

MIRJAN R. DAMAŠKA

EL DERECHO PROBATORIO A LA DERIVA

Traducción de
Joan Picó i Junoy
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN DE LA TRADUCCIÓN	15
PREFACIO	17
INTRODUCCIÓN	19

CAPÍTULO I

EL CARÁCTER DEL DERECHO PROBATORIO EN EL *COMMON LAW*: UNA VISIÓN DESDE FUERA

1. EL ABRAZO DE LA COMPLEJIDAD	26
1.1. Volumen	26
1.2. Bajo grado de ordenación	28
1.3. Carácter técnico	29
2. LA ORIENTACIÓN PROFILÁCTICA.....	29
2.1. Reglas de exclusión extrínsecas	30
2.2. Reglas de exclusión intrínsecas.....	31
3. LA ESTRUCTURACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS	34
3.1. Los instrumentos legales	34
3.2. Un punto de referencia falso	35
3.3. El principio continental de la libre valoración de la prueba.....	37

CAPÍTULO II

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA ARQUETÍPICO

1. LOS JUECES LEGOS	42
1.1. Las deficiencias de las decisiones de los jueces legos	43

ÍNDICE

	Pág.
1.1.1. El alcance de la justificación	45
1.1.2. El conflicto de imágenes en la mente de los jurados	47
1.2. La organización de las deliberaciones del jurado.....	51
1.3. Compensando los veredictos crípticos	54
2. EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DIVIDIDO	59
3. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN.....	60
3.1. Las instrucciones revisitadas	64
3.2. El impacto sobre los conceptos probatorios fundamentales	66

CAPÍTULO III

LOS PROCEDIMIENTOS CONCENTRADOS

1. LA LIMITACIÓN DEL BANCO DE DATOS	72
2. UN <i>EXCURSUS</i> SOBRE EL TESTIGO DE REFERENCIA	75
3. LAS SANCIONES POR LA PRESENTACIÓN TARDÍA DE LAS PRUEBAS	76
4. EL PROBLEMA DE LAS PRUEBAS «FRESCAS»	78

CAPÍTULO IV

EL SISTEMA ADVERSARIAL

1. EL IMPACTO DEL CONTROL DE LAS PARTES SOBRE LA INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS.....	84
1.1. La polarización de los medios de prueba.....	85
1.2. La verificación de los medios de prueba	87
1.3. Una impronta adversarial en la carga de la prueba.....	90
1.4. La exclusión de la información probatoria	92
1.5. La aplicabilidad condicional del derecho probatorio.....	94
2. EL INTERÉS DE LAS PARTES Y LA INVESTIGACIÓN RACIONAL	96
2.1. Las investigaciones judiciales y extrajudiciales	96
2.2. La determinación adversarial de los hechos e investigación racional.	101
3. EL ALCANCE DEL CONTROL PROCESAL.....	109
3.1. El control sobre los hechos a probar	109
3.2. Los diferentes tipos de control procesal en el derecho continental....	111
3.3. La estabilidad del control de las partes en la justicia angloamericana	114
4. EL OBJETIVO DE LAS INVESTIGACIONES DE LOS HECHOS	115
4.1. Los paradigmas civil y penal.....	116
4.2. El impacto de los paradigmas divergentes.....	118
4.3. El origen de los paradigmas divergentes.....	122
4.4. El compromiso con la búsqueda de la verdad	124

ÍNDICE

Pág.

CAPÍTULO V

LAS TRANSFORMACIONES INSTITUCIONALES

1. EL DECLIVE DEL JURADO.....	130
2. LA DESAPARICIÓN DE LA CENTRALIDAD DEL JUICIO	132
3. LOS DESAFÍOS DEL CONTROL DE LAS PARTES.....	137
EPÍLOGO. EL FUTURO	145
ÍNDICE ANALÍTICO	153

PRESENTACIÓN DE LA TRADUCCIÓN

En uno de mis viajes a Estados Unidos de Norteamérica tuve ocasión de leer *Evidence Law Adrift* de Mirjan R. DAMAŠKA. Rápidamente pensé que era una excelente obra que merecía la máxima difusión a través de su traducción al castellano, pues aborda con brillantez diversos aspectos esenciales del derecho probatorio, efectuando un erudito estudio transversal de la materia: navega continuamente entre las culturas jurídicas del *common law* y del *civil law*; los viajes desde el pasado al presente —pero con vista al futuro— aparecen en cada uno de los capítulos del libro, y el examen de los procesos civil y penal es permanente. Además, debo reconocer que la lectura de su otra gran obra, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, me causó un gran impacto cuando estaba estudiando el rol del juez y su iniciativa probatoria. Así que sentía simpatía intelectual por la obra de este autor. Pero lo cierto es que el día a día nos absorbe tanto que mi inicial ilusión de traducir la obra se fue quedando postergada.

