

Colaboración recibida el 22 de noviembre de 2015 y aprobada el 22 de enero de 2016

El derecho probatorio a la deriva  
DAMAŠKA, Mirjan R. (2015): traducción Joan Picó i Junoy,  
(Madrid, Editorial Marcial Pons), 158 pp.

SEM SANDOVAL REYES\*

Publicada originalmente en la década de los noventa bajo el título "*Evidence Law Adrift*", la presente obra de Derecho extranjero suma un nuevo eslabón a una secuencia de aquello que en un principio tuvo su punto de inicio en lo que sería sólo una conferencia: la traducción al habla hispana del libro en que se convirtió, de reciente aparición. Fundamentalmente a través de Picó i Junoy, y su labor de traducción, se suma así un nuevo e importante volumen a la biblioteca del medio local, del mismo autor de *Las caras de la Justicia y el poder del Estado*<sup>1</sup>.

Este texto forma parte de aquellos libros que casi no logran escriturarse, habiéndose necesitado nada menos que cinco años sólo para que el autor alcanzara el punto final del manuscrito, pues su desarrollo coincidió con el estallido y barbarie de la guerra en la tierra natal de su creador.

El precipitado que se ofrece al lector, conforma un cuerpo fundamentalmente técnico y de densidad no menor, centrada en el Derecho probatorio angloamericano según su configuración clásica y sus características propias, el que se explica, en gran medida, por medio de la comparación con el sistema continental. La primera frase del libro en este punto resulta ilustrativa del resultado cuando se le termina de leer: "*es curioso que una cosa sea más propia cuando se compara*".

Con la pretensión de conseguir una explicación en torno a los factores que vuelven tan peculiar el sistema probatorio angloamericano en su totalidad (el modo angloamericano clásico de investigar los hechos), Damaška plantea una construcción teórica sobre la base de tres pilares institucionales fundamentales:

---

\* Profesor Ayudante de Derecho Procesal, Universidad de Valparaíso, Chile. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: [ssr@mackaycia.cl](mailto:ssr@mackaycia.cl).

<sup>1</sup> MIRJAN R. DAMAŠKA (2000): *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Recensión: PALOMO VÉLEZ, Diego (2002), en: *Revista lus et Praxis* (Año 8, N° 1), pp. 637-642.

a) la configuración de un particular tribunal de primera instancia llamado a resolver en torno a la determinación de los hechos, que admite la intervención de jueces legos o *amateurs*; b) la concentración procesal y el ideal del “juicio de un día”, y c) el sistema adversarial con la preponderancia del papel de las partes en un proceso fundamentalmente orientado a la resolución de conflictos; a los que dedica los capítulos II a IV inclusive (pp. 41-127).

Demuestra por medio de ellos cómo un determinado contexto institucional puede explicar la particular forma de un Derecho probatorio y su aplicación práctica, lo que es retomado casi en el epílogo, en el capítulo V, denominado *las transformaciones institucionales* (pp. 129-144).

En su conjunto, este trabajo adquiere fisonomía en torno a la tensión de la pregunta sobre la manera y hasta qué punto los citados factores son capaces de explicar el Derecho probatorio angloamericano. Sobre ello, ilustrativamente se indica que, “*al igual que en la ejecución de la música, para la declaración judicial de los hechos, lo que cuenta no es solo la partitura, sino también los instrumentos y quienes los utilizan*” (p. 40).

De manera muy sintética, atendida la naturaleza de este trabajo, asumiendo por cierto, la responsabilidad por cualquier inexactitud, quien se interese por profundizar en estas planas podrá encontrar, amén de la riqueza de un acervo de nociones de Derecho probatorio y excelentes elementos de análisis, un sistema que destaca por su “orientación profiláctica” respecto del material probatorio a valorarse en juicio, lo que se realiza a través de potentes cedazos que tienen lugar de manera preliminar a aquél.

Sin que constituya un absoluto, el señalado panorama se justifica en parte, porque el juicio de hecho queda a cargo de un jurado integrado por jueces legos o *amateurs* que resuelven de manera inmotivada; también y en el mismo grado, en el ideal de la realización del juicio en un día como máxima de concentración procesal, a lo que se agrega, la influencia que ejerce el sistema adversarial y el potente control de las partes en relación con el material probatorio. Cada una de dichas justificaciones son sometidas a examen en su extensión y calificativo de pertenencia propia y distintiva al *common law* y/o su carácter transversal con el sistema continental.

Uno de los principales temas abordados es el de las reglas de exclusión probatoria, las que para tornarse efectivas requieren de una fase procedimental previa al juicio, al que sólo arribará su resultado idealmente aséptico (p. 60).

