



Affaires mondiales
Canada

Global Affairs
Canada



LA RELEVANCIA DE LA PRUEBA

UNA PERSPECTIVA CANADIENSE

Dra. Emma Cunliffe



CEJA · JSCA

© 2021 Centro de Estudios de
Justicia de las Américas, CEJA
Rodó 1950 Providencia Santiago, Chile
Tel.: + (562) 274-2933
www.cejamericas.org

EQUIPO EDITORIAL

Leonel González
Sandra Araneda
Javiera Portuguez

AUTORES

© Emma Cunliffe

***La Relevancia de la Prueba:
Una Perspectiva Canadiense***

REGISTRO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

2021-A-5065

ISBN

978-956-8491-84-0

DISEÑO PORTADA

CIPOD

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN

CIPOD

Distribución gratuita

LA RELEVANCIA DE LA PRUEBA

UNA PERSPECTIVA CANADIENSE

Dra. Emma Cunliffe*

(*) Académica de la Facultad de Derecho Allard, Universidad de Columbia Británica.

Contenido

INTRODUCCIÓN	7
I. El federalismo canadiense, la <i>Carta</i>, e historia de la reforma al derecho probatorio	9
El federalismo canadiense	9
La <i>Carta sobre Derechos y Libertades</i>	12
II. El rol del juez y de los litigantes	17
Independencia e imparcialidad judicial	17
Responsabilidades de vigilancia judicial	20
III. Roles y funciones de las partes	25
IV. Conceptos jurídicos clave	31
Pertinencia, valor probatorio y efecto perjudicial	31
Aplicación de principios I: La prueba pericial	35
Aplicación de principios II: Casos de violencia sexual	37
CONCLUSIÓN	45

Introducción

Según el sistema adversarial de Canadá, el *common law* de la prueba establece las normas básicas que rigen la forma de constatar hechos. El derecho probatorio canadiense se basa en la premisa según la cual las partes son capaces de reunir antecedentes fácticos completos y precisos, y que el juez debe actuar como un árbitro independiente de la legislación. Existen normas específicas, que procuran garantizar que la información que recibe el juez verificador de hechos sea pertinente a los asuntos controvertidos por las partes; que las pruebas contribuyan a determinar razonablemente tales materias, en lugar de basarse en prejuicios o sentimientos; y que sean lo suficientemente confiables en vista a tener potencial valor para el juez verificador de hechos. A diferencia de muchas jurisdicciones de *common law*, Canadá no ha codificado su régimen probatorio. Esta dependencia constante en los criterios establecidos por los jueces ha permitido que el derecho probatorio canadiense evolucione, por ejemplo, para reflejar el reconocimiento constitucional de los derechos y libertades, no sólo de aquellas personas acusadas de delitos sino también de las víctimas de éstas. Asimismo, ha hecho posible que el sistema jurídico canadiense se vaya adaptando al reconocimiento de los derechos y títulos de propiedad de los pueblos indígenas.

El presente documento incluye una descripción de las fuentes del derecho probatorio en Canadá y la historia de la reforma de esa legislación, antes de que se comenzara a debatir sobre el rol y las obligaciones del juez de primera instancia y de las partes. En este marco estructural, el artículo define los conceptos jurídicos fundamentales de pertinencia, valor probatorio y efecto perjudicial; y explora cómo estos conceptos constituyen los principios básicos de organización, que permiten un adecuado análisis de la admisibilidad de la información dentro de los procesos judiciales canadienses. El texto aborda ejemplos de pruebas periciales y evidencia de historiales sexuales, para demostrar cómo las características estructurales y conceptuales del derecho probatorio canadiense funcionan conjuntamente, para favorecer el objetivo de lograr sentencias certeras que respeten los derechos humanos.

La profesora Lisa Dufraimont sostiene que, en Canadá, los principios rectores de la evidencia se basan en gran medida en la desconfianza que existe en la capacidad del jurado para identificar los peligros inherentes a algunos tipos de prueba, como los testimonios de oídas¹. Aunque reconoce que la Corte Suprema canadiense efectivamente ha manifestado esta preocupación, esta autora podría argumentar que gran parte del derecho probatorio también persigue otros fines importantes, como reducir el riesgo de condenas injustas, promover el uso eficiente del tiempo en los tribunales, y proteger a testigos vulnerables de ser victimizados durante el proceso judicial.

¹ Dufraimont, nota 89 anterior.

El federalismo canadiense, la *Carta*, e historia de la reforma al derecho probatorio

Esta sección describe la estructura jurídica de Canadá, centrándose especialmente en cómo la constitución canadiense configura los tribunales y el derecho probatorio. Entre los aspectos clave que han influido en la forma y desarrollo del derecho probatorio canadiense, se encuentra el llamado multijuralismo (es decir, la coexistencia de diversas tradiciones jurídicas) y la promulgación de la *Ley Constitucional* de 1982², en particular de la *Carta Canadiense sobre Derechos y Libertades*³. Cada una de estas particularidades del panorama jurídico de Canadá contribuye a configurar el concepto jurídico canadiense de pertinencia, y los conceptos jurídicos asociados, como el valor probatorio y el efecto perjudicial.

EL FEDERALISMO CANADIENSE

Canadá es una nación federal, con una jurisdicción legal dividida (y ocasionalmente compartida) entre niveles de gobiernos provinciales y nacionales. El federalismo tiene un impacto significativo en los tribunales y en los procedimientos legales, y ha sido particularmente importante en el enfoque adoptado por Canadá en la reforma al derecho probatorio. El derecho penal está sometido a la jurisdicción federal, mientras que la mayoría de los ámbitos del derecho civil (por ejemplo, propiedad y contratos) son provinciales. Algunas áreas, como el derecho de familia, son a la vez provinciales y federales.

El derecho procesal penal ha sido uno de los principales impulsores de la reforma al derecho probatorio del Tribunal Supremo de Canadá. El derecho penal y procesal está sometido exclusivamente a la jurisdicción federal, en virtud del Art. 91(27) de la *Ley Constitucional* de 1867, con la particularidad de que los verdaderos delitos, como el asesinato y el robo, se rigen por la ley federal. Las provincias pueden tipificar delitos, si su objetivo principal consiste en regular alguna materia dentro de su jurisdicción, como por ejemplo, infracciones de tránsito en carreteras o delitos relacionados con la normativa de salud y protección. La mayoría de los delitos penales federales, así como algunas normas probatorias y procesales, están contenidos en el *Código Penal* federal, RSC 1985 c. C-46 y en la Ley de Control de Drogas y Sustancias, SC 1996 c. 19. De conformidad con el Art. 9 del *Código Penal*, el Parlamento Federal ha codificado ampliamente el derecho penal sustantivo, descartando los delitos tradicionales de *common law*. La única excepción de carácter residual a este proceso de codificación es que, en virtud del *common law*, los jueces siguen estando facultados para condenar y castigar los delitos de desacato al Tribunal⁴.

² *Ley Constitucional* de 1982, Anexo B de la *Ley de Canadá de 1982* (Reino Unido), 1982, c 11 [*Ley Constitucional*, 1982].

³ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Parte 1 de *Constitution Act*, 1982, *ibid* [*Carta Fundamental*].

⁴ Para una perspectiva general de las disposiciones constitucionales en materia de derecho penal y procesal, véase Kent Roach *Criminal Law* (Toronto: Irwin Law, 7ª edición 2018).

Los jueces de tribunales superiores (por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Ontario y la Corte Suprema de Columbia Británica) son nombrados por el gobierno federal, pero forman parte de los tribunales constituidos a nivel provincial. Estos tribunales son competentes en casos penales graves y en aquellas causas civiles en las que el monto de la demanda sea mayor. La mayoría de los juicios tienen lugar en los tribunales provinciales, por ejemplo el Tribunal de Justicia de Ontario y el Tribunal Provincial de Columbia Británica. Los jueces de estos tribunales son nombrados por el gobierno provincial, pero ejercen jurisdicción federal, por ejemplo, en materia de derecho penal. Todos los jueces de tribunales de apelación –incluyendo los jueces de la Corte Suprema de Canadá– son nombrados por el gobierno federal⁵.

La estructura federal que rige la legislación y jurisdicción de Canadá, ha moldeado el derecho probatorio canadiense de múltiples maneras. Un ejemplo crucial surgió a fines de la década de 1970, cuando las comisiones de reforma legislativa de Canadá y Ontario redactaron códigos modelo de prueba que compitieron entre sí. Su incapacidad para llegar a un acuerdo sobre un enfoque común produjo un estancamiento, en un momento en que muchos países de *common law* (como los Estados Unidos de América y Australia) estaban codificando las reglas de la prueba establecidas por los jueces. Como resultado de este estancamiento, el derecho probatorio canadiense sigue siendo, en gran medida *common law*, es decir, establecido por los jueces⁶. Aunque existen algunas leyes estatutarias sobre evidencias, tanto a nivel federal como provincial, esta normativa generalmente es fragmentaria, y en modo alguno se asemeja a un código integral de pruebas⁷. Los principios rectores de la prueba han tenido un mayor desarrollo en el ámbito judicial canadiense, sobre todo en las causas penales, debido en parte a la creciente carga que pesa sobre la Corona al tener que probar su caso más allá de toda duda razonable, y porque lo que está en juego –y que, por lo tanto obliga a ser escrupulosos con la equidad procesal– se percibe como mucho más importante. Los casos penales también constituyen la categoría en la que más se invoca la *Carta Canadiense sobre Derechos y Libertades*, promulgada en 1982. Las reglas de la prueba también interactúan de manera significativa con la carga penal y el estándar de prueba, es decir, la exigencia de que el Estado sea quien debe probar los elementos de un delito (y rebatir la mayoría de las defensas) más allá de toda duda razonable.

Un rasgo distintivo del sistema jurídico canadiense es el “bijuralismo”, es decir, la coexistencia de las tradiciones jurídicas del derecho civil y *common law*. Concretamente, la provincia de Quebec ha mantenido un enfoque de derecho civil en materia de derecho civil y patrimonial⁸. El compromiso de Canadá con el bijuralismo tiene fundamentos constitucionales⁹, y ha sido celosamente protegido por Quebec y por la Corte Suprema de Canadá. Por ejemplo, en una consulta constitucional en la que se definió

⁵ Para mayor información sobre la estructura del sistema judicial canadiense, véase Departamento de Justicia, *The Judicial Structure* en línea, en: <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/07.html>.

⁶ Para mayor información sobre labor de las Comisiones de Derecho y el proceso de codificación omitido, véase Martin Friedland, “Reflections on Criminal Justice Reform in Canada” (2017) 64 *Criminal Law Quarterly* 274 en 284 - 5 en línea, en: https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/Friedland/clqreflectionsfriedland.pdf.

⁷ Véase, por ejemplo, *Canada Evidence Act*, RSC 1985 (Federal), c C-5; *Evidence Act*, RSBC 1996 c 124 (Columbia Británica); *Evidence Act*, RSO 1990 c. E-23 (Ontario). El *Civil Code of Quebec*, CQLR c CQC-1991 incluye asimismo algunas reglas de la prueba.

⁸ Para mayor información sobre bijuralismo, véase Department of Justice, *Bijuralism* en línea, en: <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/harmonization/bijurilix/aboutb-approposb.html> *Civil Code of Quebec*, CQLR c CQC-1991.

⁹ Véase *Quebec Act*, 1774; Art. 92(13) *Constitution Act*, 1867.

el principio en virtud del cual tres de los nueve magistrados de la Corte Suprema de Canadá debían ser designados por jueces y abogados quebequeses, el Tribunal manifestó que:

El propósito de [este principio] es garantizar no sólo la formación y experiencia propias del derecho civil en el Tribunal, sino también asegurar que las tradiciones jurídicas y valores sociales que distinguen a Quebec estén representados en el Tribunal, con lo cual se refuerza la confianza del pueblo de Quebec en la Corte Suprema como árbitro absoluto de sus derechos¹⁰.

El requisito según el cual la Corte Suprema de Canadá deba contar con jueces con formación y experiencia en derecho civil, permite que el Tribunal, en sus resoluciones sobre pruebas y procedimientos, se nutra de visiones tanto desde la tradición jurídica de *common law* como aquella del derecho civil.

Más recientemente, académicos y abogados canadienses han argumentado que el derecho del país incorpora una pluralidad de tradiciones jurídicas, en particular respecto a los ordenamientos jurídicos indígenas de las Primeras Naciones, los *métis* y los *inuit* de Canadá¹¹. En cuanto a los derechos y títulos de los aborígenes, en virtud del Art. 35 de la *Ley Constitucional* de 1982, la Corte Suprema ha modificado las reglas de la prueba para garantizar que las formas de obtener, proteger e intercambiar información de los pueblos indígenas, cuenten con el valor probatorio adecuado¹². Así, por ejemplo, en el caso *Mitchell vs. Minister of National Revenue*, el Presidente de la Corte Suprema de Canadá sostuvo, de acuerdo con la mayoría, que:

[a]l momento de determinar la utilidad y confiabilidad de las historias habladas, los jueces se deben resistir a las presunciones simplistas basadas en tradiciones eurocéntricas, con el fin de recopilar y divulgar hechos y tradiciones históricas. Las historias habladas reflejan las visiones y culturas que caracterizan a las comunidades originarias y no debieran descartarse simplemente porque no se ajusten a las aspiraciones ligadas a la perspectiva no aborigen¹³.

Al abrazar el "multijuralismo" constitucional, la Corte Suprema de Canadá ha adoptado una concepción más amplia de la pertinencia que la que históricamente ha caracterizado la tradición de *common law*. Según se sugiere en la citada declaración de la Presidenta de la Corte Suprema McLachlin, esta visión más general se refleja tanto en las normas relativas a la admisibilidad de la prueba como en la normativa que establece el uso y peso de la prueba, una vez que ha sido admitida en el juicio.

¹⁰ *Reference re Supreme Court Act*, ss. 5 y 6, 2014 SCC 21 en el párrafo 49. Todas las resoluciones de la Corte Suprema de Canadá citadas en este documento han sido publicadas y están disponibles gratuitamente en línea, en: https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/nav_date.do.

¹¹ Véase, por ejemplo, John Borrows, "Indigenous Legal Traditions in Canada", (2005) 19 *Washington University Journal of Law and Policy* 167; Lisa Chartrand, *Accommodating Indigenous Legal Traditions* (documento de debate preparado para el Colegio de Abogados Indígena, 31 de marzo 2005) en línea, en: <https://www.indigenoubar.ca/pdf/Indigenous%20Legal%20Traditions.pdf>.

¹² *R vs. Van der Peet*, [1996] 2 SCR 507; *Delgamuukw vs. British Columbia*, [1997] 3 SCR 1010; *Mitchell vs. Minister of National Revenue*, 2001 SCC 33.

¹³ *Mitchell vs. Minister of National Revenue*, 2001 SCC 33, 2001 SCC 33, [34].

