⁵ Estamos hablando, entonces, de cuestiones de orden personal, no profesional, que comprometen o condicionan ciertas acciones del sujeto. Así pues, esta parcialidad se predica de tales acciones del sujeto y no del sujeto mismo como una especie de rasgo personal.

Si bien, las “circunstancias”, el “carácter” y las “emociones” son cuestiones contextuales y/o subjetivas, es posible realizar ciertas *generalizaciones*

³⁵ Un sujeto que tiene ciertos sentimientos o se encuentra bajo determinadas circunstancias o tiene cierto carácter tiene, a su vez, una *tendencia a actuar* aun sin siquiera haber actuado. Lo que hace que estemos interesados no sólo en las consecuencias de tal parcialidad, sino en su potencialidad, precisamente, a efectos de evitar en la medida de lo posible los daños o errores que pudiese generar.

ciones,³⁶ por ejemplo, sobre la actuación esperable de un sujeto promedio en ciertas circunstancias, como cuando decimos “sabemos que en las circunstancias M *todos* hacemos T; o la *mayoría* hacemos T; o todos (o la mayoría) tenemos una *tendencia* a hacer T”. Este tipo de generalizaciones nos permite, pues, prever (o inferir) cierto comportamiento de los sujetos, precisamente, a partir de determinadas circunstancias o de su carácter o de sus emociones, pues constituyen patrones de respuesta característicos de los sujetos que las viven. Por ello, algunas veces no es necesaria la prueba en casos concretos de aspectos subjetivos tan difíciles de acreditar como los lazos de afectividad que crean el parentesco consanguíneo, las relaciones de pareja, la amistad, etc., sino que es tal generalización la que funda nuestras dudas en la actuación pasada o futura del sujeto. En cambio, otras veces, será indispensable mostrar algo más sobre la generalización misma o sobre el sujeto particular, bien porque aquella es endeble o porque este es una excepción a la generalización. Por ejemplo, si tomamos como generalización que no sólo los intereses directos motivan (o pueden motivar) la actuación de un sujeto, sino también sus intereses indirectos, habría que saber si X puede ser considerado como un interés indirecto relevante para motivar (o haber motivado) la actuación Y del sujeto concreto.³⁷

Una de las formas en que se pueden probar los aspectos en comento es mostrando *inconsistencias* en la actuación del sujeto entre casos técnicamente iguales, lo que exigirá una comparación entre contextos y/o sujetos. El cuestionamiento de la actuación pericial algunas veces será respecto lo ya hecho (“actuó de tal manera”) y otras respecto lo que hará (“probablemente actuará de tal manera”). En el primer caso, se podría probar la parcialidad disposicional mostrando dos cuestiones: que el experto en un contexto anterior 1 ha actuado, afirmado o realizado X, mientras en el contexto actual 2 no ha actuado, afirmado o realizado X o, peor aún, ha

³⁶ No digo nada nuevo si afirmo que categorizar o generalizar es parte de la naturaleza cognitiva del ser humano, un proceso natural que ocurre cotidianamente y afecta, positiva y/o negativamente, nuestras diversas percepciones del mundo al conformar las estructuras cognitivas con las que nos acercamos a él; se trata de un mecanismo poderoso y omnipresente.

³⁷ En esta misma línea se pronuncia Picó i Junoy (1998, p. 81) al hablar sobre la imparcialidad judicial y considerar que “el estudio del caso concreto, nos proporcionará los elementos necesarios para averiguar si el interés político, moral o económico del juzgador es lo suficientemente relevante como para inducirlo a preferir una determinada solución de la controversia en perjuicio de su debida imparcialidad”.

afirmado o realizado no-X; y que la explicación de ello radica en un cambio en sus circunstancias o carácter o sentimientos. En el segundo caso, por el contrario, habría que mostrar la posibilidad de que sus circunstancias personales o sus sentimientos o su carácter le lleven a actuar de determinada manera. Y aquí la comparación podría ser con aquellos que *no* sufren la parcialidad en cuestión, a efectos de poder vislumbrar lo que éstos harían.³⁸