El autor diferencia tres tipos de reglas de exclusión probatoria. En primer lugar, las reglas de exclusión de naturaleza *extrínseca*, cuyo objeto se centra en la protección de valores distintos a la búsqueda de la verdad en el proceso. Luego, las reglas de exclusión de naturaleza *intrínseca*, tendientes a evitar una incorrecta valoración por parte del tribunal que resolverá en torno a los hechos, inadmitiéndose elementos que, por ejemplo, no gozan de un mínimo potencial

probatorio, que pueden redundar sólo en la creación de un prejuicio, o resultar sobrevalorados. Por último, se mencionan las reglas de *admisibilidad parcial* de pruebas, que son aquellas que permiten la entrada de información al proceso a objeto que satisfagan sólo un determinado fin, como por ejemplo, sólo utilizarse para determinar la credibilidad de un testigo, pero no respecto de la cuestión de fondo, lo que implica para el tribunal que conocerá del juicio, un límite legal máximo de inferencia (p. 34).

Como consecuencia de la vigencia del sistema adversarial, entendido como un *“sistema de enjuiciamiento en el que el desarrollo del proceso es controlado por las partes y el juez se mantiene pasivo”* (p. 83), el papel relevante de las partes también cuenta con una manifestación en sede de exclusión. Precisamente, a través del control de las partes puede llegarse a dicho resultado en aquellos casos en que, por ejemplo, no se ofrece por el contendor la mejor prueba disponible o porque se vulneran normas sobre revelación del material probatorio (pp. 92-94).

En relación con esta fase preliminar al juicio en el *common law*, destaca también la diferenciación conceptual entre la relevancia y la valoración de la prueba.

La relevancia, según comprendemos, se refiere *“al potencial probatorio de un elemento de información para apoyar o negar la existencia de un hecho principal (factum probandum)”* en términos de conexión *“por enlaces lógicos o de experiencia con la proposición que desea probarse”*. Este examen se reserva para la fase preliminar al juicio, centrándose sólo en el potencial cognitivo de la información y no así en la credibilidad de su transmisor, lo que corresponde únicamente al juicio por jurados.

Lo relevante y, por ende, aquello que superará la barrera de la admisibilidad en la fase preliminar, sólo será aquel material con potencial cognitivo suficiente, asumiendo protagonismo al abordarse en este tipo de examen, un enfoque atomístico en el estudio de las pruebas, entre fragmentos de información y el hecho a probar, antes que un juicio global (pp. 67-68).

Por último, también son destacables de manera particularizada, la situación de los testigos de referencia y el objetivo de la resolución del conflicto como propia del proceso en el sistema angloamericano, con lo cual finalizaremos el recuento de esta recensión.

La situación de los testigos de referencia, es decir, aquel que *“reproduce la declaración de otra persona realizada fuera del proceso, o cuando esa declaración está contenida en un documento”* (p. 75), se utiliza de manera transversal y a modo de ejemplo a medida que el autor avanza en la construcción teórica propuesta sobre la base de los tres pilares institucionales fundamentales ya referidos. En el sistema angloamericano clásico, la regla consiste en instar por su exclusión, en cuanto fuente de información de segunda mano, que frente a jueces legos, adolece del defecto de poder redundar en prejuicio o sobrevaloración (pp. 32 y 129).

Según se señala, en un contexto adversarial de litigación, las partes pueden instar por su exclusión, por su escasa fiabilidad y el debilitamiento que implica para el derecho de cuestionar la credibilidad de la fuente de información. Como bien sintetiza el propio Damaška, *“la hostilidad del common law hacia los testigos de referencia no se basa sólo en motivos puramente epistemológicos: también se deriva de los principios de justicia que son aplicables a un esquema competitivo de determinación de los hechos”* (p. 88).

Si bien muchas de las reglas y situaciones en que repara el autor aludiendo al *common law* guardan semejanza o pueden reconocerse en algunos de sus rasgos en el sistema continental, han sido diseñadas en un contexto procesal cuya concepción del objetivo final del proceso radica únicamente en la justa resolución del conflicto, sin diferenciar, como en nuestro hemisferio, entre objetivos propios de la justicia civil y penal.

Todo lo expuesto repercute en el predominio del papel de las partes en el desarrollo del proceso en el sistema angloamericano y por cierto, la prueba. En palabras del autor, *“mientras se mantenga la concepción del proceso como resolución de controversias en la sensibilidad jurídica angloamericana, la inspiración de su derecho probatorio continuará disfrutando de un fuerte fundamento”* (pp. 115-127).

Es de esperar que este excelente libro de factura técnica en materia de Derecho probatorio, que en movimiento pendular va y viene entre el sistema angloamericano y el continental con base en una selecta bibliografía de ambos hemisferios, potencie el desarrollo de la disciplina y continúe contribuyendo en el proceso de reformas a la justicia que se vive, sin perjuicio de aportar a la crítica de aquellas estructuras que nos rigen, desde luego, por ejemplo, a través de la espina dorsal de los tres factores institucionales que hemos mencionado: el de la configuración del tribunal, la concentración procesal, y la vigencia o no de un sistema adversarial, toda vez que, de lo que se trata, es de instar por la obtención de una mejor justicia.