LA CARTA SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES

Un segundo elemento significativo del constitucionalismo canadiense es la *Constitución*, promulgada en 1982. Esta *Carta Fundamental* garantiza las libertades primordiales y los derechos humanos a todos los habitantes de Canadá, “con sujeción únicamente a aquellos límites razonables prescritos por la ley, que puedan justificarse comprobadamente en una sociedad libre y democrática”¹⁴. Estos derechos y libertades están señalados en los Arts. 2 a 23 de la *Constitución*; y otros derechos pre-existentes se contemplan en los Arts. 25 a 29. A continuación se citan algunos ejemplos de los derechos y libertades garantizados en la *Constitución*:

- la libertad de opinión, de culto y de expresión, incluyendo la libertad de prensa (que se ha aplicado para proteger el principio de la audiencia pública y las comunicaciones oficiales de los juicios)¹⁵;
- el derecho a “la vida, la libertad y la protección de las personas”, y el derecho a no ser privado de estos derechos, “a menos que sean coherentes con los principios de justicia fundamentales” (este derecho ha sido interpretado ampliamente)¹⁶. Por ejemplo, protege el derecho del sospechoso a guardar silencio durante la investigación policial y en el juicio¹⁷, y su pleno derecho a responder y a defenderse plenamente en el juicio, incluso confrontándose con los testigos convocados por el Estado¹⁸. Asimismo, protege el derecho a la privacidad e integridad personal de la víctima de un delito durante la investigación y en el juicio¹⁹;
- el derecho a no ser sometido a investigaciones e incauciones injustificadas (de nuevo, este derecho ha sido interpretado ampliamente²⁰. Se hace extensivo, por ejemplo, a un derecho a la privacidad más general de lo que el propio texto de la normativa estaría indicando)²¹; y,
- el derecho a la igualdad (aunque la forma de interpretar este derecho ha ido variando a lo largo del tiempo²², se ha mantenido constante la idea de que incorpora un derecho a la igualdad sustantiva, más que a una igualdad formal)²³.

El Art. 24(2) de la *Constitución* describe explícitamente una norma probatoria, que permite a un Tribunal excluir la evidencia que se haya obtenido violando la *Constitución*, si “se establece que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, la admisibilidad de la

¹⁴ *Constitución*, Art. 1, nota 2 anterior.

¹⁵ *Constitución*, Art. 2(b), *ibid*. Véase, por ejemplo, *Dagenais vs. Canadian Broadcasting Corporation*, [1994] 3 SCR 835; *R vs. Mentuck*, 2001 SCC 76; *Re Vancouver Sun*, 2004 SCC 43. Emma Cunliffe, “Open Justice: Concepts and Judicial Approaches” (2012) 40 *Federal Law Review* 385 en línea, en: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/FedLRev/2012/15.pdf>.

¹⁶ Por ejemplo, *R vs. Stinchcombe*, [1991] 3 SCR 326; Véase más recientemente *R vs. RV*, 2019 SCC 41.

¹⁷ *R vs. Singh*, 2007 SCC 48; *R vs. Prokofiew*, 2012 SCC 49.

¹⁸ *Constitución*, Art. 7, *ibid*. *Reference re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 SCR 486.

¹⁹ *R vs. Mills*, [1999] 3 SCR 668; *R vs. Darrach*, [2000] 2 SCR 443. Véase Jamie Cameron, *Victim Privacy and the Open Court Principle* (Ottawa: Departamento de Justicia, 2004) en línea, en: [https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-cp/victim/rr03_vic1/](https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-cp/victim/rr03_vic1/Cameron_Victim_Privacy) [Cameron, *Victim Privacy*].

²⁰ *Constitución*, Art. 8, nota anterior. *Hunter vs. Southam Inc.*, [1984] 2 SCR 145.

²¹ *Hunter vs. Southam*, *ibid*; *R vs. Marakah*, 2017 SCC 59; *R vs. Jarvis*, 2019 SCC 10.

²² Véase Mary Eberts & Kim Stanton, “The Disappearance of the Four Equality Rights and Systemic Discrimination from Canadian Equality Jurisprudence” (2018) 38 *National Journal of Constitutional Law* 89; Emma Cunliffe, “Sexual Assault Cases in the Supreme Court of Canada: Losing Sight of Substantive Equality?” (2012) 57 *Supreme Court Law Review* (2d) 295 en línea, en <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/sclr/vol57/iss1/13/> [Cunliffe, “Sexual Assault in the SCC”].

²³ Eberts & Stanton, *ibid*; más recientemente, véase *R vs. Barton*, 2019 SCC 33; *Law Society of British Columbia vs. Trinity Western University*, 2018 SCC 32.

misma en el proceso podría desprestigiar la administración de justicia²⁴. Este recurso de exclusión de la *Carta Fundamental* implica una reparación individual importante, en aquellos casos en que los agentes estatales vulneren los derechos y la libertad de una persona, especialmente en el transcurso de una investigación penal²⁵. Incluso se ha utilizado para descartar pruebas altamente confiables e incriminatorias de delitos graves, donde el Estado ha actuado en franca violación de los principios claramente establecidos en la *Constitución*²⁶. Sin embargo, la interpretación de la Corte Suprema de Canadá sobre el recurso de exclusión de la *Carta Fundamental* también ha sido criticada, por ser excesivamente deferente con el poder ejecutivo²⁷. Asimismo, el recurso de exclusión de la *Constitución* es reactivo: responde a infracciones individuales, una vez que se han producido, y una vez que el caso ha sido juzgado; en lugar de actuar de manera proactiva o sistémica. El Art. 24(1) refuerza el recurso de exclusión, al permitir que cualquier persona cuyos derechos o libertades hayan sido vulnerados o denegados, pueda recurrir a un Tribunal para obtener una reparación “adecuada y justa”²⁸.

La *Constitución* ha impactado el derecho probatorio canadiense en aspectos que van mucho más allá del recurso de exclusión. En ocasiones, se han esgrimido argumentos de la *Carta Fundamental* para impugnar las reglas de la prueba de common law y estatutario, que son anteriores a la *Constitución*²⁹. Los derechos y libertades de la *Carta Fundamental* enumerados anteriormente han cobrado vida, en gran medida, en virtud de las reglas de la prueba y de procedimiento en los casos penales y, en menor grado, en otros casos que implican la intromisión del Estado en la libertad y protección de las personas³⁰. Las reglas de la prueba de *common law*, que rigen asuntos como la divulgación, por parte del Estado, de información relevante relacionada con acusaciones penales, por parte del Estado; el alcance permisible en el contrainterrogatorio de testigos, y el alcance del derecho de los acusados a guardar silencio; todos ellos han sido reformados en la era de la *Constitución*³¹. A menudo, al modificar estas leyes, los tribunales han hecho expresa referencia judicial a la necesidad de dar cabida a los derechos y libertades de la *Constitución*, y en otras ocasiones han alterado estas leyes de forma que reflejen los valores de la *Constitución*, aunque sin ese reconocimiento expreso. En general, estos criterios establecidos por los jueces se aplican al derecho probatorio en procesos judiciales que exceden el ámbito del derecho penal.

En 2009, David Paciocco (que en ese entonces era Docente de Derecho, y actualmente es juez de la Corte de Apelaciones de Ontario) observó que:

²⁴ Ibid, Art. 24(2).

²⁵ Véase *R vs. Grant*, 2009 SCC 32.

²⁶ Véase, por ejemplo, *R vs. Harrison*, 2009 SCC 34.

²⁷ Melanie Janelle y Richard Jochelson, “Canadian Exclusion of Evidence, Art. 24(2) of the *Charter*: An Empirical Model of Judicial Discourse” (2015) 57 *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice* 115; Troy Riddell, “Measuring Activism and Restraint: An Alternative Perspective on the Supreme Court of Canada’s Exclusion of Evidence Decisions, Art. 24(2) of the *Charter*” (2016) 58 *Canadian Journal of Criminology and Criminal Law* 87.

²⁸ *Charter* Art. 24(1), nota 2 anterior. Véase, por ejemplo, *R vs. Nasogaluak*, 2010 SCC 6; *Vancouver (City) vs. Ward*, 2010 SCC 27.

²⁹ Véase, por ejemplo, *R vs. Corbett*, [1988] 1 SCR 670, que impugna una disposición legal según la cual cualquier testigo, incluyendo una persona acusada, podría ser contra-interrogado sobre sus antecedentes penales; *R vs. Potvin*, [1989] 1 SCR 525, que impugna una disposición legal que permite que, en determinadas circunstancias, las pruebas expuestas en una audiencia preliminar sean admitidas como evidencia en un juicio penal; *R vs. Khelawon*, 2006 SCC 57, sostiene que, el derecho consagrado en la *Constitución*, de responder y defenderse sin reservas y tener un juicio justo, permitirían configurar los requisitos de la normativa de *common law* respecto a los testimonios de oídas.

³⁰ Por ejemplo, la detención de niños separados de sus familias de origen, por parte del Estado. Véase *Winnipeg Child and Family Services vs. KLU*, [2000] 2 SCR 519.

³¹ Véase, por ejemplo, *R vs. Stinchcombe*, [1991] 3 SCR 326, *R vs. Seaboyer*, [1991] 2 SCR 577, y *R vs. Singh*, 2007 SCC 48.

*el impacto más marcado que ha tenido la Carta Fundamental en los juicios penales es más solapado y, de hecho, decididamente más intenso que [la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones legales]; la Constitución ha alterado el funcionamiento de las normas procesales penales. De manera soterrada, ha cambiado la verdadera cultura de la evidencia y el proceso, no sólo teniendo nuestros conceptos generales de lo que es justo, sino que también modificando la disciplina jurídica pertinente. La Constitución ha permitido abandonar la antigua práctica de tratar el derecho probatorio y procesal penal como algo técnico, sustituyéndolo por un criterio conceptual y discrecional [...]*³²

Paciocco le atribuye a la *Constitución*, y al enfoque judicial de la adjudicación de la *Carta Fundamental*, el haber cambiado el carácter de las solicitudes judiciales de derecho probatorio en el contexto de los juicios penales y pronunciamientos judiciales previos al juicio. Distingue la discrecionalidad judicial en la exclusión de pruebas, que será analizada más adelante en "Conceptos jurídicos clave", como ejemplo de una norma que se enmarca en un principio jurídico de *common law*, pero que ha sido elaborada por la Corte Suprema de Canadá como una solución judicial creativa, para evitar que las reglas de la prueba de larga data resulten inconstitucionales, según se establece en la *Constitución*³³.

Paciocco sostiene que este enfoque judicial general ha producido una situación en la que:

con excepción de las nuevas normas de exclusión basadas en principios, las reglas de la prueba y de los procesos judiciales siguen siendo en gran medida las mismas, tras un cuarto de siglo [desde la instauración de la Carta Fundamental]. Sin embargo, el derecho probatorio y el proceso judicial se ha visto profundamente alterado, y esto ha sido precisamente gracias a la Constitución. ... Como consecuencia, las normas ahora ya no son procedimientos de una lista de verificación, aplicables al cumplirse cada uno de los requisitos. ...

*En pocas palabras, la discreción en pos de proteger los intereses de la Carta, se ha abierto camino en el tejido del proceso judicial, en cada una de sus fases*³⁴.

Los conceptos jurídicos clave que se describen a continuación ayudarán al lector a comprender cómo se pueden aplicar dentro de un contexto, teniendo en cuenta las observaciones de Paciocco sobre la influencia de la *Constitución* en la manera en que los jueces canadienses interpretan y aplican el derecho probatorio. Como señala Paciocco, la orientación general de dicha influencia se ha alejado del sistema de listas de verificación y normas generales de inclusión y exclusión, orientado a articular judicialmente un conjunto de principios que se aplicarán, con flexibilidad y prestando cuidadosa aten-

³² David Paciocco, "Charter tracks: Twenty-five years of constitutional influence on the criminal trial process and rules of evidence" (2008) 40 Supreme Court Law Review (2d) 309 a 311 en línea, en: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/sclr/vol40/iss1/12/>.

³³ *Ibid* en 325 citando, *R vs. Corbett*, [1998] 1 SCR 670 y *R vs. Potvin*, [1989] 1 SCR 525 como ejemplos de casos en los que la Corte Suprema de Canadá utilizó este enfoque.

³⁴ *Ibid*, en 346-7.

ción al contexto, según las circunstancias del caso en cuestión³⁵. Aunque esta tendencia ha sido ampliamente acogida por los especialistas canadienses en materia de pruebas, tiene algunos costos asociados³⁶. Más concretamente, la predictibilidad sobre la admisibilidad de un determinado medio de prueba disminuye, a medida que aumenta la flexibilidad judicial, y podría afirmarse asimismo que el enfoque basado en principios ha implicado que los tribunales dediquen más tiempo a decidir sobre cuestiones de admisibilidad. Como se comentará más adelante en “El rol del juez y de los litigantes”, esta tendencia hacia una aplicación más flexible del derecho probatorio también ha provocado cambios en la concepción canadiense, en cuanto al papel y responsabilidad de los jueces de primera instancia y de apelación.

Otro aspecto que ha provocado que la *Carta Fundamental* haya influido en la naturaleza del proceso judicial canadiense, está relacionado con las garantías procesales de las víctimas, en particular de aquéllas que han sufrido violencia sexual. Históricamente, *common law* concebía la acción judicial penal exclusivamente como un proceso adversarial, que involucraba al Estado y a la persona imputada. El profesor Jamie Cameron así lo explica:

en virtud de la Constitución, y en el marco de los procedimientos por agresión sexual, la situación de las víctimas de delitos cambió radicalmente. No obstante, en el contexto de un conflicto entre los derechos del acusado y los de la querellante, la Corte Suprema de Canadá ha reconocido el derecho de la víctima a la privacidad, conforme al Art. 7 de la Carta Fundamental, situándola en un plano de igualdad con el acusado, con derecho de respuesta y defensa, sin reservas³⁷.

Tal como Cameron lo sugiere, la Corte Suprema de Canadá ha hecho hincapié en que en la *Constitución* no existe una jerarquía establecida de derechos, de modo que, según la *Carta Fundamental*, cuando los derechos de las víctimas se ven comprometidos conjuntamente con los derechos del acusado, se exhorta al Tribunal a resolver los aparentes conflictos entre los derechos “según el contexto fáctico de cada caso en particular”³⁸. Desde que Cameron publicó este artículo, tales principios se han ampliado hacia víctimas de otros procesos relacionados con violencia sexual, incluyendo los derechos de las víctimas fallecidas, en casos de homicidio³⁹. Los derechos de las víctimas, reconocidos por la Corte Suprema de Canadá, trascienden también el ámbito de la privacidad, e incorporan principios relacionados con la igualdad y la dignidad⁴⁰.

35 Véase, por ejemplo, *R vs. Khelawon*, 2006 SCC 57 en [48]-[49]; *R vs. Hart*, 2014 SCC 52 en [121]; *Mouvement laïque québécois vs. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16 en [50].

36 Véase, por ejemplo, Lisa Dufraimont, “Realizing the Potential of the Principled Approach to Evidence” (2013) 39:1 *Queen’s Law Journal* 11; Alan Bryant et al., *Sopinka, Lederman and Bryant: The Law of Evidence in Canada* (Toronto: LexisNexis Canada, 3ª ed. 2009) en 33-35.

37 Cameron, *Victim Privacy*, nota 17 anterior, en i.

38 *R vs. Mills*, [1999] 3 SCR 668 en [63]; véase también *Dagenais vs. Canadian Broadcasting Corporation*, [1994] 3 SCR 835.

39 *R vs. Barton*, 2019 SCC 33.

40 *R vs. Mills*, [1999] 3 SCR 668 en [67], [81]; Jennifer Koshan, “Disclosure and Production in Sexual Violence Cases: Situating Stinchcombe” (2002) 40 *Alberta Law Review* 655 en línea, en: <http://albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/1359>; Cunliffe, “Sexual Assault Cases in the SCC”, nota 20 anterior; Emma Cunliffe, “*Henry vs. British Columbia*: Still Seeking a Just Approach to Charter damages in Wrongful Conviction Cases” (2017) 76 *Supreme Court Law Review* (2d) 143 en línea, en: https://commons.allard.ubc.ca/fac_pubs/427/.