El tipo de generalizaciones al que se alude puede tener dos fuentes: el conocimiento experto y ciertas creencias sociales. En el primer caso, cuando se afirma “sabemos que”, en realidad, se estaría diciendo que en determinada área del conocimiento se ha llegado a cierta conclusión sobre cómo influyen en nuestras acciones o en nuestra forma de conocer el mundo, el carácter, las emociones o ciertas circunstancias personales; de hecho, en los últimos años la psicología ha desarrollado grandes investigaciones en el tema.³⁹ Pero también algunas veces cuando decimos “sabemos que” estamos aludiendo a ciertas creencias sociales (no-expertas y no siempre justificadas), considerando cómo en nuestra cultura y/o sociedad solemos actuar a causa de ciertas circunstancias personales o rasgos del carácter o emociones. Así, por ejemplo, aun sin fundamento experto, en ciertas sociedades nos parece razonable evitar que familiares, amigos y enemigos de las partes actúen como peritos porque suponemos que albergan ciertas emociones que con mucha probabilidad les haría difícil evi-

³⁸ Y aquí vienen nuevamente a colación las generalizaciones, sólo podemos prever exitosamente (e incluso justificadamente) incidencias en la actualización de la *expertise* si partimos de una generalización no-espuria, es decir, de una generalización con un fundamento fáctico. Sólo teniendo tal información, i.e. la propia generalización podremos predecir errores para evitarlos o identificarlos para de alguna manera corregirlos, cuando estos sean a causa de una parcialidad disposicional del sujeto. Y esa generalización quizás brinde también fundamentos para construir los mecanismos para paliar este tipo de parcialidades.

³⁹ En los últimos años tanto la psicología social como la psicología cognitiva han profundizado tanto a nivel conceptual como a nivel empírico en las *fuentes* de lo que aquí estoy llamando parcialidad disposicional; y más recientemente, encontramos diversas aplicaciones de tales trabajos en distintas áreas del conocimiento, incluido el derecho, por ejemplo, analizando casos de discriminación. La gran mayoría de ellos afirmando una cuestión relevante: la responsabilidad de los agentes en modificar las creencias implicadas (pese a la involuntariedad de las mismas).

Sobre todo lo anterior, por ejemplo, pueden verse Nisbett y Miyamoto (2005) mostrando como diferentes culturas perciben de maneras muy diversas.

tar influencias inadecuadas en su actuación como expertos.⁴⁰ Un ejemplo de esta cuestión social, atendiendo al funcionamiento de la estructura familiar, es la determinación del grado de parentesco en que se fija el límite para fundar sospechas razonables en la conducta de los sujetos (cuarto grado, segundo grado, etc.).

Por otro lado, en lo concerniente al sujeto que sufre de una parcialidad disposicional, *algunas veces* este es perfectamente consciente de que la sufre, mientras otras veces podría haber sido consciente si hubiese realizado un esfuerzo razonable para ello. En ambos casos resulta totalmente fundado exigir al sujeto que realice determinadas acciones para evitar los daños o errores que su actuación podría generar o, en el caso en que los hubiese ya generado, cierto tipo de reprimenda resultaría también oportuna. Pero, ¿qué sucede cuando el propio sujeto es inconsciente de su parcialidad disposicional o, siéndolo, no toma las acciones conducentes para evitar sus efectos?⁴¹ Al menos en esos casos, es trascendental que un tercero realice cierto señalamiento *ad hominem* respecto el carácter, los sentimientos y/o las circunstancias del sujeto que las sufre (o parece sufrirlas), incluso porque aun cuando este conscientemente intente decir la verdad o hacer lo correcto podría inconscientemente estar afectado.⁴²

Vale la pena enfatizar nuevamente el hecho de que los señalamientos *ad hominem* no cuestionan directamente los méritos de las afirmaciones realizadas por el experto, sino que son ataques al sujeto (sobre su carácter, sus sentimientos o sus circunstancias personales), no relacionados con su *expertise* o sus credenciales.⁴³ Precisamente por ello, pudieran incluso

⁴⁰ Véase que no estoy distinguiendo entre la apariencia de imparcialidad y la imparcialidad pues, en mi opinión, sólo podemos conocer ésta última a partir de la primera.