Sin embargo, no hace mucho, en un seminario con mi querido amigo Xavier ABEL LLUCH, nos pusimos a hablar del libro y volvió a brotarme la inquietud de hacer su traducción. Y así lo hice, no lo demoré más: durante mis estancias en la *University of Minnesota* —en la primavera de 2014— y en la *University of Oxford* —en el verano de 2014— me dediqué a ello: no fue fácil porque el lenguaje de la obra es muy técnico, e incluso en este ámbito especializado existen muchas palabras polisémicas que, en función del contexto en que se utilizan, adquieren un alcance jurídico u otro. Pero para la traducción he contado con la ayuda de los excelentes conocimientos de la lengua shakesperiana de Juan Antonio ANDINO LÓPEZ y Gisela SANTAEULARIA RIERA. Y, para su revisión al correcto castellano, me han ayudado mis dos grandes maestros, los que siempre han estado —y están— ahí: la profesora vallisoletana M.^a Victoria BERZOSA FRANCOS, y el profesor de Cabañeros del Páramo Manuel CACHÓN CADENAS; mi querida —y estricta— bibliotecaria Carolina ROCA; y mis fieles compañeros Xavier ABEL LLUCH y Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ.

PRESENTACIÓN DE LA TRADUCCIÓN

Esta traducción ha sido realizada dentro del grupo de investigación consolidado sobre «Derecho Probatorio» 2014SGR438 de la AGAUR, y se enmarca en el proyecto de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad «La prueba civil a examen: estudio de sus problemas y propuestas de mejora» (DER 2013-43636-P), grupo y proyecto de los que soy director.

Finalmente, pensando en el lector español, de manera excepcional he incluido algunas notas breves, que van precedidas por la indicación *N. del T.*, para precisar conceptos o expresiones inglesas y referencias al derecho español.

Barcelona, 12 de marzo de 2015.

Joan PICÓ I JUNOY
Catedrático de Derecho Procesal URV

PREFACIO

Este es un libro escrito de forma accidentada. Se desarrolló a partir de una conferencia que pronuncié en invierno de 1989 en la *Benjamin Cardozo Law School*, aceptando la invitación de Peter TILLERS para participar en un seminario internacional sobre las singularidades del derecho probatorio en el *common law*. Richard Lempert leyó las notas que había preparado para esa ocasión, me hizo algunos comentarios estimulantes acerca de ellas, y me convenció para que convirtiese la conferencia en un artículo. Pensé que el proceso de conversión no me tomaría más de unos pocos meses, pero el esfuerzo para desarrollar las reflexiones que expuse en el seminario de CARDOZO me condujo a campos insospechados y me encontré con multitud de problemas inesperados.

Después de dos años yendo y viniendo entre el derecho y sus disciplinas afines, me di cuenta de que el tema tratado en la conferencia era demasiado extenso para un artículo. Dispuesto a renunciar a la búsqueda de un esquema unificador, empecé a planear una serie de breves estudios para revistas jurídicas dedicados a aspectos concretos del lenguaje probatorio angloamericano. Pero mi viejo amigo Bruce A. ACKERMAN me animó a continuar el proyecto en su conjunto. Finalmente me convenció para ampliar los temas tratados en la conferencia y para que escribiera este libro. Como un verdadero compañero intelectual, nunca escatimó en respuestas generosas, y se convirtió en la caja de resonancia de mis ideas incipientes sobre el contenido de esta obra.

Escribir el libro me ha tomado más tiempo de lo que hubiese querido. El estallido de la guerra en mi país natal me apartó de mis actividades académicas y acabó con buena parte de mi energía creativa. En 1992 dejé varias veces de escribir y en 1994 pensé abandonar mi proyecto por completo. En este punto crítico, Anthony KRONMAN, mi decano de la *Yale Law School*, estuvo de acuerdo en reducir mi carga docente durante un semestre. Su amabilidad me permitió terminar el manuscrito en otoño de 1995.

PREFACIO

Roger PARK leyó la versión final y efectuó valiosos comentarios por escrito. Mi amiga Alice MISKIMIN accedió a restar tiempo a su práctica profesional del derecho para convertirse en mi revisora. Su delicadeza y su sensibilidad de trato hacia un desamparado en una lengua prestada fue del todo admirable. Ella me indicó dónde tenía que ser más clara mi exposición, y —como abogada experimentada— me hizo sugerencias útiles que mejoraron sustancialmente el texto.

Mi esposa Marija contribuyó en gran medida a llevar a buen término este libro: cuando el mundo de nuestras raíces se enfrentaba a su destrucción, ella me proporcionó el sentido de la estabilidad y de la continuidad que necesitaba para concentrarme en mi trabajo.