El reconocimiento constitucional de los derechos y libertades de la *Carta* –y la consiguiente reconceptualización jurídica del proceso judicial y de los roles y responsabilidades de los actores legales oficiales– ha producido un profundo impacto en la concepción canadiense de pertinencia, valor probatorio y efecto perjudicial. La naturaleza y el alcance de ese impacto se abordarán más adelante en este documento. A continuación, se describe el papel y las funciones que desempeñan los jueces y abogados canadienses.

El rol del juez y de los litigantes

Esta sección aborda algunos principios jurídicos y éticos de gran importancia, que definen la actuación y las responsabilidades de los jueces y abogados en los tribunales canadienses. Comienza con una descripción de la función del juez dentro del sistema adversarial canadiense, centrándose en los principios de independencia e imparcialidad judicial; así como en la creciente expectativa de que el juez de primera instancia se desempeñe como un “guardián”, en un rol más activo de lo que ha sido tradicionalmente. Posteriormente, se analiza el papel y las funciones de los abogados en el proceso judicial, haciendo especial hincapié en las responsabilidades que les son exclusivas a fiscales y abogados defensores en las causas penales. Finaliza con un breve análisis de los jurados.

El sistema adversarial de Canadá está enraizado en gran medida en la tradición del *common law* británico⁴¹. Este modelo se basa en la presunción de que las partes son las responsables de investigar los hechos sobre los que se basa la litigación, reunir las pruebas, seleccionar a los testigos y presentar las evidencias ante el Tribunal. Estas evidencias se suelen exhibir a través de testigos, quienes son llamados a declarar y a ser interrogados personalmente, en una audiencia pública. Las pruebas materiales –por ejemplo, un arma supuestamente asociada a un delito; o un contrato original firmado, que una parte pretende hacer valer– suelen aceptarse, a través de un testigo que pueda atestiguar su procedencia. En un juicio penal, la función de investigar, aportar pruebas e identificar a los testigos recae principalmente en la policía y en la fiscalía, aunque el acusado también tiene derecho (aunque rara vez los medios económicos) a hacer investigaciones y convocar testigos para apoyar su defensa. Dentro de este sistema, el juez desempeña un escaso o nulo papel en la investigación de los hechos, en la convocatoria de testigos o en la determinación de las cuestiones que revisten mayor interés en el caso.

INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD JUDICIAL

Según el derecho canadiense, el juez debe ser –y ser visto– como un árbitro independiente e imparcial, que no “desciende al ruedo” de la disputa entre los litigantes⁴². El juez no investiga, sino que confía en que los litigantes presentarán al Tribunal la información pertinente y admisible, de acuerdo con las reglas de la prueba y procedimiento. Tradicionalmente, la actuación del juez se concebía –en gran medida– desde una posición pasiva, en particular durante la declaración de los testigos y del contra-interrogatorio, pero los cambios introducidos por la *Carta Fundamental* en la cultura jurídica canadiense han dado paso a un rol judicial más activo. En Brouillard, también conocido como Chatel v R, el Juez Lamer explicó:

⁴¹ Incluso en Quebec, el bijuralismo se ha visto reflejado en la incorporación de procedimientos de *common law* en el Código Civil de Quebec. Véase *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51 en [33].

⁴² Véase, por ejemplo, *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 vs. Yukon (Attorney General)*, 2015 SCC 25; *R vs. Mian*, 2014 SCC 54. En este contexto, la independencia incluye la autonomía de los poderes, político y ejecutivo, del gobierno: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 SCR 3.

es evidente que ya no se les exige a los jueces que sean tan pasivos como antes; que sean lo que yo llamo “jueces esfinge”. Ahora no sólo estamos de acuerdo con que un juez intervenga en el debate adversarial, sino que además creemos que a veces es imprescindible que participe, para que efectivamente se haga justicia. De esta forma, un juez podrá –y a veces también deberá– interrogar a los testigos, interrumpir sus declaraciones y, de ser necesario, llamarlos al orden⁴³.

Si bien *Brouillard* plantea que un juez de primera instancia tiene el deber de intervenir en el interrogatorio de los testigos para garantizar la imparcialidad del juicio, el juez Lamer ha señalado que también debe demostrar “prudencia y ... moderación judicial” al ejercer estas funciones⁴⁴. En particular, el juez de primera instancia también se debe mantener imparcial –y debe ser visto como tal⁴⁵.

La garantía clave de la imparcialidad judicial es el principio de autonomía judicial⁴⁶. La autonomía judicial es un principio constitucional de *common law*⁴⁷, que de acuerdo a la Corte Suprema de Canadá, tiene una dimensión individual e institucional, es decir, que tanto el juez por sí solo como su Tribunal como institución, deben ser independientes de los poderes ejecutivo y legislativo del Gobierno y de otras instituciones⁴⁸. En su dimensión más fundamental, el principio de independencia judicial ...

no implica meramente un estado de ánimo o una actitud en el ejercicio real de las funciones judiciales, sino su posición o relación con otros, especialmente con el poder ejecutivo del Gobierno, sobre la base de condiciones o garantías objetivas⁴⁹.

Estas condiciones objetivas tienen tres componentes: seguridad del cargo, independencia administrativa y seguridad económica⁵⁰. El diseño institucional del sistema de tribunales canadiense responde al principio de independencia judicial en muchos de sus aspectos. Uno de los ejemplos más importantes para los jueces con designación federal es que, de conformidad con la Parte II de la Ley de Jueces, la facultad de investigar y recomendar la destitución de un juez con designación federal recae en el Consejo Judicial Canadiense, un órgano compuesto por los presidentes de los tribunales pertinentes⁵¹. El Consejo Judicial Canadiense ha publicado el documento *Ethical Principles for Judges* (Principios éticos para jueces), el cual entrega orientación sobre principios clave, tales como la independencia judicial, la integridad, la igualdad y la imparcialidad⁵².

La imparcialidad judicial también ha sido cuidadosamente delimitada por la Corte Suprema de Canadá. En el caso *R vs. S(RD)*, el acusado era un joven canadiense de raza ne-

⁴³ *Brouillard Also Known As Chatel vs. R*, [1985] 1 SCR 39 en [17].

⁴⁴ *Ibid* en [24].

⁴⁵ *Ibid* en [24].

⁴⁶ Referencia *Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 SCR 3 en [10].

⁴⁷ *Ibid* en [82] - [86].

⁴⁸ *Ibid* en [82] - [86].

⁴⁹ *Ibid* en 687.

⁵⁰ Canadian Judicial Council, *Ethical Principles for Judges* (2004) en línea, en: https://cjc-ccm.ca/sites/default/files/documents/2019/news_pub_judicialconduct_Principles_en.pdf. Estos principios están siendo revisados (a contar del verano de 2020), y se espera disponer de una nueva versión muy pronto.

⁵¹ *Judges Act*, RSC 1985 c. J-1.

⁵² *Judges Act*, RSC 1985 c. J-1.

gra, inculpado de agredir a un agente de policía. Los únicos testigos en el juicio fueron el agente de policía –que presuntamente había sido agredido–, y el acusado. Sus relatos sobre la interacción que dio lugar a la acusación diferían notablemente, por lo que el juez de primera instancia se encargó de deliberar si la acusación había demostrado, más allá de toda duda razonable, que RDS habría agredido al agente. El juez de primera instancia, que era miembro de la comunidad negra de Nueva Escocia, al absolver a RDS, comentó que “no estoy diciendo que el agente haya exagerado, pero ciertamente los agentes de policía exageran, sobre todo cuando tratan con grupos no blancos”⁵³. La Corona apeló, en parte por considerar que estas observaciones y otras similares suscitaban una sospecha razonable de parcialidad por parte del juez de primera instancia. Una mayoría sostuvo que las observaciones del juez de primera instancia no suscitaban ninguna sospecha fundada de sesgo, aunque hubo discrepancias entre los jueces sobre si dichas observaciones habrían estado muy al límite. El juez Cory definió la imparcialidad y el sesgo de la siguiente manera:

la imparcialidad se puede describir –quizás de una manera algo imprecisa– como un estado de ánimo en el cual el juez no está interesado en el resultado, y queda abierto a la persuasión a través de las pruebas y los alegatos.

*Por el contrario, el sesgo denota un estado anímico en el cual se está de alguna manera predispuesto a un determinado resultado, o en el cual se está bloqueado con respecto a determinadas materias*⁵⁴.

Cuando se trata de una persona preparada, que se ha tomado el tiempo de investigar las circunstancias pertinentes del caso, que tiene motivos fundados para cuestionar si el juez ha sido o no ha sido parcial, es posible que le surja una sospecha razonable de sesgo⁵⁵.

Tres de los nueve jueces de la Corte Suprema de Canadá que se pronunciaron sobre el caso *S(RD)*, ahondaron más acerca de la relación entre la experiencia personal de un juez y el principio de imparcialidad judicial. Así lo explican:

*aunque los jueces nunca podrán ser neutrales, en el sentido de ser estrictamente objetivos, sí pueden y deben empeñarse por ser imparciales. ... [L]as distintas experiencias les sirven en el proceso de toma de decisiones, lo que se verá reflejado en sus fallos; en la medida que esas experiencias sean pertinentes a los casos, que no tengan relación con estereotipos inadecuados y que no interfieran en una resolución justa y equitativa de las causas basadas en hechos probados*⁵⁶.

Este fragmento es el precursor de la noción de “objetividad consciente”, que posteriormente definió la Presidenta McLachlin, en una entrevista extrajudicial. La objetividad

⁵³ *R vs. S(RD)*, [1997] 3 SCR 484 en [4]. Véase una versión más completa de este caso en Richard Devlin, “Begun in faith, continued in determination” en Adam Dodek y Alice Woolley (eds.) *In Search of the Ethical Lawyer: Stories from the Canadian Legal Profession* (Vancouver: UBC Press, 2016) capítulo 4.

⁵⁴ *Ibid* en [104] - [105].

⁵⁵ *Ibid* en [112].

⁵⁶ *Ibid* en [29] por L'Heureux-Dubé y la jueza presidenta McLachlin, con el acuerdo del juez Gonthier.

consciente presupone que el juez ha de ser prudente, teniendo en cuenta que los litigantes podrían estar percibiendo el mundo de una manera distinta a la suya:

“Lo que hay que intentar hacer como juez,”... “tanto si se trata de cuestiones relacionadas con la Carta Fundamental o con cualquier otro asunto es, mediante un acto de imaginación, ponerse en el lugar de las distintas partes y reflexionar en cómo éstas lo ven desde su perspectiva; hay que pensar realmente en ello, y que no sea sólo palabrería vacía”⁵⁷.

En 2015, la Corte Suprema de Canadá acogió por unanimidad esta concepción de la relación entre la experiencia vital de un juez y el deber de imparcialidad judicial, sosteniendo lo siguiente:

La imparcialidad y la neutralidad judiciales no significan que un juez no deba tener ideas preconcebidas, opiniones o sensibilidades. Más bien se requiere que la personalidad y las experiencias del juez no le cierren la mente ante pruebas y argumentos. En otras palabras, hay una diferencia radical entre una mente abierta y una mente vacía. [La ex Presidenta de la Corte Suprema de Canadá,] Bora Laskin señaló que la fuerza de common law radica en parte en el hecho que

los jueces que la administran representan por sí mismos y en su trabajo una mezcla de actitudes y opiniones sobre el mundo en el que viven, y sobre la sociedad en la que ejercen sus funciones judiciales. Es saludable que esto sea así, y sumamente deseable que continúe siéndolo.

La prueba de la sospecha razonable de sesgo admite que, aunque los jueces “deben esforzarse por ser imparciales”, no se les exige que renuncien a ser quienes son o a lo que saben [...]”⁵⁸

Por lo tanto, en Canadá se entiende que un juez –en el ejercicio de sus funciones– recurrirá a su propia experiencia de vida para garantizar un juicio justo a todos los litigantes. Sin embargo, también deberá mantener la mente abierta frente a litigantes y testigos, cuya experiencia y circunstancias de vida pudieran ser muy diferentes a las suyas. Esta aspiración responde a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá, en cuanto a la función de los jueces de primera instancia sobre el derecho probatorio, y es particularmente importante en lo relativo al concepto de pertinencia y evaluación de los riesgos perjudiciales de algunos tipos de pruebas.

⁵⁷ Joseph Breaun, “Conscious objectivity: that’s how the chief justice defines the top court’s role. Harper might beg to differ.” *The National Post*, 23 de mayo de 2015, citando a la jueza Presidenta de la Corte Suprema McLachlin, en línea, en: <https://nationalpost.com/news/conscious-objectivity-thats-how-the-chief-justice-defines-the-top-courts-role-harper-might-beg-to-differ>.

⁵⁸ *Yukon Francophone School Board, Área de Educación # 23 vs. Yukon (Fiscal General)*, 2015 SCC 25 en 33.

RESPONSABILIDADES DE VIGILANCIA JUDICIAL

La Corte Suprema de Canadá utiliza ahora la metáfora de “guardián”, para describir la responsabilidad del juez de primera instancia de mantenerse vigilante ante la admisibilidad y uso de las pruebas. La función de vigilante obliga al juez de primera instancia a garantizar la aplicación de las reglas de la prueba durante todo el juicio. Debe descartar aquellas que no cumplan las normas de admisibilidad establecidas en el derecho probatorio; y velar por que, cuando las evidencias sean admisibles para determinados fines o dentro de un determinado ámbito solamente, éstas no se utilicen de forma indebida. La primera vez que se utilizó la metáfora de “guardián”, surgió en el caso *R vs. Juez J-L*: un fallo de la Corte Suprema de Canadá del año 2000 sobre la admisibilidad de las pruebas periciales. En esa causa, el juez Binnie lo explicó, en nombre de un Tribunal que se pronunció por unanimidad:

el Tribunal ha hecho hincapié en que el juez de primera instancia debe tomarse en serio el papel de “guardián”. La admisibilidad de la prueba pericial se debe examinar al momento de presentarse, sin permitir que su ingreso sea demasiado fácil, ya que todas las flaquezas podrían ir –al final del día– hacia el peso, en lugar de la admisibilidad.

La función de guardián del Tribunal deberá brindar a las partes la oportunidad de presentar el expediente probatorio lo más completo posible, conforme a las reglas de la prueba. Como señaló la jurista McLachlin en el caso R vs. Seaboyer:

Los tribunales canadienses, al igual que los tribunales de la mayoría de las jurisdicciones de common law, han sido extremadamente cautelosos a la hora de restringir la facultad del acusado de presentar evidencias en su defensa; una reticencia basada en el principio fundamental de nuestro sistema judicial, según el cual una persona inocente no se debiera declarar culpable⁵⁹.

No obstante, la búsqueda de la verdad prohíbe aquellas pruebas periciales que pudieran “distorsionar el proceso de determinación de los hechos”⁶⁰

Como explica el juez Binnie en este texto, la Corte Suprema de Canadá ha encomendado a los jueces de primera instancia la responsabilidad de garantizar que el derecho probatorio se aplique rigurosamente durante todo el transcurso del juicio, incluso en lo referente a las evidencias presentadas por el acusado en un juicio penal. Como se describirá más adelante, gran parte del derecho probatorio está orientado a excluir o gestionar las pruebas que potencialmente pudieran distorsionar el proceso de determinación de los hechos, ya sea porque son impertinentes para las cuestiones en litigio o porque podrían inducir a error. Como vigilante, el juez de primera instancia deberá conocer a fondo el derecho probatorio y sus preceptos fundamentales.