⁴¹ En este mismo sentido se pronuncia Font Serra (2000, pp. 97-98) cuando afirma: “al perito no convendría colocarle en situaciones límite que podrían obligarle a actuar en contra de sus sentimientos de afecto, odio, amor propio, interés...; no hay que olvidar que el perito, queriendo ser en todo momento imparcial, podría dejar de serlo, tanto porque acabarán prevaleciendo sus sentimientos personales, como porque se inclinarán consciente e inconscientemente en contra de dichos sentimientos, ante el temor de hallarse mediatisados por los mismos”.

⁴² Todo ello dota de sentido a la idea de tener mecanismos donde el propio sujeto se abstiene de conocer, pero también mecanismos que permiten a terceros solicitar que el experto no pueda conocer del caso.

⁴³ Por ello, creo que Imwinkelried (2014, cap. 9) se equivoca al poner en un mismo saco el ataque a un experto por su falta de *expertise*, educación, experiencia, credenciales, etc. con otros tipos de ataques personales como su carácter, condenas previas, etc.

ser considerados como argumentos superficiales o meras técnicas de litigante para desviar la atención y evitar ir al fondo de la cuestión. Lo que podríamos esperar que suceda en las áreas de *expertise* y/o entre los expertos, donde este tipo de “ataques” personales deberían ser menos efectivos, persuasivos o importantes.⁴⁴ Sin embargo, en el proceso judicial el *approach* a tales señalamientos es distinto porque las consecuencias que podría tener una parcialidad de este tipo para las afirmaciones realizadas por el perito pudieran ser de difícil comprensión para un juez lego en la materia. Por el contrario, los expertos tienen la posibilidad de evaluar la verdad o la falsedad de los resultados del trabajo realizado con independencia de aquellos aspectos o circunstancias personales del sujeto que influyeron en su actuación; es decir, tienen el *background* necesario para valorar la relevancia que, por ejemplo, cierto conflicto de intereses tuvo *efectivamente* en el trabajo realizado por el experto.⁴⁵

En todo caso, con estos señalamientos *ad hominem* se pone en cuestión la actuación del sujeto y, con ello, la corrección de sus afirmaciones como experto.⁴⁶ Ahora bien, para cuestionar la imparcialidad disposicional del experto no basta cualquier duda sobre sus circunstancias, carácter o emociones,⁴⁷ sino mostrar que éstas podrían provocar (o de hecho han provo-

⁴⁴ Aunado a ello, además, el derecho está interesado en los conflictos que puedan generar cierta distorsión en la decisión individual, mientras en las áreas de conocimiento expertas la preocupación fundamental es sobre los conflictos que afectan al proceso de investigación o incluso a investigaciones distintas, aunque relacionadas (véase Patterson, 1999, p. 1362).

⁴⁵ *V. gr.*, el rechazo a una teoría porque el autor es marxista. Al respecto, por ejemplo, algunas revistas científicas solicitan a los autores que revelen cualquier relación económica que pudiera tener u otro tipo de conflictos de interés. El *Journal of the American Medical Association (JAMA)*, por ejemplo, en sus criterios para los autores define a los “conflictos de interés” de la siguiente manera: un conflicto de interés puede existir cuando un autor (o la institución o empleador del autor) tiene una relación económica o personal o afiliaciones que pudieran influir (o sesgar) las decisiones, el trabajo o el manuscrito del autor.

⁴⁶ Cuando se trata la imparcialidad judicial se le trata como “garantía del justiciable” para garantizar su confianza en una justicia objetiva y libre (Picó i Junoy, 1998, p. 37). Cuando se trata de la imparcialidad pericial, en mi opinión, no es tanto una garantía de corte político sino epistemológico. Aunque algunos autores, parece, no lo consideran así, entre ellos Font Serra (1974, p. 151) hablando de la “legitimación del perito” considera como un presupuesto negativo de este que no concurran en el experto causas de exclusión o que no haya sido recusado.