INTRODUCCIÓN

La afirmación de que el método angloamericano de determinación de los hechos en el proceso es peculiar se ha convertido en un tópico. Un aspecto de este método —la presentación adversarial de las pruebas por parte de los abogados— se ha popularizado tanto en todo el mundo —gracias a novelas, películas y televisión— que ahora su relación con la justicia de los países de habla inglesa ya forma parte de la cultura colectiva. Generalmente se admite —al menos en los círculos jurídicos— que esta forma de adquirir la prueba, llena de efectos dramáticos y *coups de théâtre*, no tiene equivalente en los procedimientos judiciales fuera del ámbito del *common law*. Otras características del sistema angloamericano de investigación de los hechos también forman parte ampliamente de la flora nativa del jardín del *common law*. Algunas de ellas, sobre todo la regla referente a los testimonios de referencia (*hearsay*), se consideran tan extrañas que ocupan uno de los rincones más inhóspitos de toda la estructura jurídica angloamericana. No es extraño que a los abogados extranjeros, cuando se reúnen con sus colegas angloamericanos, les resulte difícil comprender las doctrinas y prácticas del *common law* en materia de investigación de los hechos. La agitada historia de los tribunales internacionales para crímenes de guerra ofrece numerosos ejemplos de esta dificultad¹. Ante la perspectiva de aplicar las reglas probatorias del *common law*, los extranjeros se quejan de que sus doctrinas y prácticas son enigmáticas y que se apartan demasiado de sus modos tradicionales de investigar los hechos. Sin embargo, a pesar de estas quejas, hay una inquietante atracción por los exóticos encantos del *common law*.

¹ Un ejemplo reciente lo proporcionan los debates en torno a la adopción de reglas probatorias en el Tribunal para los Crímenes de Guerra para la ex Yugoslavia. Las declaraciones realizadas por el presidente del Tribunal, al anunciar la adopción de estas reglas, reflejan el desconcierto de los abogados no formados en el sistema de *common law* respecto de las normas técnicas para la selección de pruebas. *Vid.* «Tribunal Internacional de las Naciones Unidas, Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex Yugoslavia», Documento IT/29 (La Haya, 2.ª sesión, 11 de febrero de 1994), p. 3.

En este libro me dispongo a estudiar las causas de esta situación. ¿Por qué el sistema angloamericano de investigación judicial de los hechos es tan peculiar? A pesar de la gran variedad de respuestas que se han ofrecido para resolver este interrogante, la mayoría han girado en torno a dos teorías contrapuestas. Según la primera, la más antigua, la razón principal de esta característica del *common law* reside en el empleo de personas legas (jurado) como jueces de los hechos. Como el célebre James Thayer señaló, las disposiciones sobre la investigación de los hechos en el *common law* son, ante todo, «el resultado del sistema de jurados»². De acuerdo con la segunda teoría, más reciente, estas disposiciones son producto, principalmente, del destacado juego de las estrategias de las partes en la reunión del material probatorio y su presentación ante los tribunales. Desde esta segunda perspectiva, la prueba en el *common law* es primero, y principalmente, el resultado del sistema adversarial³.

Cuál de estas dos teorías resulta más convincente depende, en gran medida, del aspecto concreto en el que nos fijemos del modo de investigar los hechos. Si se fija la atención sobre la obtención de la prueba, la característica de la competitividad puede justificar directamente el sistema adversarial. Y si la dirigimos hacia algunas reglas de exclusión de pruebas, el sistema del proceso por jurado sería el más apropiado. Cabe, incluso, discutir el relativo mérito de ambas teorías sobre este punto. Si la visión se dirige al modo angloamericano de investigar los hechos en su totalidad —tratando de identificar su «origen estilístico», si es que existe— el poder explicativo de las dos teorías es totalmente incierto.

Parte de los motivos de esta situación radica en que, al afrontar el tema de la investigación de los hechos en el sistema angloamericano, suelen combinarse dos enfoques distintos, y se confunden diferentes líneas de investigación. El primer enfoque es histórico: se trata de determinar los factores que provocaron determinadas doctrinas y prácticas de investigación de los hechos. El segundo es analítico e interpretativo: se ocupa del estudio de los factores que proporcionan una justificación plausible a los instrumentos para la investigación de los hechos. Los dos enfoques están estrechamente relacionados: un factor que proporciona una buena justificación de una regla probatoria —como parte de las razones para su aceptación— puede fácilmente encontrarse en la historia que describe su origen. Pero este no es siempre el caso: razones persuasivas pueden inclinarse a favor de una par-

² Vid. J. B. THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law*, Boston, 1898, p. 266. Variantes de este punto de vista, compartido por WIGMORE, también se expresaron mucho antes, tanto por académicos como por jueces. Para uno de los primeros comentarios judiciales *vid.*, por ejemplo, el Caso *Berkeley Peerage*, 171 *Eng. Rep.*, pp. 126, 135 (K.B. 1816). Y para una de las primeras opiniones académicas, véase Thomas Starkie, *A Practical Treatise of the Law Evidence*, Philadelphia, 1824, I: p. 45.