⁵⁹ *R vs. Seaboyer*, [1991] 2 SCR 577 en 611.

⁶⁰ *R vs. Juez J-L*, 2000 SCC 51 en [28] - [29] citando a *R vs. Mohan*, [1994] 2 SCR 9.

Más recientemente, la Corte Suprema de Canadá ha recalcado que la responsabilidad del juez de primera instancia de actuar como vigilante de la prueba, surge independientemente de que los litigantes se opongan a una prueba en particular. Por ejemplo, en el contexto de la prueba pericial, el Tribunal ha sostenido que:

Dada la preocupación por el impacto que pudiera causar la prueba pericial en un juicio –incluyendo la posibilidad de que los peritos usurpen el rol del juez verificador de hechos– los jueces de primera instancia deberán estar atentos de vigilar y aplicar el debido alcance de la prueba pericial. Aunque estas inquietudes tal vez se manifiesten más en los juicios con jurado, todos los jueces de primera instancia –incluyendo los juicios con juez único– tienen la obligación de garantizar constantemente que la prueba pericial se mantenga dentro de un ámbito justo. No basta con considerar únicamente la [legislación pertinente] al inicio del testimonio del experto y tomar una decisión preliminar sobre la admisibilidad de la prueba. El juez de primera instancia debe hacer todo lo posible por garantizar que, durante toda la declaración del experto, el testimonio se mantenga dentro de los límites adecuados de la prueba pericial.

Es previsible que se cometan errores y que, como ocurrió en el presente caso, se preste un testimonio que se desvíe del ámbito propio de la prueba pericial. También es probable que el abogado de la defensa no se oponga al testimonio, al momento de hacer las declaraciones controvertidas. ... No hace falta decir que cuando la prueba pericial se sobrepasa de su ámbito de aplicación, es imperativo que el juez de primera instancia no conceda ningún valor a los elementos inadmisibles⁶¹.

Del mismo modo, en los casos en que se aborda la pertinencia de las evidencias relacionadas con antecedentes de índole sexual, en un proceso por violencia sexual, la Corte Suprema de Canadá ha sostenido que “la gestión adecuada de las pruebas que caen dentro del ámbito de aplicación de [esta norma probatoria] requiere de la vigilancia de todos los participantes en el juicio, y especialmente de los jueces de primera instancia, que son los guardianes supremos de las evidencias”⁶². Según el principio judicial de objetividad consciente, esta obligación de vigilancia se extiende a la competencia judicial de descartar pruebas y argumentos basados en “sesgos, prejuicios y estereotipos”, y de instruir a los jurados para que tengan cuidado de no adoptar razonamientos fácticos que se fundamenten en estos errores⁶³.

⁶¹ *R vs. Sekhon*, 2014 SCC 15 en [46] y [48].

⁶² *R vs. Goldfinch*, 2019 SCC 38 en [75]. Véase también *R vs. Barton*, 2019 SCC 33 en [68]; *R vs. RV*, 2019 SCC 41 en [71] y [78].

⁶³ *R vs. Barton*, *ibid* en [197]. Véase, en general, Emma Cunliffe, “Juzgando, rápido y lento: Utilizando la teoría de la toma de decisiones para explorar la determinación de hechos judiciales” (2020). Nueva Doctrina Penal. (1ª Edición). Hammurabi. <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/nueva-doctrina-penal-1596631837?location=19> (en inglés: Emma Cunliffe, “Judging, Fast and Slow: Using Decision-Making Theory to Explore Judicial Fact Determination” (2014) 18 International Journal of Evidence & Proof 139 - 80). Emma Cunliffe, “The Magic Gun: Settler Legality, Forensic Science, and the Stanley trial” (2020) 98:2 Canadian Bar Review 270 en línea, en: <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/view/4609>; Donna Martinson y Margaret Jackson, “Family Violence and Evolving Judicial Roles: Judges as Equality Guardians in Family Law Cases” (2017) 30 Canadian Journal of Family Law 11; Austin Cullen et al., *In the Matter of an Inquiry Pursuant to s. 63(1) of the Judges Act Regarding the Honourable Justice Robin Camp* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 29 November 2016) en línea, en: <https://cjc-ccm.ca/sites/default/files/documents/2019/2016-11-9%20CJC%20Camp%20Inquiry%20Committee%20Report.pdf>.

El sistema jurídico canadiense también incorpora entre sus miembros –en algunos casos–, a jurados legos. La proporción de juicios celebrados con jurado es muy pequeña, y en gran medida se limita a los casos penales más graves y a un reducido número de juicios civiles⁶⁴. Cuando un juez de primera instancia se sienta ante un jurado, ese magistrado es el responsable de garantizar que se respeten los principios jurídicos, incluyendo el derecho probatorio; y el jurado es el encargado de decidir si la parte sobre la que recae el peso de la prueba se ha eximido de la misma (por ejemplo, si el Estado ha comprobado la identidad y los elementos del delito imputado, más allá de toda duda razonable). Una dimensión clave de la responsabilidad de los jueces, cuando se sientan ante un jurado, es tratar de asegurar que las evidencias inadmisibles no sean escuchadas por el jurado. Cuando se introducen accidentalmente o por error evidencias inadmisibles, el juez de primera instancia debe plantearse qué medidas debe tomar para garantizar que el jurado no actúe sobre la base de esas pruebas, incluso si debe declarar la nulidad del juicio⁶⁵. En términos generales, un juez de primera instancia canadiense imparte instrucciones bastante exhaustivas al jurado, sobre cuestiones tales como la norma jurídica de la prueba, más allá de toda duda razonable; cómo trabajar con las pruebas circunstanciales y cómo resolver las contradicciones del testimonio de los testigos⁶⁶. Además, el juez de primera instancia está obligado a reseñar las evidencias ante el jurado (a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos).

⁶⁴ Véase Lisa Dufrainmont, "Evidence law and the jury: a reassessment" (2008) 53 McGill Law Journal 199.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, *R vs. Barton*, 2019 SCC 33 en [119] y [197].

⁶⁶ Véase, por ejemplo, *R vs. Litchus*, [1997] 3 SCR 320 (que establece las instrucciones que se deben dar cuando se trata de una "prueba más allá de toda duda razonable"); *R vs. Villaroman*, 2016 SCC 33 (relacionado con las pruebas circunstanciales); y *R vs. W(D)*, [1991] 1 SCR 742 (relacionado con los casos en que se debe evaluar la credibilidad de dos testigos contradictorios).

Roles y funciones de las partes

Si bien el rol y las responsabilidades de los jueces de primera instancia han sido analizados extensamente, existen algunos principios relacionados con los abogados que aún permanecen sin estar bien definidos en la jurisprudencia canadiense⁶⁷. Woolley los describe muy bien: “la obligación fundamental de los abogados es ayudar a los clientes a alcanzar sus objetivos, en el marco de la ley y por medio de ésta: ser celosos defensores, respetando al mismo tiempo el Estado de Derecho”⁶⁸. Además, como Woolley explica, esta concepción del papel del abogado está indisolublemente ligada a las leyes procesales y sustantivas:

*en Canadá, los principios normativos sobre los cuales se basa el abogado defensor de la causa, en el marco de la legalidad –la estructura normativa del Estado de Derecho y el rol de los abogados como garantes del acceso a la justicia–, están profundamente entrelazados con las normas jurídicas sustantivas y procesales*⁶⁹.

Si bien Woolley argumenta, en este contexto, que la premisa de la defensa legal configura el sistema jurídico canadiense en su conjunto, también está implícito en sus referencias sobre “los límites de la legalidad” de que las normas legales sustantivas y procesales –como el derecho probatorio– ayudan a estructurar los límites de la función ética del abogado⁷⁰. Esta noción de que el derecho establece márgenes para la abogacía ética aparece aclarado en un texto posterior de la misma obra:

*un abogado debe comprometerse a interpretar la ley de buena fe, y trabajar en el marco del ordenamiento jurídico, tal y como existe: por ejemplo, si que-
ma documentos que son debidamente producidos en los hallazgos, el abo-
gado –en este caso– no ha permitido que el cliente acceda al compromiso
cívico de la ley, sino más bien lo ha ayudado a destruirlo*⁷¹.

Mientras la legislación –incluyendo el derecho probatorio– suela ser en ocasiones incierta o imprecisa, el principio de la legalidad faculta al abogado a emprender una defensa jurídica con el fin de intentar resolver esa imperfección, en beneficio de su cliente. No obstante, cuando el derecho y los principios jurídicos están establecidos, el abogado tiene la obligación de actuar respetando esos principios.

⁶⁷ Véase, en general, Alice Woolley, *Understanding Lawyers' Ethics in Canada* (2ª ed., Toronto: Lexis Nexis, 2016).

⁶⁸ *Ibid.*, en apartado 1.1. El deber fundamental de los fiscales está establecido en *Boucher vs. R.*, [1955] SCR 16 en 23-24: “Los abogados tienen el deber de velar por que se expongan todas las evidencias legales disponibles de los hechos: se debe hacer con firmeza y presionando con legítimo impetu, aunque también debe hacerse con justicia. El papel del fiscal excluye cualquier noción “de ganar o perder”. Los fiscales proseguirán con las acusaciones penales, cuando exista una expectativa razonable de condena y el proceso despierte el interés público.

⁶⁹ Woolley, *ibid.* en apartado 2.5.

⁷⁰ Le agradezco a Woolley una conversación en la que compartió este principio conmigo.

⁷¹ Woolley, nota 60 anterior, en apartado 2.73. En un caso canadiense muy conocido, un abogado defensor retiró los vídeos relativos a un crimen desde el domicilio de un cliente, después que la policía registrara dicho inmueble. La responsabilidad ética del abogado nunca fue completamente resuelta por el Colegio de Abogados o por el Tribunal, pero la opinión consensuada es que un defensor en esa situación debe negarse, ya sea a trasladar las pruebas físicas desde el lugar donde se encuentran o bien recurrir a un medio anónimo a través del cual devolver las evidencias al Estado. Véase Allan C Hutchinson, “Putting up a defence: Sex, murder and videotapes” en Adam Dodek y Alice Woolley (eds.) *In Search of the Ethical Lawyer: Stories from the Canadian Legal Profession* (Vancouver: UBC Press, 2016) capítulo 2.

Por principio constitucional, la obligación de los abogados de comprometerse con la causa de sus clientes les confiere una cierta independencia ante los poderes ejecutivo y legislativo del Estado⁷². Sin embargo, los límites de esta independencia siguen siendo poco claros⁷³. El derecho a ejercer como abogado está regulado a nivel provincial, y cada provincia tiene un Colegio de Abogados (o equivalente) responsable de determinar los requisitos de admisión para ejercer la profesión y las responsabilidades éticas de los abogados. Los colegios de abogados provinciales publican códigos de conducta que establecen muchas de estas obligaciones. Estos códigos son aplicados principalmente por el gremio, pero los tribunales también desempeñan el rol de definir los deberes éticos de los abogados⁷⁴. Más allá de las exigencias básicas, como la competencia, la integridad y la estricta tutela de la confidencialidad de los clientes, existen disposiciones específicas que determinan la función del abogado en materia de derecho probatorio, así como su rol en la preparación de los juicios y su comparecencia ante el Tribunal. Por ejemplo:

para con su cliente, el abogado tiene el deber de plantear sin temor todos los temas, presentar todos los argumentos y formular todas las preguntas –por desagradables que le parezcan–, que el abogado considere beneficioso en la causa de su cliente; y esforzarse por obtener para el cliente el beneficio de todos los recursos y defensas autorizados por la ley. El abogado debe desempeñar esta labor a través de medios justos y honestos ... de manera de propiciar el derecho de las partes a un juicio justo en el que se pueda hacer justicia⁷⁵.

La función del abogado, como defensor, es abierta y necesariamente tendenciosa⁷⁶.

El abogado debe ser respetuoso y educado, y actuar de buena fe con todas las personas con las que se relacione en el ejercicio de su profesión⁷⁷.

Al actuar como defensor, el abogado no debe:

...

A sabiendas, intentar engañar a un Tribunal ... aportando pruebas falsas, tergiversando los hechos o las leyes, ... [u] ocultando lo que debiera ser revelado ...⁷⁸.

El abogado puede recabar información de todo testigo susceptible de serlo.[⁷⁹

⁷² El deber de comprometerse con la causa de un cliente, así como la capacidad de cumplir con ese deber, sin interferencia del Gobierno, ha sido reconocido como un principio de justicia fundamental, de conformidad con el Art. 7 de la *Constitución. Canada vs. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7 en [80] - [86]. En este caso, la mayoría se negó a reconocer un principio constitucional de independencia judicial más amplio.

⁷³ *Ibid*; véase también *Grola vs. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 20.

⁷⁴ *Grola*, *ibid* en [55]; Amy Salyzyn, "The Judicial Regulation of Lawyers in Canada" (2014) 37 *Dalhousie Law Journal* 481 en línea, en: <https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/dlj/vol37/iss2/2/>; Woolley, nota 60 anterior, en apartado 1.50 - 1.71.

⁷⁵ Federation of Law Societies of Canada Model Code of Professional Conduct, 2017 (FLSC Code) cláusula 5-1-1 comentario 1 en línea, en: flsc.ca/wp-content/uploads/2018/03/Model-Code-as-amended-March-2017-Final.pdf. Woolley ha detectado la ambigüedad inherente en este comentario, que no aporta una orientación clara hacia los abogados; nota 60 anterior, en apartado 2.3 - 2.4.

⁷⁶ Código FLSC, *ibid* en la cláusula 5.1-1 comentario 3. Se debe tener presente que la función del fiscal en un caso penal está sujeta a mayores restricciones de parcialidad que las de otros abogados.

⁷⁷ *Ibid*, en la cláusula 7.2-1.

⁷⁸ *Ibid*, en la cláusula 5.1-2.

⁷⁹ *Ibid*, en la cláusula 5.4-1.

*Al interrogar a un testigo, el abogado podrá recurrir a cualquier hipótesis que honestamente se plantee; en base a una deducción razonable, a la propia experiencia o a la intuición*⁸⁰.

*El abogado no debe aconsejar o participar en el encubrimiento, destrucción o alteración de evidencia física incriminatoria o actuar en forma tal que obstruya o intente obstruir el curso de la justicia*⁸¹.

*Al defender a un acusado, el deber del abogado es evitar –en la medida de lo posible–, que su cliente sea condenado, a menos que se trate de un Tribunal de jurisdicción competente y con evidencia legal suficiente para respaldar una condena ... [En consecuencia,] el abogado puede invocar con propiedad toda prueba o defensa, incluso los llamados tecnicismos, de los cuales no tenga constancia de que sean falsos o fraudulentos*⁸².

*Al actuar como fiscal, el deber primordial del abogado no es el de procurar una condena, sino el de velar por que se haga justicia mediante un juicio justo, basado en los méritos de la causa*⁸³.

Como lo ilustran estos ejemplos del Código Modelo publicado por la Federación de Colegios de Abogados de Canadá, el código de ética del Colegio de Abogados dispone de una guía relativamente completa –aunque a veces inútilmente vaga y aparentemente contradictoria⁸⁴– sobre los límites del comportamiento ético, en el caso de los abogados, cuando intervienen en un litigio. Esta guía aborda todas las etapas del trabajo de un abogado; desde contactar a los posibles testigos a fin de obtener pruebas –pasando por el interrogatorio de los mismos–, hasta las declaraciones públicas que un abogado haría acerca de un Tribunal o de un caso.