⁴⁷ *Algunas veces* tales ataques personales son precisamente eso, meros ataques, sin fundamento o sin importancia para la actualización de la *expertise* o la verdad de las afirmaciones realizadas por el perito.

cado) que su actuación no se guíe por el objetivo de la averiguación de la verdad, nuevamente a partir de la generalización en juego.

Todo lo anterior nos lleva a una cuestión crucial: ¿cuáles serían las circunstancias personales, sentimientos o carácter del sujeto *relevantes* para cuestionar su actuación como perito? Las características de las causas de la parcialidad disposicional, es decir, de las emociones, el carácter y las circunstancias personales hacen en suma complicado siquiera intentar realizar algún listado exhaustivo de posibles fuentes.⁴⁸ Lo único a lo que podría aspirarse es a hacer listados ejemplificativos de aquello que cualquier miembro de su sociedad reconocería como potencial causa incluso *para prácticamente cualquiera* que tenga que decir algo sobre ciertos hechos; por ejemplo, la existencia de una relación de parentesco, una íntima amistad o enemistad o una relación de subordinación. Sin embargo, regular casos como esos, la gran mayoría de las veces, al menos por cuestiones prácticas, parecería banal, pues si nos ponemos por un momento en la posición de un (buen) abogado difícilmente este presentaría como posible perito a la hermana o al esposo de la parte que lo contrató, aun cuando no existiría una regla que lo prohibiera o cuestionara, pues le estaría haciendo el favor a la contraparte dada la facilidad para cuestionar su actuación.

Las situaciones que permitirían cuestionar la imparcialidad disposicional del experto o perito en el caso concreto son muchas: los sentimientos religiosos *en ciertos casos*; un pago *excesivo* de las partes por la prestación de sus servicios, yendo más allá de lo que es ordinario o propio del mercado en juego,⁴⁹ o incluso una promesa de seguir contratándole o financiándole investigaciones; o la tendencia a mentir del sujeto mostrada en determinados escenarios (por ejemplo, algunos condenados por perjuicio) o colectividades (v.gr. aquellos que tienen una reputación cuestionable

⁴⁸ En el mismo sentido, aunque en referencia concretamente a la recusación de peritos oficiales por las partes, Rodríguez García (2002, p. 315) considera que “... una enumeración cerrada de causas ... tiene como desventaja el exigir al legislador una minuciosidad y precisión en la descripción de las causas casi imposible de alcanzar, no siendo difícil imaginar situaciones que comprometen o pueden comprometer el contenido esencial de la garantía fundamental de la imparcialidad ...”. También en este sentido Calvo (2001, p. 92) que, al hablar del sistema español, afirma que “el legislador no ha conseguido garantizar plenamente la imparcialidad, al empecinarse en un sistema cerrado de causas notablemente insuficiente”.

⁴⁹ En este sentido, por ejemplo, Graham (1977, p. 43) sugiere preguntar a los peritos la cantidad de dinero que espera recibir, el método que usa para determinar cuánto cobrar o si los honorarios variarían en función de los resultados del proceso judicial.

en su comunidad).⁵⁰ Dada tal diversidad, antes que ahondar en ejemplos de parcialidad disposicional, creo que resulta más relevante centrarse en los mecanismos jurídicos concebidos para evitar la participación de expertos con alguna parcialidad disposicional o, bien, para ponerla sobre la mesa para que se le quite valor probatorio a lo afirmado por el sujeto que la sufrió.⁵¹ Son tres los mecanismos a los que quiero hacer alusión: la abstención, la recusación y la tacha, a efectos de intentar mostrar algunas consecuencias de lo dicho hasta aquí.

El primero de ellos, la abstención, al ser un mecanismo a ejercer por el propio perito, en mi opinión, debe tener una estructura lo suficientemente abierta para permitir que sea este quien decida en qué circunstancias considera que su imparcialidad puede verse mermada por sus sentimientos, circunstancias o carácter. Desde esta perspectiva, es imposible concebir listados lo suficientemente exhaustivos para dar cuenta de ello, aunque evidentemente el legislador podría optar por algún listado ejemplificativo de causales de abstención. Aunado a ello, si la imparcialidad disposicional puede ser inconsciente o tener efectos inconscientes, entonces pareciera totalmente desaconsejable que un experto que haya sido capaz de identificar lo que él mismo considera una fuente de parcialidad de este tipo sea obligado a conocer del caso porque no puede “clasificar” su situación en alguna de las causales establecidas por el legislador.⁵²