³ Uno de los primeros defensores de esta teoría fue E. MORGAN, «The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence», *U. Chi. L. Rev.*, núm. 4, 1937, p. 247. Su mejor seguidor contemporáneo es D. NANCE, «The Best Evidence Principle», *Iowa L. Rev.*, núm. 73, 1988, pp. 227, 229. Por supuesto que las dos teorías mencionadas en el texto no se excluyen mutuamente; y de hecho, a menudo, se utilizan de manera combinada: *vid.*, por ejemplo, *Cross on Evidence*, 6.^a ed., London, editor C. Tapper, 1985.

ricular doctrina o práctica probatoria, aunque también es evidente que estas razones no desempeñaron ningún papel en su génesis.

Según el enfoque analítico, un factor concreto puede estudiarse separadamente como justificación de un instrumento para la investigación de los hechos, a pesar de que este tenga lugar conjuntamente con otros factores. En el curso de la historia del *common law*, por ejemplo, los juicios con jurado fueron de la mano del reagrupamiento de los procedimientos formales en un juicio concentrado. Pero aunque los juicios con jurado y la concentración procesal pertenezcan a la historia, como destacan Castor y Pólux, los dos temas son analíticamente diferentes, en busca de apoyo argumentativo del derecho probatorio en el *common law*. El empleo del jurado y la concentración del juicio no justifican las mismas disposiciones probatorias: cada uno de estos temas merece un análisis separado.

Este análisis adquiere importancia práctica cada vez que las disposiciones probatorias persisten más allá de las condiciones básicas de su origen histórico. Además, para continuar con el ejemplo, si se abandonó la concentración del proceso mientras que los juicios con jurado siguieron empleándose, habría que preguntarse qué doctrinas y prácticas probatorias han perdido su razón de ser como resultado de los cambios en el contexto procesal. Así, las diferencias históricas probatorias comienzan a revelar sus distintas influencias sobre las disposiciones que regulan la prueba.

Mi investigación sobre el carácter propio del proceso de determinación de los hechos en el *common law* será predominantemente analítica e interpretativa. El núcleo fundamental del libro estará dedicado a los argumentos que proporcionan un andamio de protección para las disposiciones probatorias «clásicas» —es decir, un soporte de las normas que comenzaron a cristalizar a finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX—⁴. Determinar hasta qué punto tales argumentos fueron la fuente de la cual brotó el derecho probatorio es una cuestión histórica de la que me ocuparé solo ocasionalmente y de manera breve.

Tres características institucionales serán el centro de mi atención: la peculiar organización del tribunal de primera instancia; la concentración temporal de los procedimientos; y los papeles destacados de las partes y de sus abogados en las controversias judiciales. La combinación de los argumentos basados en estos tres factores institucionales va a llegar a ser tan importante para justificar el modo angloamericano de determinar los hechos que cada uno de ellos podrá considerarse un pilar de apoyo: eliminar alguno de estos tres factores exigiría que las doctrinas y prácticas características del *common law* encontrasen un nuevo marco interpretativo para mantener su propia vitalidad —e incluso, para sobrevivir—.

Aunque el carácter *sui generis* de la prueba en el *common law* parece ser generalmente reconocido, no está nada claro qué es, concretamente, lo

⁴ El derecho probatorio angloamericano, en su forma actual, fue en gran medida inexistente incluso en las décadas centrales del siglo XVIII. Vid. J. LANGBEIN, «Historical Foundations of the Law of Evidence: a view from the Ryder Sources», *Colum. L. Rev.*, núm. 96, 1996, pp. 1168, 1172.

que lo hace único. Por ello, el capítulo inicial de este libro se dedicará a la búsqueda de las tendencias centrales que constituyen el verdadero origen de la prueba en el *common law*. Esta tarea exploratoria no puede lograrse sin una mirada más allá de las fronteras del *common law*: los ojos de quien está dentro del sistema, rodeado de lo que observa, por fuerza pierde el adecuado punto de referencia. Inevitablemente, la introducción al tema principal de este libro implicará muchas referencias culturales entrecruzadas.

El capítulo II examinará el primer pilar de apoyo de las disposiciones probatorias angloamericanas —el tribunal de primera instancia arquetípico—. Las cuestiones planteadas a este respecto no se limitarán al tema recurrente de si el jurado lego ofrece una justificación suficiente de las características más destacadas de la prueba en el *common law*. Se prestará mayor atención de la que es habitual a los problemas que surgen del carácter colectivo del órgano de determinación de los hechos y de la naturaleza inescrutable de sus veredictos. La división del tribunal decisor en dos partes resultará ser, en sí mismo, un factor significativo en la explicación de las peculiares doctrinas y prácticas del *common law*.