La jurisprudencia canadiense también se ocupa de orientar; como por ejemplo, en el contra-interrogatorio de los testigos del caso *R vs. Lyttle*, la Corte Suprema de Canadá sostuvo lo siguiente:

*[e]l derecho a la contra-interrogación debe ser, por lo tanto, protegido celosamente; determinando su alcance de manera amplia. Pero no se debe abusar de él. Los abogados están obligados a respetar las reglas de la pertinencia, y les está prohibido recurrir al acoso, a la tergiversación, a la reiteración o –desde una perspectiva más general–, a formular preguntas cuyo efecto perjudicial sea mayor que su valor probatorio*⁸⁵.

En el caso *Lyttle*, una abogada defensora tenía la sospecha, sobre la base de anotaciones policiales que le habían sido reveladas a su cliente, que la víctima –que había sido

⁸⁰ Ibid, en la cláusula 5.1-2 comentario 4.

⁸¹ Ibid, en la cláusula 5.1-2A.

⁸² Ibid, en la cláusula 5.1-1 comentario 9.

⁸³ Ibid, en la cláusula 5.1-3.

⁸⁴ A modo de ejemplo, en algunas circunstancias el deber de tratar a los demás con cortesía (Cláusula 7.2-1) podría entrar en conflicto con el deber de "hacer cualquier pregunta... por desagradable que ésta sea, que el abogado estime que podría ayudar a la causa del cliente". (Cláusula 5.1-1.)

⁸⁵ *R vs. Lyttle*, 2004 SCC 5 en [44].

fuertemente golpeada–, habría sido agredida por no haber cumplido con el pago de una deuda por drogas. Esta teoría podría haber servido potencialmente para absolver a la parte acusada. El Tribunal sostuvo que “en el contra-interrogatorio se puede formular una pregunta a un testigo sobre asuntos que no necesitan ser probados por separado, siempre que el abogado tenga motivos de buena fe para formular la pregunta”⁸⁶. La sentencia unánime define lo que constituye “motivo de buena fe” como:

*una función de la información de que dispone el contra-interrogador, su convicción sobre una veracidad que habrá que probar, y el propósito para el cual se utiliza. Es posible presentar al testigo la información que no constituya una prueba admisible. De hecho, la información puede ser incompleta o incierta, toda vez que el contra-interrogador no haga insinuaciones imprudentes al testigo o le conste que son falsas. El contra-interrogador podrá recurrir a cualquier hipótesis que se plantee con honestidad, sobre la base de una deducción razonable, de la experiencia propia o de la intuición. El objetivo de la pregunta debe ser coherente con el papel del abogado como funcionario del Tribunal: proponer lo que el abogado considere auténticamente que es posible, basándose en hechos conocidos o en presunciones razonables es, en nuestra opinión, legítimo; aseverar o insinuar algo con el fin de inducir a error es, en nuestra opinión, improcedente y está prohibido*⁸⁷.

La alusión a las preguntas engañosas que aparece en este texto, al igual que la referencia anterior sobre el valor probatorio y el efecto perjudicial, pareciera poner algunos límites al principio de que un abogado puede “hacer cualquier pregunta, por desagradable que ésta sea...”⁸⁸. Las preguntas formuladas por un abogado al interrogar a un testigo deben tener una base de buena fe, ser pertinentes, y de alguna manera cumplir con los principios del derecho probatorio⁸⁹.

Este límite impide que un abogado formule preguntas que, un abogado razonable esperaría, generen pruebas inadmisibles por parte del testigo. La cuestión se planteó de forma más directa en el caso *R vs. Howard*:

*El interrogador o el contra-interrogador no pueden presentar como un hecho –ni siquiera como un hecho hipotético–, algo que no forma ni formará parte del caso como prueba admisible*⁹⁰.

El requisito de atenerse a las exigencias del derecho probatorio al hacer preguntas a un testigo, forma parte de lo que contempla la disposición en cuanto a que el abogado debe ser un “defensor dentro de los límites de la legalidad”⁹¹. Del mismo modo, la jurisprudencia hace hincapié en que “el contra-interrogatorio se debe llevar a cabo respe-

⁸⁶ Ibid, en [47].

⁸⁷ Ibid, en [48]. Véase también *R vs. Osolin*, [1993] 4 SCR 595 en 665; Woolley, nota 60 anterior, en apartado 8.92 - 8.102.

⁸⁸ Código FLSC, nota 67 anterior en 5.1-1.

⁸⁹ *R vs. Lyttle*, 2004 SCC 5 en [48]. Véase también *R vs. Osolin*, [1993] 4 SCR 595 en 665-666.

⁹⁰ *R vs. Howard*, [1989] 1 SCR 1337. Cabe señalar que esta frase fue malinterpretada por algunos tribunales, en el sentido de que un abogado no podía contra-interrogar a un testigo, a menos que pudiera probar el fundamento de su consulta mediante una evidencia admisible. En *R vs. Lyttle*, 2004 SCC 5, el Tribunal aclaró que *Howard* debe interpretarse en el sentido de que un abogado no debe utilizar el contra-interrogatorio para recabar o aportar información que, de otro modo sería inadmisibles, en virtud del derecho probatorio.

⁹¹ Woolley, nota 60 anterior, en apartado 2.5.

tando la dignidad del testigo, independientemente de la opinión que tenga el abogado sobre la integridad moral o la honestidad del testigo⁹². En un caso penal, el deber de abstenerse de un contra-interrogatorio inadecuado impone responsabilidades éticas al juez, al fiscal y al abogado defensor⁹³.

Si bien hasta ahora el debate se ha centrado en gran medida en las responsabilidades y los límites éticos del cometido de un abogado en la sala de audiencias y respecto a los testigos, la legislación canadiense también establece principios que norman el rol y las responsabilidades de un abogado en cuanto al intercambio de pruebas antes del juicio. Estos principios permiten a los abogados y a sus clientes prepararse para el juicio adversarial, y ciertamente considerar si un acuerdo prejudicial, una declaración de culpabilidad o un aplazamiento del juicio podrían constituir una solución más adecuada. En términos generales, las partes de un proceso civil tienen la responsabilidad mutua de revelar toda la información que sea pertinente para el juicio, mucho antes del mismo, independientemente de esa información ayude o perjudique la causa de una parte⁹⁴. Se puede interrogar a los testigos para obtener la información pertinente, y también organizar los procedimientos pertinentes, tales como exámenes médicos.

En los juicios penales, los principios son más asimétricos; en ese contexto, reflejan que la presunción de inocencia funciona. El Estado tiene la responsabilidad constitucional de revelar, previa solicitud, toda información pertinente que esté en posesión del fiscal y, paralelamente, la policía tiene el compromiso mutuo de entregar dicha información al fiscal⁹⁵. Tal y como se ha pronunciado la Corte Suprema de Canadá,

*los resultados de la investigación –que están en poder del abogado de la Corona–, no son propiedad de ésta, cuando se trata de aplicar una condena; sino que le pertenecen al público, a la hora de imponer que se haga justicia*⁹⁶.

Este reconocimiento de que las evidencias obtenidas por la policía y los fiscales constituya un recurso público, que debe ponerse a disposición del acusado para garantizar que se haga justicia, responde al principio más amplio de que “[e]l rol del fiscal descarta toda noción de ganar o perder; su función es una cuestión de deber público”⁹⁷. Por el contrario, la defensa “no tiene ninguna obligación de ayudar a la fiscalía” en cuanto a revelar información, sino más bien “tiene derecho a adoptar un papel puramente adversarial frente al organismo persecutor”⁹⁸. Existen ciertos límites respecto al principio de que la defensa no necesita revelar sus pruebas antes del juicio, cuando se trata –por ejemplo–, de pruebas de coartada y pruebas periciales. En aquellas circunstancias en las que el acusado conoce claramente los antecedentes, y que no cabe esperar que sean anticipados por la fiscalía, dicha información debe ser revelada antes del juicio, para darle al Estado la oportunidad de investigarla debidamente⁹⁹. Si un acusado incumple la

92 Ibid, en apartado 8.103.

93 Ibid, en apartado 8.105.

94 Véase, por ejemplo, *Supreme Court Civil Rules, BC Reg 168/2009* Parte 7. En línea, en: https://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/168_2009_00.

95 *R vs. Stinchcombe*, [1991] 3 SCR 326.

96 Ibid en 333.

97 Ibid.

98 Ibid.

99 *R vs. Chambers*, [1990] 2 SCR 1293 en 1319; *Criminal Code* (RSC 1985 c. C-46) Art. 657.3(3).

obligación de revelar dichos antecedentes, la evidencia podría ser descartada o; en caso de ser admisible, se le podría dar menos importancia.

Esta normativa que rige el intercambio de información previo al juicio, facilita la preparación del mismo, garantizando que todas las partes tengan una oportunidad justa de conocer las eventuales pruebas; y contribuye a propiciar la eficiencia en el uso de los recursos judiciales.

Conceptos jurídicos clave

PERTINENCIA, VALOR PROBATORIO Y EFECTO PERJUDICIAL

Como se desprende del análisis anterior, en Canadá la pertinencia es el concepto estructurador fundamental del derecho probatorio. La pertinencia evalúa la relación lógica entre un elemento de prueba determinado y las cuestiones que se deben probar en un caso. En un texto clásico, el juez Lamer explicó:

La declaración de Thayer sobre el derecho, que sigue siendo la legislación canadiense, fue la siguiente:

*(1) que nada se debe recibir que no tenga lógica probatoria de algún asunto que requiera ser probado; y, (2) que todo lo que sea por lo tanto probatorio debe incorporarse, a menos que sea descartado por un inequívoco criterio político o jurídico*¹⁰⁰.

Pertinencia es el término utilizado en el derecho canadiense para describir la expectativa de relación lógica entre la prueba y el asunto que se debe probar en el juicio. La pertinencia está estrechamente vinculada a dos conceptos adicionales: el valor probatorio y el efecto perjudicial (o riesgo perjudicial, como a veces suele denominarse). En términos generales, la pertinencia habla sobre la *existencia* de una relación lógica entre la prueba y el asunto que debe ser probado; el valor probatorio se refiere al *alcance* de la prueba a la hora de acreditar el asunto que se debe probar; y el efecto perjudicial se refiere al *riesgo* de que la prueba pudiera distraer o confundir al juez verificador de hechos, haciéndole centrarse en asuntos distintos a los que se debe probar. Según lo ha explicado el profesor Charles McCormick, en un texto que ha sido adoptado por la Corte Suprema de Canadá:

Por consiguiente, la evidencia pertinente es aquella que en algún grado hace avanzar la investigación y, por lo tanto, tiene valor probatorio y es admisible prima facie (preliminarmente). Pero la pertinencia no siempre es suficiente. Puede quedar la interrogante, ¿merece la pena lo que cuesta? Existen varios factores de contrapeso que pueden llevar al Tribunal a descartar una prueba pertinente, si superan su valor probatorio. Por orden de importancia, serían los siguientes. En primer lugar, el peligro de que los hechos expuestos pudieran despertar de manera indebida sentimientos como el prejuicio, la hostilidad o la simpatía del jurado. En segundo lugar, la probabilidad de que la prueba y la contraprueba que se genera, provoquen una situación secundaria que distraiga inoportunamente al jurado de las cuestiones principales. En tercer lugar, la probabilidad de que la prueba aportada y la contraprueba

¹⁰⁰ *Morris vs. The Queen*, [1983] 2 SCR 190 en 201 citando a Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* en 530 por el juez Lamer disintiendo, aunque no en este punto. James Thayer fue un erudito jurídico de Harvard, cuyo *Tratado* establece muchas de las teorías fundamentales sobre el *common law* de la prueba.

consuman una excesiva cantidad de tiempo. En cuarto lugar, el peligro de que surja algo inesperado e improcedente dirigido a la parte contraria que, al no haber motivos razonables para anticipar este avance de la prueba, no esté suficientemente preparada para enfrentarlo. Por supuesto que, a menudo, varios de estos peligros como la distracción y el consumo de tiempo, o el prejuicio y la sorpresa, pueden ir surgiendo de una presentación concreta de la prueba. Este equilibrio de intangibles –valores probatorios contra peligros probatorios– es más bien un asunto en el cual los jueces sabios en situaciones particulares pueden diferir, por lo que generalmente se admite un margen de discrecionalidad¹⁰¹.

En la mayoría de los casos, el juez de primera instancia tiene la facultad de descartar las pruebas pertinentes, cuando su valor probatorio se ve superado por su efecto perjudicial. Sin embargo, en los casos penales, las evidencias presentadas por el acusado se podrán desestimar sólo cuando su valor probatorio se vea *sustancialmente* superado por su efecto perjudicial¹⁰².

El caso de *R vs. Morris* demuestra la importancia fundamental de la pertinencia, y su relación con las normas de exclusión de *common law*¹⁰³. Morris fue acusado de conspiración por importar y traficar heroína, en un caso relacionado con drogas que provenían de Hong Kong. La policía encontró un recorte de periódico en la mesita de noche de Morris, que describía el tráfico de drogas en Pakistán y Medio Oriente. La Corte Suprema de Canadá, con siete jueces en lugar de los nueve habituales, estuvo de acuerdo con el juez Lamer, en que la pertinencia requiere de una relación lógica entre la prueba y el hecho material para quien se presenta la prueba. En el caso *Morris*, el Estado argumentó la pertinencia del hecho que Morris tuviese el recorte de periódico, ya que indicaba que Morris "estaba interesado y se había informado sobre el tema de las fuentes de abastecimiento de heroína"¹⁰⁴. Los siete jueces admitieron que la prueba era pertinente, desde el punto de vista lógico de que, cuando una persona tiene en su poder un recorte de ese tipo, es más probable que el asunto le interese, y que este grupo es, a su vez, más propenso que otros a participar en el acto delictivo de conspirar para traficar. El juez McIntyre, en nombre de la mayoría de los cuatro jueces, sostuvo que la prueba era admisible porque indicaba "que Morris había dado, o tenía previsto dar, los pasos preparatorios para la importación de estupefacientes"¹⁰⁵. Sin embargo, el juez Lamer manifestó su desacuerdo en nombre de tres jueces, argumentando que resultaría inadmisibile la única alegación para la cual se podía exhibir el recorte de periódico, por cuanto estaba relacionada con el carácter de Morris y no con su participación en el delito imputado: la hipótesis se basaba en que Morris era "el tipo de persona que probablemente habría cometido el delito" de tráfico¹⁰⁶. Más allá de aportar la clásica definición jurídica canadiense de pertinencia, el caso demuestra que una prueba puede ser pertinente y sin embargo inadmisibile, porque plantea un riesgo de distracción, al centrar al jurado en el carácter de Morris por encima de los actos supuestamente cometidos y que se le imputaban.

¹⁰¹ Charles McCormick, *McCormick's Handbook of the Law of Evidence* (2ª ed. 1972) en 438-40 adoptado en *R vs. Seaboyer; R vs. Gayme*, [1999] 2 SCR 595 en 610.

¹⁰² *Ibid* en 611.

¹⁰³ La norma de exclusión es aquella cuya aplicación descarta las pruebas que se presentan en un juicio.

¹⁰⁴ *R vs. Morris*, *ibid* en 191-192.

¹⁰⁵ *R vs. Morris*, *ibid* en 191-192.

¹⁰⁶ *Ibid*, en 201.

Existen otros casos que muestran ejemplos más evidentes del análisis sobre pertinencia y su relación con el valor probatorio y el riesgo perjudicial. En *R vs. Juez J-L*, el juez Binnie sostuvo que:

Las pruebas son pertinentes “cuando muestran alguna tendencia, desde el punto de vista de la lógica y de la experiencia humana, para hacer que la premisa que se defiende sea más plausible de lo que parecería, de no existir tales pruebas”¹⁰⁷.