El deber de abstención puede tener como consecuencia generar cierta seguridad jurídica a las partes que sabrán con anticipación, antes de se-

⁵⁰ Imwinkelried (2014, pp. 9-3 y ss.): algún rasgo del carácter del experto le hace tendente a mentir, teniendo por ello una cuestionable reputación en la comunidad; haber sido condenado por perjurio u otro delito que haya supuesto una conducta indebida en su ejercicio como experto; tener una motivación para testificar a favor o en contra de una de las partes; inconsistencias con afirmaciones realizadas antes del proceso judicial en cuestión, etc.

⁵¹ Con independencia de cualquier otro tipo de responsabilidades (administrativas, penales, etc.) que se le puedan atribuir al perito. Por otro lado, ello da pie para decir, entonces, que aun cuando abordar la parcialidad disposicional puede ser interesante a efectos de identificar la violación de ciertas reglas sociales vigentes en el contexto en que tiene lugar la actuación del individuo, como normas morales o incluso jurídicas, no hay que obviar aquellos casos en los que la actuación del sujeto parcial no es reprochable. Aunque mi interés es sobre todo cognitivo, fundado en los factores que pueden afectar el proceso de conocimiento de los individuos, con independencia de las reglas de un diálogo o cualquier otro tipo de regla social que tenga vigencia en la relación entre dos o más personas.

⁵² Eso sí, hay que distinguir entre los criterios personales para considerar que nuestra imparcialidad disposicional puede verse mermada y las consecuencias jurídicas que se le otorga a lo hecho por el experto antes de tal decisión.

lecciónar al perito, que el sistema jurídico correspondiente está interesado desde el inicio del proceso judicial en garantizar la imparcialidad dispositi-
cional de los expertos exigiéndoles a éstos que se aparten del caso si con-
sideran que sus emociones, circunstancias o carácter pueden afectar su
comportamiento en el caso concreto.

La recusación, el segundo de los mecanismos antes aludidos, está pen-
sada para accionarse a efectos de poner en entredicho el nombramiento del
perito, evitando quizá cualquier coste de una prueba que no tendrá valor
probatorio. Y aquí, creo, vale la pena distinguir primero entre el perito que
es de alguna manera seleccionado por el juez y el perito de parte; eviden-
temente, si es el juez quien está decidiendo qué experto conocerá del caso,
se debe garantizar a las partes su participación para que brinden argumen-
tos sobre por qué no están de acuerdo con tal nombramiento. Pero, ¿tiene
algún sentido permitir a las partes la recusación del perito nombrado por la
contraparte? Y aquí, en mi opinión, hay otra cuestión a tomar en cuenta:
la fuerza de la generalización que funda la sospecha *a priori*. Sólo cuando
dicha fuerza es muy sólida entonces tiene sentido limitar a las partes en la
selección de su experto;⁵³ un buen ejemplo de ello es el caso (quizá para-
digmático) del experto que es pariente consanguíneo inmediato de la par-
te que lo nombra, pues los sentimientos en juego en ese tipo de relaciones
seguramente influirán en la actuación del sujeto. Y, si esto es así, entonces
por economía procesal evitamos que conozca del caso un experto cuyo
valor probatorio será ampliamente cuestionado.⁵⁴

Las posibles causas de parcialidad conocidas con posterioridad y, sobre
todo, las conductas aparentemente parciales observadas en el transcurso
del proceso judicial deben poder ser puestas sobre la mesa mediante el
tercer, y último mecanismo, la tacha. Ahora bien, si se pretende distinguir
la tacha de cualquier otro tipo de objeción a la prueba pericial correspon-
diente (mediante el principio del contraditorio), además de ser un seña-
lamiento *ad hominem* y no directamente una cuestión del contenido de la

⁵³ En este punto, diría, estoy parcialmente de acuerdo con la crítica que hace Picó i Junoy (2001, p. 70) al sistema español por no permitir la recusación de los peritos de parte. Sin embargo, la idea que aquí sostengo es que siendo recusable el perito de parte, lo sea sólo por generalizaciones que permitan cuestionar de forma muy severa la conducta de este.