El capítulo III se dedicará a las características del modo de determinar los hechos de la justicia clásica del *common law*, fiel a un modelo de juicio concentrado en el tiempo y realizado sumariamente. Es cierto, como ya se ha admitido, que las contingencias de la historia del *common law* hicieron que el acortamiento temporal de los procesos dependiese de la intervención de jueces legos sobre los hechos. Pero en la medida en que el órgano decisor sea un juez lego, o bien profesional, la sensibilidad del proceso respecto a su duración crea específicas exigencias —tales como la necesidad de definir y limitar la amplitud de los hechos a investigar—. También la relativa ausencia de una preparación metódica de la causa requiere exigencias específicas en el juicio que son independientes de la formación del órgano decisor. Pero para dar más relieve a las múltiples, pero a menudo sutiles, implicaciones que tiene la concentración procesal, me serviré como contrapunto en todo el capítulo del sistema procesal de la Europa continental, en el que las limitaciones de tiempo en la adquisición de la prueba han sido tradicionalmente mucho menos severas.

El capítulo IV sondeará los rasgos característicos de la prueba angloamericana que pueden ser explicados por el control exhaustivo de las partes y de sus abogados sobre todo el proceso. Expresado en términos más convencionales, el capítulo examinará las conexiones entre la organización de la investigación de los hechos y el sistema adversarial angloamericano. Cuando se aborda este tema, la atención se centra rápidamente en las implicaciones probatorias de la lucha competitiva por la obtención de las pruebas, en la que los abogados combaten para hacer suyo el caso de su propio cliente y derribar a su oponente. Voy a empezar siguiendo este planteamiento pero lo profundizaré más allá de lo que habitualmente hace la doctrina. Con el fin de encontrar mi camino entre los pasajes oscuros del derecho probatorio, tendré que volver a usar el estudio comparativo: los efectos del modo adversarial de la adquisición de la prueba llegan tan profundamente al estrato

fundamental de nuestra arquitectura procesal que vivimos por ellos —y, por la misma razón, raramente los percatamos—.

Pero el método competitivo de la práctica de las pruebas ante el tribunal es solo el punto de relación más visible, aunque no el único, entre las disposiciones probatorias y el control de las partes. La recopilación de información, la selección de las pruebas, y otras actividades de preparación para su práctica en los tribunales, también se asignan a los litigantes o a sus abogados, y ello sucede en todo tipo de procesos —civiles, penales y administrativos—. Este amplio control de las partes, considerado como una obviedad en los justicia angloamericana, es realmente único. Fuera del mundo del *common law*, este control se considera inadecuado —al menos para los asuntos criminales—. La exploración del origen del poder persuasivo que tienen los litigantes angloamericanos sobre el desarrollo del proceso me llevará, más adelante, a examinar las relaciones entre el propio interés de las partes y las exigencias de la investigación racional de los hechos, así como a las conexiones entre el control de las partes y los fines del proceso.

Como es bien sabido, el contexto institucional que predominó en el período formativo del derecho probatorio en el *common law* sufrió grandes cambios en el siglo xx: la importancia del jurado se redujo drásticamente, la concentración procesal en gran medida se abandonó, e incluso el control de las partes sobre el proceso no se salvó de cambios pese a ofrecer notable resistencia a reducirse. Por tanto, aparecieron grietas en los tres pilares tradicionales del derecho probatorio. El último capítulo de este libro examinará su estado de deterioro, para sostener que el reciente aumento de las reformas del derecho probatorio en todos los sistemas jurídicos angloamericanos puede atribuirse, en gran medida, a los cambios del contexto institucional. Al debilitarse sus fundamentos, las doctrinas y prácticas, hasta ahora investidas de significado, cada vez se perciben en la actualidad como meros tecnicismos —rituales jurídicos carentes de sentido—.

¿Qué resultará de este deterioro del entorno que ha alimentado y mantenido el carácter peculiar del derecho probatorio en el *common law*? Antes de terminar, voy a ofrecer algunas conjeturas sobre el tema. Fuertes corrientes de cambio están arrasando todos los sistemas judiciales contemporáneos; por todas partes se nota la sensación de crisis en las preciadas tradiciones sobre la investigación de los hechos. Una visión general de estas corrientes colocará los actuales problemas del sistema probatorio angloamericano en un marco más amplio para que puedan verse en la perspectiva adecuada. Desde el inicio hasta el final de la obra se analiza la evolución de nuestro derecho probatorio. Y aunque mis conclusiones no constituyan aportaciones revolucionarias, el lector podrá descubrir horizontes desconocidos revelados por las continuas referencias al derecho comparado.