En este caso, la defensa pretendía admitir una prueba pericial de dudosa validez para demostrar que el acusado, –que había sido imputado por delitos sexuales en contra de un menor–, no presentaba las características psicológicas clínicas de un pedófilo. El juez Binnie manifestó serias dudas sobre si la evidencia podría siquiera superar el umbral mínimo de pertinencia, dada la falta de información aportada por el perito respecto a su veracidad¹⁰⁸. No obstante, finalmente lo descartó por considerar que el valor probatorio de la prueba pericial estaba en su punto máximo de desconocimiento: “la revisión del análisis costo-beneficio parece apoyar la conclusión de que el testimonio ofrecía tanto problemas como soluciones”¹⁰⁹. En este caso, el juez Binnie destaca que es importante que la parte que expone una evidencia (especialmente una prueba pericial) justifique el fundamento sobre el cual se pueda atribuir racionalmente un valor probatorio a la misma: “Lo que se le pide al juez verificador de hechos es una opinión fundamentada; no un acto de fe”¹¹⁰. El Tribunal también enfatizó el riesgo del efecto perjudicial, que surge cuando se exhibe la prueba pericial sin que exista una base racional para que el jurado la evalúe: la búsqueda de la verdad descarta las pruebas periciales que puedan “distorsionar el proceso de determinación de los hechos”¹¹¹.

El concepto de pertinencia y su relación con el valor probatorio y el efecto perjudicial también está bien ilustrado en *R vs. Arp*¹¹². El Sr. Arp fue acusado por dos delitos de asesinato en primer grado por la muerte de dos mujeres. Las pruebas de ADN vincularon a Arp con el segundo asesinato, mientras que no se conservaron pruebas de ADN de la primera escena del crimen (que se investigó antes de que se extendiera el uso forense de esta tecnología). En cambio, la fiscalía se basó en la similitud de las circunstancias en las dos muertes para sostener que Arp debió ser el autor de ambas. En *Arp*, el juez Cory definió la pertinencia de la siguiente manera:

La pertinencia depende directamente de los hechos controvertidos de cualquier caso concreto. Los hechos en cuestión se determinan, a su vez, por los cargos formulados por la acusación y la defensa, si los hay, esgrimidos por el acusado. ... Para que sea lógicamente pertinente, un elemento de prueba no tiene que demostrar firmemente, bajo ningún criterio, la verdad o la falsedad de un hecho en cuestión. La prueba debe tender simplemente a “aumentar o disminuir la probabilidad de que exista un hecho en cuestión”.

¹⁰⁷ *R vs. Juez J-L*, 2000 SCC 51 en [47] citando a David Paciocco y Lee Stuesser, *The Law of Evidence* (Toronto: Irwin Law, 1996), en 19.

¹⁰⁸ *Ibid*, en [47] - [55].

¹⁰⁹ *Ibid* en [55].

¹¹⁰ *Ibid*, en [56].

¹¹¹ *Ibid* en [28] citando a *R vs. Mohan*, [1994] 2 SCR 9 en 21.

¹¹² *R vs. Arp*, [1998] 3 SCR 339.

... En consecuencia, no se requiere un valor probatorio mínimo para que la prueba sea pertinente.

*Las evidencias sobre alguna tendencia o predisposición (por ejemplo, pruebas de mala conducta anterior) son pertinentes para determinar si hay culpabilidad, ya que si una persona ha actuado de una manera determinada en el pasado, se puede inferir que vuelva a comportarse de esa misma manera. Aunque a menudo esta evidencia no tenga mayor valor probatorio, es difícil decir que no sea pertinente*¹¹³.

Al final, la Corte Suprema de Canadá sostuvo que las evidencias de ADN que vinculaban a Arp con la comisión de un asesinato, eran debidamente admisibles como prueba circunstancial contra él respecto del otro asesinato. Esto se debe a que había sorprendentes similitudes entre la forma y las circunstancias en que se cometieron los dos crímenes. El Tribunal también exigió que el juez de primera instancia impartiera instrucciones detalladas al jurado sobre cómo se debían utilizar estas pruebas.

En un caso en el cual la fiscalía pretende basarse en evidencias sobre la predisposición de la persona acusada, para demostrar que ha cometido el delito que se le imputa, esas pruebas tendrán un efecto perjudicial importante. En este caso, el efecto perjudicial del que se ocupará el Tribunal, es triple:

*(1) el jurado podría estimar que el acusado es una "mala persona", que posiblemente sea culpable del delito que se le imputa; (2) podría castigar al acusado por su mala conducta anterior declarándolo culpable del delito que se le imputa; o (3) podría simplemente confundirse al ver desviada su atención del objetivo principal de sus deliberaciones, y sustituir su veredicto sobre otro asunto por el veredicto del cargo que se juzga*¹¹⁴.

Sin embargo, este efecto perjudicial puede superarse en algunos casos, si la evidencia tiene un grado de valor probatorio que supera el efecto perjudicial y/o si el riesgo de perjuicio se puede controlar eficazmente mediante instrucciones judiciales claras sobre cómo se puede (y no se debe) utilizar la prueba¹¹⁵. En el caso *Arp*, el Tribunal expuso el ejemplo de una persona acusada, a quien se le ha comprobado, más allá de toda duda razonable, que cometió un delito utilizando un *modus operandi* tan distintivo que sólo ella podría haber cometido un segundo delito con las mismas características. El Tribunal destacó que "[e]sta presunción sólo se podría dar si el alto grado de similitud entre los actos determinara que la probabilidad de coincidencia fuera objetivamente improbable"¹¹⁶. Los criterios que permiten admitir este tipo de evidencias, que en Canadá se denominan pruebas de hechos similares, fueron definidos con más detalle por la Corte Suprema de Canadá en el caso *R vs. Handy*¹¹⁷.

¹¹³ Ibid en [38] - [39], citas omitidas.

¹¹⁴ Ibid en [40], citando *R vs. LED*, [1989] 2 SCR 111.

¹¹⁵ Ibid en [43].

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ *R vs. Handy*, 2002 SCC 56.

APLICACIÓN DE PRINCIPIOS I: LA PRUEBA PERICIAL

El juez de primera instancia está facultado por *common law* para descartar una evidencia cuando su valor probatorio sea superado por su efecto perjudicial¹¹⁸. Cuando la prueba en cuestión es invocada por el acusado en un caso penal, el punto de equilibrio es ligeramente diferente: la prueba debe ser descartada si su efecto perjudicial supera sustancialmente su valor probatorio¹¹⁹. Como demuestra el análisis del juez J-L, anteriormente citado, la relación entre el valor probatorio y el efecto perjudicial ha sido importante en las sentencias de la Corte Suprema de Canadá relativas a la admisibilidad de la prueba pericial, en particular cuando la información aportada por un perito es insuficiente para permitir que el Tribunal evalúe la credibilidad o el riesgo de error vinculado con la prueba¹²⁰. De hecho, el Tribunal ha descrito el corazón de las normas, un tanto técnicas, que rigen la admisibilidad de la opinión pericial como “una buena forma de aplicar la regla general de exclusión: un juez de primera instancia deberá determinar si los beneficios de la admisibilidad de la prueba superan cualquier daño potencial al proceso judicial”¹²¹.

Un testigo pericial tiene el deber de actuar como asesor independiente del Tribunal en asuntos de su competencia, pese a que generalmente puede ser convocado por una de las partes¹²². El Tribunal ha hecho hincapié en que un testigo pericial y la parte que desea convocarlo, deben proporcionar información suficiente al Tribunal sobre sus técnicas y métodos, a fin de que éste pueda evaluar si la evidencia propuesta es lo suficientemente confiable y si probablemente sea necesaria para permitir que el juez verificador de hechos entienda otras evidencias o el caso en su conjunto¹²³. La confiabilidad y la necesidad, junto con la coherencia, determinan colectivamente la medida del valor probatorio¹²⁴.

La Corte Suprema de Canadá ha recalcado reiteradamente que, a falta de la debida información respecto a confiabilidad y necesidad, se genera un riesgo importante de efecto perjudicial proveniente de la prueba pericial. Por ejemplo:

*Se corre el peligro de que la prueba pericial sea mal utilizada y que distorsione el proceso de determinación de los hechos. Revestida de un lenguaje científico que el jurado no entiende fácilmente, y expuesta a través de un testigo de admirable trayectoria, el jurado podría aceptar esta prueba como si fuera prácticamente infalible, y como si tuviera más peso del que merece*¹²⁵.

¹¹⁸ *Sweitzer vs. The Queen*, [1982] 1 SCR 949 en 953; *R vs. Seaboyer*, [1991] 2 SCR 577 en 611.

¹¹⁹ *Seaboyer*, *ibid* en 611.

¹²⁰ *R vs. Juez J-L*, 2000 SCC 51; véase también *R vs. Mohan*, [1994] 2 SCR 9; *R vs. Trochym*, 2007 SCC 6.

¹²¹ *R vs. Bingley*, 2017 SCC 12 en [16] por la jueza Presidenta McLachlin.

¹²² *White Burgess Langille Inman vs. Abbott & Haliburton*, 2015 SCC 23.

¹²³ *R vs. Mohan*, [1994] 2 SCR 9; *R vs. Trochym*, 2007 SCC 6; Para un análisis más completo del enfoque canadiense sobre la admisibilidad de la prueba pericial, véase Emma Cunliffe, “¿A New Canadian Paradigm? Judicial Gatekeeping and the Reliability of Expert Evidence” en Paul Roberts y Michael Stockdale (eds.) *Forensic Science Evidence and Expert Witness Testimony* (Cheltenham: Edward Elgar, 2018) en 310-332.

¹²⁴ *R vs. DD*, 2000 SCC 43 en [36].

¹²⁵ *R vs. Mohan*, [1994] 2 SCR 9 en 21. Véase también *R vs. D.D.*, 2000 SCC 43 en [52] - [56].

Era perfectamente posible que esas pruebas –“encubiertas por la mística de la ciencia”–, pudieran distorsionar el proceso de determinación de los hechos¹²⁶.

En el caso que nos ocupa, nos planteamos una vez más la necesidad de examinar cuidadosamente las evidencias que se presentan en contra de un acusado, para verificar su validez y efecto perjudicial, además de garantizar la equidad básica dentro del proceso penal¹²⁷.

[A]hora todos estamos muy conscientes de que la falta de independencia e imparcialidad de un experto puede dar lugar a errores judiciales atroces [citas omitidas]. ... “[E]l dictamen científico forense, aparentemente sólido e imparcial –aunque imperfecto–, ha desempeñado un papel preponderante en los desastrosos de la justicia¹²⁸.

En el transcurso de más de veinte años, los tribunales han afianzado el principio de que un juez de primera instancia debe examinar muy detenidamente el efecto perjudicial de la prueba pericial, antes de su admisibilidad en el juicio. La jurisprudencia es ampliamente favorable a la postura de que el juez de primera instancia es quien mejor puede evaluar el valor probatorio y el efecto perjudicial de la prueba pericial, tal como ocurre con otros tipos de evidencia:

Esto deja como reflexión el precepto general de que el valor probatorio de la evidencia pericial debe ser mayor que sus efectos perjudiciales. El valor probatorio se determina considerando la confiabilidad, la pertinencia y la coherencia del testimonio del experto: ... el valor probatorio y los efectos perjudiciales son propios de cada caso. Las resoluciones dictadas por el juez de primera instancia merecen la deferencia del Tribunal de apelación¹²⁹.

Sin embargo, a pesar de estas expresiones de deferencia de los tribunales de apelación hacia las evaluaciones de los jueces de primera instancia sobre el valor probatorio y el efecto perjudicial, la Corte Suprema de Canadá y los tribunales de apelación provinciales suelen intervenir con frecuencia, con el fin de corregir las determinaciones de los jueces de primera instancia respecto al valor probatorio y el efecto perjudicial de las pruebas periciales. En otras ocasiones, esta autora ha manifestado que este rol activo de la apelación refleja el hecho de que ahora los tribunales de apelación exigen que los jueces de primera instancia desempeñen una función de vigilancia más estricta, en tanto que los jueces de primera instancia canadienses todavía están desarrollando las habilidades necesarias para cumplir con estas expectativas¹³⁰.

126 *R vs. Juez J-L*, 2000 SCC 51 en [55].

127 *R vs. Trochym*, 2007 SCC 6 en [1].

128 *White Burgess Langille Inman vs. Abbott & Haliburton*, 2015 SCC 23 en [12].

129 *R vs. DD*, 2000 SCC 43 en [36] por la jueza Presidenta McLachlin disintiendo, aunque no en este punto (ver juez Major en [47]).

130 Emma Cunliffe, “A New Canadian Paradigm? Judicial Gatekeeping and the Reliability of Expert Evidence” en Paul Roberts y Michael Stockdale (eds.) *Forensic Science Evidence and Expert Witness Testimony* (Cheltenham: Edward Elgar, 2018) en 310-332.

APLICACIÓN DE PRINCIPIOS II: CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL

La Corte Suprema de Canadá también se ha desempeñado de manera extraordinariamente activa como referente de los conceptos jurídicos de pertinencia, valor probatorio y efecto perjudicial, que los jueces de primera instancia deben aplicar al momento de evaluar la admisibilidad de las pruebas en los casos de violencia sexual. Tradicionalmente, *common law* ha permitido que una persona acusada exponga evidencias sobre el historial de la parte denunciante (por ejemplo, de sus antecedentes de promiscuidad) y evidencia concreta sobre su historial sexual (tanto con el propio acusado como con otras personas), para que éste también pueda aportar en su defensa contra un cargo de agresión sexual¹³¹. Estas pruebas se consideraron reveladoras para determinar si la denunciante consintió el acto sexual y, si el acusado creía que ésta había dado su consentimiento (incluso aunque no lo hubiera hecho). En los últimos años, la creencia de que la reputación de una persona o su historial sexual *como tal* permiten determinar con mayor probabilidad que ha dado su consentimiento (o hacen más razonable la conclusión de que el acusado se equivocó en cuanto al consentimiento), ha llegado a considerarse no sólo anticuada, sino también particularmente perjudicial para mujeres y niñas, que constituyen la mayoría de las víctimas de violencia sexual¹³². Los derechos a la igualdad, a la dignidad y a la privacidad, consagrados en la *Carta Fundamental*, han servido de base para reevaluar el trato que se les da a las denunciantes en los procesos judiciales, entre otras cosas, mediante la reformulación de las antiguas reglas de la prueba de *common law*¹³³. Parte de esta reforma ha sido legislativa, a través de enmiendas parlamentarias al *Código Penal*, mientras que otros aspectos han sido reformados a través de resoluciones judiciales. Ambas dimensiones han sido objeto de elocuentes comentarios e interpretaciones por parte de la Corte Suprema de Canadá.

La historia de las creencias sobre el valor probatorio respecto a las pruebas sobre reputación e historial sexual constituye una visión especialmente útil, tanto de la naturaleza fundamental de la pertinencia, el valor probatorio y el efecto perjudicial, como de las sutilezas que pueden surgir al evaluar estos principios, en relación con determinados tipos de evidencias. Ambos puntos se demuestran claramente en el caso emblemático de *R vs. Seaboyer; R vs. Gayme*¹³⁴. En este caso, se presentó un recurso de inconstitucionalidad en contra de las reformas parlamentarias al *Código Penal*. Estas reformas parlamentarias pretendían vetar toda evidencia del historial sexual de la denunciante, con excepciones muy limitadas. Asimismo, prohibían cualquier prueba “ya sea general o específica” del historial sexual de la demandante, si dicha evidencia era aportada con el fin de evaluar su credibilidad. El caso, por lo tanto, implicaba un conflicto entre

¹³¹ Sujeto a la aplicación de la norma sobre hechos colaterales. Véase, por ejemplo, *R vs. Krausz* (1973), 57 Cr. App. R. 466.