⁵⁴ Al menos dos problemas prácticos surgirían aquí: primero, cuando el informe pericial ya ha
sido realizado y, segundo, si es posible nombrar un nuevo perito de parte. Sobre la economía proce-
sal, puede verse Vázquez, 2015: 168 ss.

prueba pericial, es porque la acusación en cuestión ameritaría escuchar a la parte (y quizá al experto cuestionado) a fin de garantizarle su derecho de defensa. En otras palabras, si bien es cierto que las causas de parcialidad disposicional sobrevenidas pueden ser parte del contradictorio entre las partes, en mi opinión, podríamos tener dos incentivos para tratarlas de forma independiente: por un lado, permitir que la parte cuyo perito esté siendo cuestionado tenga la oportunidad de reunir las pruebas necesarias para desvirtuar la acusación y no perder un elemento de juicio que le pudiese ser determinante; y, por otro lado, dejar el contradictorio (o el posible careo o debate pericial) para la discusión de cuestiones netamente sustantivas podría ayudar a los jueces a gestionar mejor la información experta en juego.

Toda esta introducción de tales señalamientos *ad hominem* representa la *personalización* de la prueba pericial, es decir, el reconocimiento de que en ella está implicada un sujeto con su carácter, sus emociones y sus circunstancias. Y pese a que esto debiese ser lo suficientemente obvio como para tener que decirlo, no siempre lo es, pues no pocas veces se afirma que un “buen experto” debe ser capaz de dejar siempre de lado todo aquello que pudiera interferir en el ejercicio de su *expertise*. El problema, como espero haya quedado claro ya, es que los sujetos a veces ni siquiera somos conscientes de nuestras parcialidades disposicionales; por ello, sufrirlas no necesariamente hacen desmerecer el aspecto profesional del experto, ni le hacen necesariamente corrupto o deshonesto.

V. Conclusiones

El análisis tradicional de la im/parcialidad pericial es excesivamente simplista, reduciendo el debate a una mera relación del experto con las partes, principalmente a partir de la forma de selección del experto que conocerá del caso. En cambio, en este trabajo se ha presentado a la im/parcialidad como un fenómeno más complejo que puede tener diversas fuentes y consecuencias y, por ende, los mecanismos para afrontarlos son también distintos. Así, se ha distinguido entre la im/parcialidad de origen, la im/parcialidad cognitiva y la im/parcialidad disposicional.

Con todo lo dicho anteriormente, y a efectos de recapitular, vale la pena decir que la parcialidad disposicional es (en un sentido muy importante) subjetiva, a diferencia, por ejemplo, de la imparcialidad de origen, que es institucional. Tiene también un componente social, como la imparcialidad cognitiva, pero a diferencia de esta, la parcialidad disposicional es absolutamente contextual, dependiente de cada cultura o sociedad. Y a diferencia de la parcialidad de origen y la cognitiva, la disposicional es independiente del carácter experto del agente. Esto último de alguna manera difumina la distinción entre la parcialidad disposicional que aquí estoy tratando y la parcialidad cognitiva que abordé anteriormente, puesto que ambas aluden al proceso de conocimiento del experto y son por ello cognitivas. Sin embargo, en mi opinión, sigue teniendo sentido trazar la distinción por al menos dos razones: primero, porque el fundamento de lo que estoy identificando como parcialidad disposicional no está relacionado con el carácter experto del sujeto en cuestión, sino precisamente con su individualidad; y, segundo, porque las parcialidades disposicionales podrían por alguna razón *no* afectar de ninguna manera el proceso de conocimiento.