CAPÍTULO I

EL CARÁCTER DEL DERECHO PROBATORIO EN EL *COMMON LAW*: UNA VISIÓN DESDE FUERA

Las principales peculiaridades del modo de investigar los hechos en el *common law* no surgen tanto de las reglas probatorias como de la manera en que se aplican. Pero debido a que su aplicación depende esencialmente del contexto institucional, la mayoría de sus elementos aún no pueden describirse —falta el contexto adecuado—. Será solamente en los capítulos siguientes, al desarrollar mi historia sobre las varias ramificaciones del citado contexto institucional, cuando verán la luz las características singulares del *common law*. El presente capítulo se dedica exclusivamente a los aspectos normativos de la investigación de los hechos: este estudio inicial necesita conocer las características de la regulación probatoria angloamericana.

Y ello no puede realizarse, por supuesto, sin un punto de referencia comparativo. Para este propósito, voy a valerme del derecho probatorio continental europeo. Es cierto que, desde el derrumbe del sistema probatorio romano-canónico, las naciones de la Europa continental ya no comparten un régimen probatorio común: en la actualidad, existen considerables diferencias internas entre ellas. Sin embargo, la tradición jurídica adquirida tras rechazarse el sistema probatorio romano-canónico, y la similitud de las instituciones procesales, ejercen una influencia unificadora. Las tendencias esenciales del derecho probatorio continental son compartidas y pueden ser provechosas si se contrastan con las de las jurisdicciones de *common law*¹.

¹ Para el estudio de los aspectos comunes del derecho probatorio en el *civil law*, *vid.*, por ejemplo, H. NAGEL, *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess*, Baden-Baden, 1967. Para el sentido de las variaciones internas de este derecho pueden consultarse los artículos recopilados por D. C. MILLER y P. R. BEAUMONT (eds.), *The Option of Litigating in Europe*, London, 1993, pp. 43-147.

Para un estudio similar respecto de la prueba penal, *vid.* J. PRADEL y F. BOULAN, *La preuve en procédure pénale comparée*, Paris, 1992. Más recientemente, las presiones para alcanzar un grado

En consecuencia, analizando el derecho probatorio del *common law* desde la perspectiva continental, destacan tres de sus típicas características: la complejidad de la regulación del *common law*; la preocupación por examinar minuciosamente el material que deberá escuchar y ver el juez del hecho; y la aspiración a estructurar la valoración de las pruebas.

1. EL ABRAZO DE LA COMPLEJIDAD

A menudo se dice que la mayor diferencia existente entre el proceso del *common law* y el continental se encuentra en la densidad de la normativa reguladora de la investigación en el *common law*: hay mucha más legislación —y es más compleja— en el *common law* que en el derecho continental. Al tratar de evaluar la exactitud de este cliché, deben distinguirse varios aspectos en los que la regulación probatoria puede ser calificada como compleja.

1.1. Volumen

Uno de ellos es el gran número de normas probatorias. En este sentido, el contraste entre los sistemas angloamericano y continental es exagerado. La principal razón para ello son los divergentes puntos de vista respecto del carácter vinculante de las decisiones judiciales en las dos tradiciones jurídicas. Debido a que la doctrina del *common law* reconoce el precedente judicial vinculante, a diferencia de la doctrina continental, las decisiones judiciales que se ocupan de cuestiones probatorias se aplican normalmente como si fueran ley solo en el ámbito angloamericano². Ahora bien, si se compara la prueba en el *civil law*, que únicamente puede buscarse en el derecho positivo —con escasos resultados— con las pocas normas y el gran número de decisiones judiciales en materia probatoria en el *common law*, entonces, fácilmente se advierte el fuerte contraste entre ambos sistemas. Sin embargo, cuando las decisiones judiciales se incluyen en la parte continental de la comparación, las cosas empiezan a cambiar: en muchas jurisdicciones continentales, los pronunciamientos de los tribunales de apelación sobre cuestiones probatorias son realmente numerosos³.

de uniformidad en las pruebas penales están viniendo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en especial su art. 6.

² También es solo en el ámbito angloamericano donde se divulgan regularmente las decisiones judiciales en materia probatoria. Para la presentación de información muy selectiva de resoluciones judiciales en países continentales, *vid.*, en general, R. SCHLESINGER *et al.*, *Comparative Law*, 5.^a ed., Mineola, N.Y., 1988, pp. 643-651. El hecho de que en el derecho continental la regulación probatoria no se considere una disciplina autónoma también es, en parte, responsable de la percepción de que hay poco derecho probatorio. Al contrario, la prueba es vista como un apéndice del derecho procesal civil, penal y contencioso-administrativo —un apéndice que fácilmente se pierde de vista—.

³ En Weimar, Alemania, por ejemplo, un erudito ha contabilizado más de 1.200 decisiones solo sobre un tema particular del derecho probatorio: los motivos por los cuales el tribunal puede rechazar las proposiciones de prueba realizadas después de haber comenzado el juicio penal. *Vid.* K. KUNERT, «Some Observations on the Structure and Origin of Evidence Rules», *Buffalo L. Rev.*, núm. 16, 1966, pp. 122, 156. Una idea de la gran riqueza de las decisiones más recientes sobre este tema puede obtenerse en M. ALSBERG *et al.*, *Der Beweis Antrag im Strafprozess*, 5.^a ed., Cologne, 1983.