¹³² Véase, por ejemplo, John McInnes y Christine Boyle, “Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality” (1995) 29 *University of British Columbia Law Review* 341.

¹³³ Véase, por ejemplo, Christine Boyle y Marilyn MacCrimmon, “To Serve the Cause of Justice: Disciplining Fact Determination” (2001) 20 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 55; Elizabeth Sheehy, “Feminist argumentation before the Supreme Court of Canada in *R vs. Seaboyer; R vs. Gayme*: The Sound of One Hand Clapping” (1991) 18 *Melbourne University Law Review* 450 en línea, en: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/1991/27.pdf>; Lucinda Vandervort, “Honest Beliefs, Credible Lies, and Culpable Awareness: Rhetoric, Inequality, and Mens Rea in Sexual Assault” (2004) 42 *Osgoode Hall Law Journal* 625, en línea, en: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol42/iss4/5/>; Emma Cunliffe, “Sexual Assault Cases in the Supreme Court of Canada: Losing Sight of Substantive Equality?” (2012) 57 *Supreme Court Law Review* 295. en línea, en: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scrl/vol57/iss1/13/>.

¹³⁴ *R vs. Seaboyer; R vs. Gayme*, [1991] 2 SCR 577.

los intentos legislativos de reformar el derecho penal para proteger la igualdad de las mujeres, y el derecho del acusado a responder y defenderse plenamente de la acusación de agresión sexual. Al determinar si las enmiendas parlamentarias infringían la *Constitución*, el Tribunal examinó cuidadosamente la pertinencia potencial, el valor probatorio y el efecto perjudicial de la evidencia, que serían excluidos en las enmiendas. El Tribunal constató que la legislación estaba modificando directamente el *common law* de la prueba:

El objetivo principal de la legislación es abolir las antiguas normas del common law, que permitían aportar evidencias sobre la conducta sexual de la denunciante; de escaso valor probatorio y concebidas para inducir a error al jurado. El common law permitía que se interrogara sobre la conducta sexual anterior de una demandante, sin que se demostrara su pertinencia respecto a una cuestión específica en el proceso. Solían presentarse pruebas de que la denunciante habría tenido relaciones con el acusado y con otras personas (que eran admitidas por jueces y jurados), como un factor que hacía más probable que la denunciante hubiera consentido esta supuesta agresión, tendiendo por lo general a socavar su credibilidad. Estas presunciones no se basaban en hechos, sino que en el prejuicio de que las mujeres sin castidad eran más propensas a consentir un encuentro sexual y –en cualquier caso–, eran menos dignas de crédito. Estos mitos paralelos hoy en día están desacreditados¹³⁵.

Las partes discreparon sobre si las enmiendas legislativas operaban sólo para descartar evidencias “de escaso o nulo valor, con perjuicio evidente” o si iban “demasiado lejos, y de hecho eliminaban pruebas pertinentes que debían ser admisibles, sin importar el perjuicio que pudieran ocasionar”¹³⁶. En su argumentación general, la magistrada McLachlin impartió una exhaustiva orientación sobre el correcto análisis de la pertinencia, el valor probatorio y el efecto perjudicial.

Comenzó destacando la naturaleza específica de los casos a analizar:

un juicio es un asunto complejo, que plantea muchas y variadas cuestiones. La pertinencia no se debe determinar en el vacío, sino en relación con alguna materia del juicio. Una prueba que puede ser pertinente para una situación, puede ser impertinente para otra. Y lo que es peor, en una segunda determinación, podría inducir a error al juez verificador de hechos. Por lo tanto, el mismo elemento de prueba que puede ser valioso en el proceso del juicio, podría conllevar el riesgo de perjudicar en algún otro aspecto el proceso de determinación de los hechos.

El derecho probatorio aborda este problema, dando al juez de primera instancia la tarea de equilibrar el valor de la prueba contra su potencial perjuicio¹³⁷.

¹³⁵ Ibid en 604.

¹³⁶ Ibid en 608.

¹³⁷ Ibid en 609.

La Presidenta McLachlin definió los principios de pertinencia, valor probatorio y efecto perjudicial, como asimismo la discrecionalidad judicial para descartar evidencias, como “reglas de sentido común, fundadas en nociones básicas de equidad” que “forman parte de los principios de justicia fundamental, consagrados en el Art. 7 de la *Constitución*”¹³⁸. En consecuencia, estos principios del derecho probatorio ahora están protegidos por la *Carta Fundamental*, en el caso que se ponga en riesgo la vida, la libertad o la protección de una persona. No se pueden restringir con ligereza, cuando es el propio acusado quien hace valer la información.

La norma según la cual las pruebas pertinentes expuestas por un acusado sólo se pueden descartar cuando su efecto perjudicial supera sustancialmente su valor probatorio fue, por tanto, la medida con la cual la Presidenta McLachlin determinó la constitucionalidad de las enmiendas legislativas en el caso *Seaboyer*. En cuanto a la norma que prohíbe la prueba del historial sexual, a los efectos de evaluar la credibilidad, el Tribunal sostuvo que “no existe ningún vínculo lógico o práctico entre la reputación de una mujer y el hecho de que pueda ser una testigo veraz. De ello se desprende que las evidencias descartadas [en esta cláusula] no pueden servir ningún propósito legítimo en el juicio”¹³⁹. Por lo tanto, el Tribunal consideró que la prueba del historial sexual carece tan absolutamente de toda relación lógica respecto a la credibilidad de la demandante, que resulta improcedente, y por ello debiera quedar siempre excluida en el proceso. La evaluación del valor probatorio y del efecto perjudicial es innecesaria.

En el planteamiento del Tribunal sobre las evidencias relacionadas con el historial sexual, quedó de manifiesto que existen más matices respecto a dichas pruebas. La magistrada McLachlin ha señalado que la disposición mediante la cual se excluyen las pruebas del historial sexual:

no determina la exclusión en función de que la prueba se pueda utilizar para fines ilegítimos. Por el contrario, constituye una exclusión general, sujeta a tres excepciones: la prueba de descargo, la prueba referida a la identidad y la prueba relacionada con el consentimiento a la actividad sexual, en el mismo momento del incidente objeto del juicio. La duda es si esto permitiría excluir pruebas que sean pertinentes para la defensa y cuyo valor probatorio no se vea sustancialmente superado por el perjuicio que podría causar al proceso judicial. ...

*En mi opinión, la respuesta a esta pregunta debiera ser negativa. La jurisprudencia canadiense y estadounidense contienen numerosos ejemplos de evidencias de conducta sexual que quedarían excluidas por [la disposición], pero que claramente se deben aceptar en aras de un juicio justo, sin perjuicio de que ello pudiese desviar al jurado tentándolo a inferir indebidamente el consentimiento o la falta de credibilidad de la denunciante*¹⁴⁰.

¹³⁸ Ibid en 611.

¹³⁹ Ibid en 612.

¹⁴⁰ *R vs. Morin*, [1988] 2 SCR 345 en 370-71.

La jurista McLachlin enumeró varios de estos ejemplos de evidencias que tendrían valor probatorio significativo y para las cuales, según explicó, se podría controlar el efecto perjudicial. Según la jueza McLachlin, una de las dificultades clave de la normativa legal, tal y como estaba formulada entonces, surgió del intento de definir categóricamente las circunstancias en las cuales las pruebas del historial sexual son o no son pertinentes. En un texto que resume el giro hacia enfoques más flexibles, descrito anteriormente por Paciocco, la magistrada McLachlin señaló:

disposiciones como [ésta] ... establecen un enfoque “encasillado”, incapaz de abordar adecuadamente el dilema probatorio fundamental que está en juego, que es el de determinar si la prueba es o no verdaderamente pertinente, y no meramente impertinente y engañosa. En efecto, esto equivale a predecir la pertinencia en base a una serie de categorías. Los tribunales y los académicos frecuentemente han hecho alusión a la imposibilidad de predecir la pertinencia de antemano, mediante una serie de normas o categorías. En el caso R vs. Morin¹⁴¹, el juez Sopinka –hablando en nombre de la mayoría de este Tribunal–, afirmó lo siguiente:

Es difícil y cuestionablemente impropio establecer normas estrictas para determinar la pertinencia de una categoría específica de evidencia. En gran medida, la pertinencia está en función de las demás evidencias y cuestiones de un caso. Los intentos del pasado por definir los criterios de admisibilidad sobre hechos similares no han tenido mucho éxito La evaluación debe ser lo suficientemente flexible como para adaptarse a las circunstancias cambiantes en las que se deberá aplicar¹⁴².

Ante el riesgo de que la disposición, tal y como estaba formulada, pudiera excluir pruebas del historial sexual que fueran pertinentes y con valor probatorio significativo, en circunstancias en las que el efecto perjudicial se pudiera tratar adecuadamente, la jueza McLachlin concluyó que era inconstitucional. Sin embargo –como explicó–, esta conclusión por sí sola no determinó la admisibilidad inmediata de las pruebas del historial sexual:

La interrogante acerca de cuál sería la norma, en ausencia [de esta cláusula], se remite por lo tanto a la evaluación de los principios fundamentales que rigen el proceso judicial y la obtención de pruebas. Recordando la máxima de Thayer, las evidencias pertinentes deben ser admisibles, y las impertinentes deben descartarse, siempre y cuando el valor de la prueba sea mayor que su potencial perjuicio, para la celebración de un juicio justo. Por otra parte, el foco de atención no se debe centrar en la evidencia en sí misma, sino en el uso que se haga de ella¹⁴³.

La jurista McLachlin estableció “lineamientos judiciales”, que deben seguir los jueces cuando, en un caso de violencia sexual, se presenten pruebas del historial sexual. Estos lineamientos tienen dos vertientes:

¹⁴¹ R vs. Morin, [1988] 2 SCR 345 en 370-71.

¹⁴² R vs. Seaboyer; R vs. Gayme, [1991] 2 SCR 577 en 619.

¹⁴³ Ibid, en 630-631.

En primer lugar, el juez debe evaluar, con un alto grado de delicadeza, si la prueba expuesta por la defensa cumple con demostrar un cierto grado de pertinencia, que sobrepase los daños y desventajas que surjan de la admisibilidad de dicha evidencia. Los ejemplos previamente expuestos sugieren que, aunque existan casos en los que dichas pruebas tengan suficiente valor probatorio, éstas serán excepcionales. El juez de primera instancia debe asegurarse de que las evidencias sean aportadas con legítima finalidad, y que lógicamente respalden la defensa. ...

La segunda responsabilidad del juez de primera instancia será tener especial cuidado de asegurarse que, en el caso excepcional en que las circunstancias exijan que dicha prueba se considere admisible, el jurado reciba instrucciones precisas y adecuadas sobre el uso apropiado de la misma. Hay que advertir a los miembros del jurado que no deben sacar conclusiones indebidas sobre evidencias de actividad sexual anterior¹⁴⁴.

Se ha incluido este debate relativamente extenso sobre la mayoría de los argumentos de la magistrada McLachlin en el caso *Seaboyer*, porque ilustra dos puntos con especial claridad. En primer lugar, los principios fundamentales de *common law*, tales como la pertinencia, el valor probatorio y efecto perjudicial, constituyen la lógica básica de la admisibilidad, según el *common law* canadiense de la prueba, y tienen valor constitucional frente a la evidencia aportada por el acusado. Estos principios –cuando se comprenden plenamente y se aplican de forma adecuada– inducen a un juez de primera instancia, –en la mayoría de las ocasiones–, a analizar la admisibilidad con acierto, incluso cuando también se presenta alguna norma de exclusión específica¹⁴⁵. En segundo lugar, los estereotipos sobre el comportamiento humano y la veracidad –como la creencia de que el historial sexual de una mujer pudiera condicionar su credibilidad a la hora de declarar– pueden distorsionar el proceso de razonamiento fáctico, cuando las pruebas no se someten a un cuidadoso análisis de pertinencia, valor probatorio y efecto perjudicial.

Este segundo punto –el efecto distorsionador de los estereotipos– ha sido objeto de especial atención en los trabajos académicos sobre violencia sexual y en los dictámenes sobre violencia sexual emitidos por la Corte Suprema de Canadá, ya antes de la resolución del caso *Seaboyer*. En este contexto, el estereotipo es una generalización sobre el comportamiento humano, que a veces puede ser correcta, pero que con frecuencia resulta imprecisa. Los estereotipos son especialmente odiosos cuando se utilizan para evaluar la credibilidad de los testigos, quienes históricamente se han visto privados de la plena protección de sus derechos en función de las creencias sociales sobre su condición de personas. Así, por ejemplo, cuando el acusado desea utilizar la evidencia de que la demandante habría consentido previamente la actividad sexual con el acusado en circunstancias similares, está invitando al juez verificador de hechos a suponer que una persona que ha accedido a la actividad sexual en el pasado es más probable que esté mintiendo al afirmar que, en esa ocasión en cuestión, ella se negó. Esta generalización hace eco de los estereotipos sobre las mujeres y la activi-

¹⁴⁴ Ibid, en 634.

¹⁴⁵ Véase además, ibid en 621-623.

dad sexual, tal como la premisa de que las mujeres mienten sobre la actividad sexual consentida¹⁴⁶.

Como se desprende de su argumentación en el texto citado anteriormente, si bien la jueza McLachlin ha reconocido la existencia del fenómeno de los estereotipos sobre pruebas basadas en el historial sexual, su colega, la jueza L'Heureux-Dubé, tras expresar una opinión inicial disidente en el caso *Seaboyer*, presentó un análisis más completo de los mitos y estereotipos sobre mujeres y violencia sexual. La jueza L'Heureux-Dubé facilitó una lista de tales mitos y estereotipos, aunque también explicó que, su enumeración ...

*en ningún caso fue exhaustiva. Como la mayoría de los estereotipos, funcionan como una manera –incluso equivocada–, de entender el mundo y, como gran parte de los constructos de este tipo, operan en un nivel de conciencia que hace más difícil desarraigarlos y confrontarlos abiertamente*¹⁴⁷.

Las observaciones de la jueza L'Heureux-Dubé fueron premonitorias, en lo que concierne a las dificultades en la erradicación de los estereotipos. En 2018, la profesora Elaine Craig publicó un estudio sobre los juicios por agresión sexual en Canadá, en el cual llegaba a la conclusión de que la evidencia del historial sexual se seguía admitiendo rutinariamente, sin una cuidadosa evaluación del valor probatorio y del efecto perjudicial, que se había establecido en *Seaboyer* y en las enmiendas estatutarias (constitucionales) posteriores¹⁴⁸. Asimismo, esta autora publicó un artículo en 2012, en el que constató que incluso la Corte Suprema de Canadá seguía recurriendo a la prueba del historial sexual, infringiendo su propia normativa sobre cómo los tribunales debían enfocar la admisibilidad y el uso de esa evidencia¹⁴⁹.