Como se ha visto, un análisis más concienzudo de los distintos tipos de im/parcialidades conlleva tratar otras cuestiones afines, como la confiabilidad de un experto, la propia *expertise* o el valor probatorio. Así, he argumentado que el mero hecho de que un perito no sea seleccionado por una parte no nos aporta garantías sobre este ni sobre sus afirmaciones; sin embargo, la imparcialidad de origen abre la puerta para pensar un modelo de selección de expertos *confiables* al menos en aquellos casos en que los jueces tengan la facultad de nombramiento. Ahora bien, para valorar la calidad de una prueba pericial no basta con un análisis del experto en sentido genérico, sino que hay que poner atención en aquello que este hace en el caso concreto, fundamentalmente en la información que usa y las inferencias que realiza a partir de la misma, interesándonos en la *completitud* de aquella. Y, dado que el acercamiento del derecho al conocimiento experto en materia probatoria es mediante un tercero, no podemos obviar que este, como todo ser humano, pudiera tener un conjunto de disposiciones personales que pudiesen *sesgar* su forma de acercarse al caso concreto. Todo lo anterior cobra sentido cuando nos acercamos a la *expertise* despojándonos de un objetivismo ingenuo, asumiendo la posibilidad de *desacuerdos* genuinos entre los expertos y, sobre todo, aceptando el rol del sujeto cog-

noscente en la selección e interpretación del conocimiento proposicional que utiliza a lo largo de su participación en un proceso judicial y/o en sus diversas participaciones en el sistema de justicia.

Referencias bibliográficas

- Abel Lluch, Xavier, 2009: "La prueba pericial", en Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (dir.), *La prueba pericial*. Barcelona, José María Bosch.
- Botter, Theodore I., 1982: "The Court-Appointed Impartial Expert", en Melvin D. Kraft (ed.), *Using Experts in Civil Cases*, 2^a ed. Nueva York, Practicing Law Institute.
- Calvo, María del Carmen, 2001: "Imparcialidad: abstención y recusación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero", *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. II.
- Champod, Christophe y Joëlle Vuille, 2010: "Scientific Evidence in Europe. Admissibility, Appraisal and Equality of Arms, Comparative Study on Scientific Evidence Drawn Up to the Bureau of the Council of Europe's: European Committee on Crime Problems". *International Commentary on Evidence*, vol. 9, núm. 1.
- Bogen, James, 2007: "Theory and Observation in Science". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/science-theory-observation/>.
- Damaška, Mirjan J., 1998: "Truth and Adjudication". *Hastings Law Journal*, núm. 49.
- De George, Richard, T., 1984: *The Nature and Limits of Authority*. Lawrence, University Press of Kansas.
- Devis Echandía, Hernando, 1972: "Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1.
- Dwyer, Déirdre, 2008: *Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Ferrer Beltrán, Jordi, 2005: *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid, Marcial Pons.
- Font Serra, Eduardo, 1974: *La prueba de peritos en el proceso civil español*. Barcelona, Editorial Hispano Europea.
- _____, 2000: *El dictamen de peritos y el reconocimiento en el proceso civil*. Madrid, La Ley.

LA IM/PARCIALIDAD PERICIAL Y OTRAS CUESTIONES AFINES... 105

- Garbolino, Paolo, 1997: *Ifatti e le opinioni. La moderna arte della congettura*. Roma, Editori Laterza.
- Goldman, Alvin I., 2001: "Experts: Which Ones Should You Trust?". *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 63, núm. 1.
- González Lagier, Daniel, 2005: *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima, Palestra – Temis.
- Graham, Michael H., 1977: "Impeaching the Professional Expert Witness by a Showing of Financial Interest". *Indiana Law Journal*, vol. 53.
- Haack, Susan, 2007: *Defending Science – Within reason. Between Scientism and Cynicism*. New York, Prometheus Books.
- Hacking, Ian, 1975: *The Emergence of Probability*. Nueva York, Cambridge University Press. Citado por la traducción castellana de J.A. Álvarez: *El surgimiento de la probabilidad*. Barcelona, Gedisa, 1995.
- Hand, Learned, 1901: "Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony". *Harvard Law Review*, vol. 15, núm. 1.
- Hardin, Russell, 2002: *Trust and Trustworthiness*. New York, Russell Sage Foundation.
- Imwinkelried, Edward J., 2014: *The Methods of Attacking Scientific Evidence*, 5^a ed. San Francisco, Lexis Nexis.
- Kelly, Thomas, 2005: "Epistemic Significance of Disagreement", en Tamar Szabó Gendler y John Hawthorne (eds.), *Oxford Studies in Epistemology*. New York, Oxford University Press.
- Kuhn, Thomas S., 1962: *The Structure of Scientific Revolutions*. Citado por la traducción castellana de C. Solís: *La estructura de las revoluciones científicas*. México, Fondo de Cultura Económica, 1981.
- Ledesma, Pilar, 2006: "La prueba pericial en la LEC. Problemática detectada en la práctica judicial", en Pilar Ledesma y Fernando Zubiri de Salinas, *La prueba pericial en el proceso civil*. Madrid, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial.
- Locke, John, 1690: *An Essay Concerning Human Understanding*. Citado por la traducción castellana de E. O'Gorman: *Ensayo sobre el entendimiento humano*, 2^a ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- López-Muñiz, Goñi M., 2008: *La prueba pericial. Guía práctica y jurisprudencia*, 3^a ed. Madrid, COLEX.
- Montero Aroca, Juan, 2007: *La prueba en el proceso civil*. Madrid, Civitas.
- Nieva, Jordi, 2010: *La valoración de la prueba*. Barcelona, Marcial Pons.