Se objetará que las decisiones judiciales formalmente no vinculantes de los tribunales continentales no deben colocarse a la par con los precedentes formalmente vinculantes del *common law*: solo estos últimos son realmente «jurisprudencia». Pero esta objeción no resiste la crítica. No es ningún secreto que los jueces continentales, aunque formalmente son libres de hacer caso omiso de las decisiones de sus superiores, en realidad recurren a ellas para orientarse: sus opiniones son seguidas como una cuestión de práctica institucional normal, y las desviaciones de esas opiniones conllevan una sanción —es decir, como en el *common law*, la revocación en la apelación—⁴. Tampoco es cierto que los estándares derivados de las decisiones continentales sean más flexibles que los de la jurisprudencia angloamericana⁵. La jurisprudencia en materia probatoria casi siempre está sujeta al concreto hecho enjuiciado, y a menudo se presenta en forma de reglas poco definidas, por lo que resulta exagerado entender que de ahí puedan extraerse pautas o reglas básicas. Debe tomarse en consideración que muchas reglas persiguen equilibrar el potencial demostrativo de las pruebas con otros muchos factores. Y esto no es todo: debido a que los fallos parten de descripciones muy genéricas de los hechos, los jueces tienen suficiente margen de maniobra para determinar lo que en realidad es vinculante en un precedente⁶. Por otro lado, cuando los jueces continentales buscan orientación en las decisiones de tribunales superiores, tratan de encontrar reglas generales para sus casos. Y como esto último es relativamente independiente de las declaraciones de hecho, los jueces continentales no pueden hacer fácilmente distinciones fácticas con el fin de disminuir la rigidez de los estándares normativos enunciados por los tribunales superiores⁷.

En definitiva, la comparación de la regulación probatoria continental y la angloamericana es claramente deficiente si se deja la jurisprudencia continental al margen. Y cuando se incluye en la comparación, ya no puede mantenerse con seguridad el argumento de la gran asimetría en el número de normas probatorias. Cualquiera que sea la diferencia entre los sistemas continental y de *common law* respecto del volumen de normas probatorias, esta es eclipsada por contrastes más notables en el derecho probatorio de las dos ramas de la tradición jurídica occidental.

⁴ Los estándares normativos de los tribunales de apelación continentales deben ser tratados como jurídicos a los efectos de la comparación intercultural, siempre y cuando sean seguidos regularmente por los tribunales, y con la condición adicional de que su incumplimiento implique consecuencias como la revocación en apelación. Debería ser irrelevante que la doctrina legal local reconozca estos estándares como formalmente vinculantes. Solo de este modo puede superarse el provincianismo de folklore legal y establecerse un significativo *tertium comparationis*. Para un completo estudio del papel real del precedente en el *civil law*, *vid.* SCHLESINGER, *Comparative Law*, ob. cit., pp. 643-651.

⁵ De hecho, como veremos más adelante en este libro, hay un sentido importante en que todas las reglas probatorias angloamericanas, ya sean de origen legal o judicial, sean flexibles. *Vid.* el punto 1.5 del capítulo cuarto: «La aplicabilidad condicional del derecho probatorio».

⁶ Para algunas diferencias internas entre las jurisdicciones de *common law* sobre este punto, *vid.* P. S. ATIYAH y R. S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, 1987, pp. 120-127. Obsérvese también que los tribunales de apelación, en la mayoría de los países de *common law*, destacan por permitir a los jueces de instancia un alto grado de discreción sobre una amplia gama de cuestiones probatorias.

⁷ Pronto veremos, sin embargo, que los pronunciamientos sobre aspectos probatorios rara vez cristalizan como reglas.

1.2. Bajo grado de ordenación

Más destacada es la manera en la que se ordena el derecho probatorio angloamericano. Visto a través de ojos continentales, parece un laberinto de normas desconectadas, llenas de excepciones y contraexcepciones. En esto evoca el derecho probatorio romano-canónico con sus laberínticas «expansiones», «limitaciones» y «sublimaciones». Pocos elementos comunes a las reglas probatorias han cristalizado en forma de principios para hacer fácilmente analizable toda la estructura normativa⁸. Y aunque con la reciente tendencia hacia la codificación en algunas jurisdicciones del *common law* se ha reducido, en gran medida, este aspecto característico del derecho probatorio, sigue siendo sorprendente interculturalmente.