Desde que se publicaron estas observaciones, la Corte Suprema de Canadá ha redoblado sus esfuerzos por utilizar el derecho probatorio y excluir los mitos y estereotipos del razonamiento fáctico en los casos de violencia sexual¹⁵⁰. También ha ampliado ese razonamiento para abordar mitos y estereotipos específicos sobre, por ejemplo, las mujeres indígenas y quienes ofrecen actividad sexual a cambio de un pago. Así, por ejemplo, en el caso *R vs. Barton*, la Corte Suprema de Canadá criticó a un juez de primera instancia y a los abogados, quienes se habrían referido reiteradamente a la víctima fallecida como “nativa” (un término impropio para referirse a las personas indígenas), y también como “prostituta” (otro término poco apropiado en el inglés canadiense de hoy). El juez Moldaver así lo explicó para aquella mayoría:

¹⁴⁶ Estos estereotipos fueron en su momento perpetuados con ahínco por estudiosos y juristas de la evidencia, por igual. Véase, por ejemplo, John Henry Wigmore, *Evidence* (3ª ed., Little, Brown, Boston, 1940) s 924a; T.S., “Evidence: The unchastity of a female witness as a ground for impeaching her veracity” (1933) 32 *Michigan Law Review* 251. La persistencia de estos estereotipos se analiza, por ejemplo, en Elizabeth Sheehy, “Evidence law and the ‘credibility’ of women: A comment on the E Case” (2002) 2 *Queensland University of Technology Law Journal* 157.

¹⁴⁷ *Ibid* en 654. Véase además el escrito extrajudicial de la jueza L'Heureux-Dubé, por ejemplo, Claire L'Heureux-Dubé, “Beyond the Myths: Equality, Impartiality and Justice” (2001) 10 *Journal of Social Distress and the Homeless* 87.

¹⁴⁸ Elaine Craig, *Putting Trials on Trial: Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession* (Kingston: McGill-Queen's University Press, 2018). Véase un resumen de las enmiendas legislativas posteriores –y el fallo que declaró la constitucionalidad de dichas enmiendas– en R vs. Darrach, 2000 SCC 46.

¹⁴⁹ Emma Cunliffe, “Sexual Assault Cases in the Supreme Court of Canada: Losing Sight of Substantive Equality?” (2012) 57 *Supreme Court Law Review* (2ª serie) 295.

¹⁵⁰ Véase, por ejemplo, *R vs. Gagnon*, 2018 SCC 41; *R vs. Barton*, 2019 SCC 33; *R vs. Goldfinch*, 2019 SCC 38; y *R vs. RV*, 2019 SCC 41.

nuestro sistema de justicia penal y todos quienes lo integran, debieran tomar las medidas adecuadas para hacer frente a los sesgos, prejuicios y estereotipos sistémicos contra las personas indígenas –en particular, las mujeres indígenas y las trabajadoras sexuales–. Hacer la vista gorda ante estos sesgos, prejuicios y estereotipos no es una respuesta. En consecuencia, en el futuro y como garantía de protección adicional –en los casos de agresión sexual en los que la denunciante sea una mujer o niña indígena–, sería aconsejable que los jueces de primera instancia emitieran una instrucción expresa, destinada a combatir los prejuicios en contra de las mujeres y niñas indígenas. Esta indicación trascendería aquella instrucción más genérica de juzgar con imparcialidad, sin mostrar simpatía o prejuicio¹⁵¹.

El juez Moldaver presentó ejemplos sobre el tipo de instrucciones jurídicas que deberían impartirse a un jurado, para evitar el riesgo de que razonen en base a estereotipos. Asimismo, se refirió concretamente al uso del término “nativo” para referirse a la víctima de este caso:

aunque en algunos casos podría ser necesario, como también apropiado, determinar ciertos detalles biográficos de un individuo, tales como su raza, herencia y origen étnico, cuando dicha información es pertinente a un asunto particular del juicio, y cuando los testigos a veces recurren a tales indicadores sin ser requeridos por el abogado; casi siempre será preferible llamar a alguien por su nombre. ...

En un caso como éste, es particularmente importante ser respetuoso y mantenerse siempre atento al lenguaje que se utiliza para referirse a una persona, aún más si no se planteó que la condición de mujer indígena de la Sra. Gladue resultara de algún modo pertinente a las cuestiones del juicio. ...

Al fin y al cabo, se llama “Sra. Gladue”; en ningún caso “mujer nativa”. Y no había ninguna razón por la que no se hubiera podido utilizar lo primero de manera coherente, por una simple cuestión de respeto¹⁵².

En este cuerpo normativo, la Corte Suprema de Canadá ha vuelto a insistir en la importancia de analizar rigurosamente la pertinencia, el valor probatorio y el efecto perjudicial, como forma de identificar y contrarrestar las apelaciones basadas en estereotipos, sobre todo en el contexto de las pruebas del historial sexual¹⁵³.

Estos casos son todavía comparativamente recientes, por lo que al momento de escribir este artículo se han publicado relativamente pocos escritos académicos sobre ellos. En 2012, las investigadoras indígenas Tracy Lindberg, Priscilla Campeau y María Campbell, publicaron un análisis extraordinario sobre las formas en que los procesos legales canadienses han aplicado equivocadamente los principios de pertinencia, privando a las

151 *R vs. Barton*, 2019 SCC 33.

152 *Ibid.*, en [205] - [207].

153 Véase también *R vs. Gagnon*, 2018 SCC 41; *R vs. Goldfinch*, 2019 SCC 38.

mujeres indígenas de la igualdad de protección y beneficios ante la ley¹⁵⁴. Esta autora ha elaborado un estudio según el cual los jueces de primera instancia puedan y deban aplicar el derecho de la prueba para disipar la eventual aparición de mitos y estereotipos racistas, en un contexto ligeramente diferente del juicio de Saskatchewan a un granjero blanco por el asesinato de un joven indígena¹⁵⁵. En un artículo escrito poco antes de que la Corte Suprema de Canadá se pronunciara sobre estos casos, Lisa Dufraimont examinó aquéllos de violencia sexual en los que, según su análisis, las pruebas del historial sexual eran pertinentes y, al mismo tiempo, corrían el riesgo de dar lugar a mitos y estereotipos, por lo que propuso una forma óptima de equilibrar ambas problemáticas para tales casos¹⁵⁶.

Este breve análisis de la evolución de la normativa en materia probatoria a partir del historial sexual, desde que se dictó la sentencia *Seaboyer*, demuestra la dificultad que han experimentado jueces y abogados al intentar alejarse de los odiosos estereotipos que antiguamente determinaban el *common law* de la prueba vinculado a agresiones sexuales. Sin embargo, también nos demuestra que una cuidadosa atención a los principios de pertinencia, valor probatorio y efecto perjudicial puede permitir a los jueces de primera instancia “ralentizar su razonamiento” lo suficiente como para detectar la posible influencia de mitos y estereotipos, y tomar las medidas necesarias que permitan contrarrestar esa posibilidad¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Tracy Lindberg, Priscilla Campeau y Maria Campbell, “Indigenous Women and Sexual Assault in Canada” en Elizabeth Sheehy (ed.) *Sexual Assault in Canada: Law, Legal Practice and Women's Activism* (Ottawa: University of Ottawa Press, 2012). Estos temas también se abordan en Cullen et al., nota 63 anterior, y en Buller et al., *Final Report of the National Inquiry into Murdered and Missing Indigenous Women*, (Ottawa: Gobierno de Canadá, 2019) parte 1, capítulo 8. Véase también diversos escritos, presentados por mediadores de personas indígenas y mujeres que buscan la igualdad, en *R vs. Barton*, en línea, en: <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/info/af-ma-eng.aspx?cas=37769>.

¹⁵⁵ Emma Cunliffe, “The Magic Gun: Settler Legality, Forensic Science and the *Stanley* trial” (2020) 98 *Canadian Bar Review* 270 en línea, en: <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/view/4609>.

¹⁵⁶ Lisa Dufraimont, “Myth, Inference and Evidence in Sexual Assault Trials” (2019) 44 *Queen's Law Journal* 316.

¹⁵⁷ Véase además, Emma Cunliffe, “Judging, Fast and Slow: Using Decision-Making Theory to Explore Judicial Fact Determination” (2014) 18 *International Journal of Evidence & Proof* 139.

Conclusión

El derecho probatorio, en su dimensión más fundamental, establece las normas por las cuales se pueden determinar los hechos en un juicio adversarial de *common law*. En las últimas décadas, la legislación canadiense ha ido adquiriendo una mayor conciencia de que estas disposiciones podrían operar, ya sea para facilitar como para reprimir el acceso a la justicia. El giro hacia un enfoque basado en criterios de admisibilidad permite situar, al centro del derecho probatorio, un minucioso análisis de la pertinencia lógica de las pruebas, junto con una cuidadosa y muy estructurada evaluación de su valor y de posibles riesgos inherentes a determinados tipos de evidencia y medios de prueba. En el marco del complejo compromiso constitucional del federalismo canadiense, los tribunales de Canadá han adoptado –a lo sumo– el derecho probatorio, con el fin de contribuir a determinar y descartar el efecto de mitos y estereotipos sobre quienes han sido históricamente perjudicados como consecuencia de la legislación canadiense.

[L]as "herramientas de estudio" de las evidencias se han ido transformando, para hacer frente a los desafíos de una sociedad reconocidamente diversa. Una consecuencia de estos retos es la creciente atención prestada al proceso de determinación de los hechos y, en particular, a la pregunta: ¿Qué conocimientos sociales o visiones del mundo se utilizarán para investigar los hechos?...

En otras palabras, el derecho –como disciplina–, repercute en la normativa que, a su vez, regula el proceso de determinación de los hechos¹⁵⁸.

Entre estos grupos desatendidos se encuentran las víctimas de agresiones sexuales y la población indígena canadiense. Sin embargo, tal y como lo han precisado académicos e intervinientes, esta iniciativa sigue siendo en gran medida un proyecto en desarrollo.

El experimento canadiense de utilizar el derecho probatorio como medio integral para garantizar los derechos y libertades de la *Constitución* –incluido el derecho a la igualdad de protección y beneficios que otorga la ley– está en marcha. Casi cuarenta años después de la promulgación de la *Carta Fundamental* (y tras treinta y cinco años de la entrada en vigor de la normativa sobre igualdad), ha quedado de manifiesto que los jueces desempeñan un rol constitucional crucial como custodios independientes e imparciales de los derechos y libertades constitucionales, en particular respecto a procedimientos del Estado que pudieran eventualmente atentar contra la libertad humana, la dignidad y la protección de las personas. Sin embargo, las desigualdades sociales, en particular la desigualdad de los recursos asignados a fiscales e investigadores del Estado, en comparación con los abogados defensores y representantes de las víctimas, ponen en riesgo la presunción de que las partes sean las más indicadas para determinar y exponer los elementos de prueba más pertinentes.

¹⁵⁸ Christine Boyle y Marilyn MacCrimmon, "To Serve the Cause of Justice: Disciplining Fact Determination" (2001) 20 Windsor Yearbook of Access to Justice 55 en 61-62.

Esta desigualdad ha provocado, por ejemplo, una asimetría en el acceso a testigos expertos. En Canadá, la mayor parte de la pericia científica forense está concentrada en los organismos de seguridad, y los acusados de delitos rara vez tienen la posibilidad de un asesoramiento pericial competente. Aunque la expectativa legal sea que los testigos expertos actúen como asesores independientes del tribunal –destinada en parte a subsanar dicha desigualdad–, inevitablemente los mayores recursos suelen asignarse al desarrollo de modalidades de peritaje que responden a las prioridades de gobernanza del Estado¹⁵⁹. Una de las consecuencias ha sido una sucesión de fallos condenatorios improcedentes, que han surgido debido a la falta de confiabilidad en las evidencias científicas¹⁶⁰. Está por verse si los recientes esfuerzos judiciales por endurecer las normas de admisibilidad de las pruebas periciales permitirán que en el futuro se reduzcan este tipo de errores.

Igualmente, es evidente –para la mayoría de los observadores interesados en el tema–, que los mitos y estereotipos racistas sobre la población indígena canadiense aún no han sido erradicados de los procesos judiciales de Canadá, pese a los constantes esfuerzos de la Corte Suprema canadiense y de muchos comentaristas del ámbito jurídico. *Barton* presenta un ejemplo particularmente impactante, de un caso en el cual los abogados y un juez de primera instancia pasaron por alto principios jurídicos consagrados, dando lugar a un grave error jurídico. Cuando la Corte Suprema de Canadá se pronunció sobre este caso, comenzó su sentencia con el siguiente reconocimiento:

Vivimos en una época en la que los mitos, los estereotipos y la violencia sexual contra las mujeres –en aquellas indígenas y trabajadoras sexuales– son una tendencia dramáticamente habitual. Nuestra sociedad aún no ha comprendido lo profundamente arraigadas que están estas prácticas, y lo devastadoras que pueden ser sus consecuencias. Sin duda, erradicar los mitos, estereotipos y la violencia sexual contra las mujeres es uno de los desafíos más urgentes a los que nos enfrentamos como sociedad. Aunque hay una serie de actores que están haciendo grandes intentos por abordar y remediar estas deficiencias, tanto por parte del sistema de justicia penal como a través de la sociedad canadiense en general, este caso pone de manifiesto que es necesario hacer más. En pocas palabras: podemos –y debemos– hacerlo mejor¹⁶¹.

La mayoría concluyó su dictamen haciendo la observación de que “el sistema de justicia penal no cumplió su promesa de brindarle [a Cindy Gladue, la víctima] la plena protección de la ley y, en consecuencia, la defraudó –de hecho, nos defraudó a todos”¹⁶². Sin embargo, *Barton* no es el único ejemplo contemporáneo que muestra cómo operan estos mitos y estereotipos al interior del sistema judicial canadiense, particularmente hacia a las víctimas de origen indígena¹⁶³.

¹⁵⁹ Emma Cunliffe, “Charter rights, State expertise: Testing State Claims to Expert Knowledge” (2020) 94 Supreme Court Law Review 367 en línea, en: https://commons.allard.ubc.ca/fac_pubs/536/.

¹⁶⁰ Véase Emma Cunliffe y Gary Edmond, “What Have We Learned? Lessons from Wrongful Convictions in Canada” en Benjamin Berger, Emma Cunliffe y James Stribopoulos (eds.), *To Ensure that Justice is Done: Essays in Memory of Marc Rosenberg* (Toronto: Thomson Reuters, 2017).

¹⁶¹ *R vs. Barton*, 2019 SCC 33 en [1] por el juez Moldaver.

¹⁶² *Ibid* en 210.

¹⁶³ Véase también Roberta Campbell, *Independent Report on the Incarceration of Angela Cardinal* (Alberta, 2018) en línea, en: <https://open.alberta.ca/publications/independent-report-on-the-incarceration-of-angela-cardinal#summary>; Cullen et al., nota 63 anterior; National Inquiry into Murdered and Missing Indigenous Women, nota 154 anterior; Emma Cunliffe, “The Magic Gun”, nota 155 anterior.

En resumen, las expectativas relativas al enfoque basado en criterios probatorios aún no se han hecho del todo realidad, ni cuentan con el apoyo de recursos adecuados dentro del sistema jurídico penal canadiense. A pesar de estas deficiencias, los casos analizados en este documento –incluyendo aquellos como el de *Barton*, en el que se cometieron errores en el juicio– demuestran el potencial que tienen los conceptos de pertinencia, valor probatorio y efecto perjudicial, cuando se aplican rigurosamente a la hora de estructurar el proceso de determinación de los hechos, revelar y disipar una serie de mitos y estereotipos y, por lo tanto, ayudar a los tribunales canadienses a materializar en plenitud la promesa de la *Constitución*.



@CEJAoficial



@CEJAoficial



@CEJAoficial



@CEJAoficialOK