- Nisbett, Richard E. y Miyamoto, Yuri, 2005: "The Influence of Culture: Holistic Versus Analytic Perception". *Trends in Cognitive Science*, vol. 9, núm. 10.
- Pardo, Michael, 2010: "Evidence Theory and the NAS Report on Forensic Science". *Utah Law Review*, núm. 2.
- Patterson, Mark R., 1999: "Conflicts of Interest In Scientific Expert Testimony". *William and Mary Law Review*, vol. 40.
- Picó i Junoy, Joan, 1998: *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona, José María Bosch Editor.
- _____, 2001: *La prueba pericial en el proceso civil español*. Barcelona, J.M. Bosch Editor.
- Posner, Richard, 1999: "An Economic Approach to the Law of Evidence", *John M. Olin Program in Law & Economics*, Working Paper No. 66. Disponible en: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/66.Posner.Evidence.pdf>
- Roberts, Paul y Adrian Zuckerman, 2004: *Criminal Evidence*. New York, Oxford University Press.
- Rodríguez García, Nicolas, 2002: "Problemas prácticos que plantea el control de la imparcialidad y objetividad de los peritos en el proceso civil". *Revista del Poder Judicial*, núm. 66.
- Ryle, Gilbert, 1949: *The Concept of Mind*. Citado por la traducción castellana de E. Rabossi: *El concepto de lo mental*. Barcelona, Paidós, 2005.
- Saks, Michael y Barbara A. Spellman, 2016: *The Psychological Foundations of Evidence Law*. New York, New York University Press.
- Schmitt, Frederick F., 1994: "Socializing Epistemology: An Introduction Through Two Sample Issues", en Schmitt, F.F. (ed.), *Socializing Epistemology. The Social Dimensions of Knowledge*. Maryland, Rowman & Littlefield Publishers.
- Searle, John, 1995: *The Construction of Social Reality*. Nueva York, Free Press. Citado por la traducción castellana de A. Domènech: *La construcción de la realidad social*. Barcelona, Editorial Paidós, 1997.
- Tapper, Colin, 2010: *Cross and Tapper on Evidence*, 12^a ed. London, Butterworths.
- Thayer, James, 1898: *A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law*. Cambridge, Harvard University Press.
- Tuerkheimer, Deborah, 2011: "Science-Dependent Prosecution and The Problem of Epistemic Contingency: A Study of Shaken Baby Syndrome". *Alabama Law Review*, vol. 62.
- Vázquez, Carmen, 2015: *De la prueba científica a la prueba pericial*. Barcelona, Marcial Pons.

LA IM/PARCIALIDAD PERICIAL Y OTRAS CUESTIONES AFINES... 107

_____, 2016: “La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Dabert”. *Jueces para la democracia*, núm. 86.

_____, 2017: “El perito de confianza de los jueces”. *Analisi e diritto 2016*.

Recepción: 19/12/2016

Revisión: 16/06/2017

Aceptación: 13/11/2017