Esto contrasta con la situación en el derecho continental, donde los estudiosos analizaron separadamente los principios del derecho probatorio de los procesos civil y penal⁹. Informada por estos principios, la legislación europea moderna proporcionó un marco relativamente simple para el desarrollo de la jurisprudencia. La doctrina también se ocupó de estudiar la jurisprudencia en materia probatoria: con un ojo puesto en las disposiciones legales fundamentales y el otro en las decisiones judiciales que las aplicaban, algunos «precedentes» fueron relegados al olvido, y el resto se organizaron en modelos analizables. Los frutos de sus esfuerzos de ordenación están contenidos en sus influyentes comentarios a los procesos civiles, penales, y a veces también contencioso-administrativos¹⁰.

Aunque el bajo grado de ordenación es una característica destacada de la prueba angloamericana, me referiré a ella de forma esporádica en las siguientes páginas. Esto se debe a que el descuidado derecho probatorio está remotamente relacionado con aquellos aspectos del contexto institucional a los que principalmente se refiere este libro. Y ello es atribuible, principalmente, al hecho de que la doctrina probatoria del *common law* evolucionó *ad hoc*, cimentada a través del tiempo con las resoluciones judiciales de los casos individuales¹¹. Pero este es un aspecto general de la cultura del *common law* que quiero dejar de lado.

⁸ Algunos conceptos probatorios importantes siguen en la oscuridad, dando lugar a confusión sobre su correcta interpretación. Para una definición de referencia *vid.*, por ejemplo, M. GRAHAM, *Evidence*, 2.^a ed., Notre Dame, Ind., 1988, p. 76.

⁹ A este punto cabe realizar una rápida advertencia. El lector debería darse cuenta que las diferencias entre la prueba civil y penal son mucho más pronunciadas en el continente que en los países angloamericanos. Puesto que la prueba penal continental presenta un contraste más obvio respecto al *common law*, los estudiosos angloamericanos tienen la costumbre de asociar toda la prueba continental al previsto solo para el proceso penal. En algunos aspectos, este hábito resulta bastante inocuo, pero en otros puede inducir a error. Me ocuparé de la fuente principal de la pronunciada diferencia interna del derecho probatorio continental más adelante, en el punto 3 del cap. IV: «El alcance del control procesal».

¹⁰ Debería tenerse en cuenta que los abogados continentales, cuando trabajan en un caso, recurren más a la doctrina científica autorizada que a la doctrina judicial. *Vid.* SCHLESINGER, *Comparative Law*, ob. cit., p. 644.

¹¹ *Vid.*, por ejemplo, J. B. THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law*, Boston, 1898, pp. 265-266.

1.3. Carácter técnico

Más importante para mis propósitos es otro rasgo que contribuye a la fama de la alta complejidad de la prueba en el *common law*. El método legal de investigación de los hechos se aparta en gran medida del método empleado generalmente en la práctica social. Esta aparente complejidad se refleja no solo en el rechazo de mucha información que de otro modo podría tener fuerza probatoria, y en la forma inconfundible de aportar las fuentes informativas a los tribunales, sino también en una variedad de circunstancias que se tratarán más adelante en este libro. En consecuencia, es relativamente poco frecuente que una persona inexperta, sin intermediación de un abogado, pueda extrapolar de su experiencia vital qué puede ser utilizado como prueba judicial. Como veremos en capítulos posteriores, la determinación de los hechos en los sistemas procesales continentales se desvía mucho menos de los métodos ordinarios de investigación, a pesar de las importantes diferencias que existen entre las disposiciones probatorias en materia civil y penal. Notablemente menos técnica se presenta, en ambos ámbitos de enjuiciamiento, la determinación de hechos en el derecho continental, lo que le diferencia en gran medida del *common law*¹².

El carácter técnico de la regulación probatoria será un tema recurrente en los tres capítulos siguientes —este será, de hecho, uno de los temas principales del libro: sus lazos con un entorno institucional, que incluye fuertes componentes laicos, se examinarán en una variedad de contextos—.

2. LA ORIENTACIÓN PROFILÁCTICA

La mayoría de los juristas coinciden en que la intensa selección preliminar de las pruebas constituye un rasgo sobresaliente del modo angloamericano de investigar los hechos. Este rasgo es principalmente el resultado de mecanismos institucionales relativos al control de la recepción de las pruebas. Pero también se fundamenta en consideraciones normativas: la ley es la que proporciona los criterios para la válida separación entre información admisible e inadmisibles. Por lo tanto, no debería sorprendernos encontrar que las reglas de exclusión probatoria —ampliamente admitidas— constituyan un sello distintivo del derecho probatorio angloamericano. Sin embargo, desde un punto de vista comparativo, esta es otra exageración: solo un pequeño número de reglas de exclusión probatoria son verdaderamente propias del *common law*. Para identificarlas, basta con echar una ojeada al panorama jurídico continental.

¹² Estas desviaciones de las disposiciones probatorias de la cognición ordinaria, se tratarán más adelante, en el punto 2.1 del cap. IV: «Las investigaciones judiciales y extrajudiciales».