

La prueba pericial y su valoración en el proceso penal colombiano, hacia un régimen procesal holístico¹

The expert testimony and its assessment in the colombian criminal procedure, toward a holistic procedural regime.

La preuve d'expert et son appréciation dans la procédure pénale colombienne, vers un régime procédural holistique.

-
- 1 Este artículo es producto de la investigación "La prueba pericial: el sistema de valoración en el proceso penal colombiano", realizada entre febrero de 2013 y agosto de 2014, inscrita ante el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia (U. de A. – Calle 70 No. 52-21, Medellín, Colombia) y ante el CODI de la misma Universidad; y financiada por el Fondo de Apoyo al Primer Proyecto de Profesores de esta Universidad. Este proyecto también tuvo el apoyo del Grupo de Investigación "Estado de Derecho y Justicias-EDJ" de la mencionada Universidad. Agradecimiento especial al profesor Álvaro Yépez Henao, de la Escuela de Idiomas de la Universidad de Antioquia y la Universidad Nacional (Medellín), quien fue copartícipe de las traducciones realizadas para el cumplimiento del proyecto. Con él pudimos discutir ampliamente términos muy polémicos que guardan similitud semántica con el español (homografía) y que pueden generar lo que se conoce en la disciplina de traducción como la falacia de los falsos amigos que según Orellana (2005), tienen la misma forma en uno y otro idioma por tener una raíz común, pero con diferente significado (p. 132). Entre los términos polémicos se tienen: *evidence*, *proof*, *relevant*, *opinion testimony*, *expert testimony*. Por ejemplo, la palabra "prueba" en español es polisémica y designa las inglesas *evidence* (como el medio o la fuente de prueba) y *proof* (como probar algo o el resultado). Es de lamentar que el CPP/2004 incurra en la falacia de los falsos amigos al traducir *evidence* como evidencia.

O prova pericial e sua apreciação no processo penal colombiano, em direção a um regime processual holístico.

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo²

Resumen

La propuesta de valoración de la prueba pericial en un régimen procesal con tendencia holística es un estudio desde la epistemología del testimonio sobre la justificación de la aceptación del conocimiento en la decisión. Se concluye que la valoración no debe limitarse a un soliloquio del juez con su reducido conocimiento de la vida, sino que él requiere de una experimentación previa en el contexto procesal en el que la prueba pericial se somete a juicios de admisibilidad, a los interrogatorios en su práctica y otras actuaciones que le ayuden a establecer signos de fiabilidad sobre el perito y su conocimiento.

Palabras clave

Prueba pericial; epistemología; admisibilidad de la prueba; máximas de experiencia; valoración probatoria.

2 Profesor del Área de Derecho Procesal y miembro del Grupo de Investigación "Estado de Derecho y Justicias –EDJ–" de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia (UdeA – Calle 70 No. 52-21, Medellín, Colombia), Maestría en Filosofía de la misma Universidad, Estudios de doctorado en la Universidad de Rovira I Virgili (España) –en el programa doctorado en Derecho–. Correo electrónico: bernardo.ruiz@udea.edu.co. - <http://orcid.org/0000-0002-4567-2148>

Cómo citar este artículo:

Ruiz, L. (2015). La prueba pericial y su valoración en el proceso penal colombiano. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(123), pp. 481-511.

Recibido: 1 de junio de 2015.

Aprobado: 15 de octubre de 2015.

Abstract

The proposal for assessment of expert testimony in a holistic trend procedural system is a study from the epistemology of testimony about the justification of acceptance of knowledge in the decision. It is concluded that the assessment should not be limited to a judge's soliloquy with its reduced knowledge of life, but rather he requires a previous experiment in the procedural context in which expert evidence is subject to admissibility test, the interrogations in their practice and other activities to help the judge to establish signs of reliability about the expert witness and his knowledge.

Keywords

Expert testimony; epistemology; admissibility of evidence; generalizations of human knowledge; assessment of evidence.

Résumé

La proposition de l'appréciation de la preuve d'expert dans un système de la procédure pénale de tendance holistique est une étude à partir de l'épistémologie du témoignage sur la justification de l'acceptation de la connaissance dans la décision. Il est conclu que l'appréciation ne doit pas être limitée au soliloque d'un juge avec son réduit connaissance de la vie, mais plutôt, il exige une expérience précédente dans le contexte procédural dans lequel la preuve d'expert est soumise à des jugements d'admissibilité, les interrogatoires dans leur pratique et d'autres activités pour aider le juge à établir des signes de fiabilité sur le témoin expert et sa connaissance.

Mots clés

Preuve d'expert; l'épistémologie; l'admissibilité de la preuve; généralisations de la connaissance humaine; l'appréciation de la preuve.

Resumo

A proposta de apreciação da prova pericial em um regime procesual de tendência holística é um estudo a partir da epistemologia do testemunho a justificativa para a aceitação do conhecimento na decisão. Conclui-se que a apreciação não deve ser limitado a solilóquio de um juiz com o seu pequeno conhecimento da vida, mas requer uma

experiência anterior no contexto processual em que a prova pericial está sujeito a teste de admissibilidade, os interrogatórios na sua prática e outras atividades para ajudar o juiz a estabelecer sinais de fiabilidade sobre o perito eo seu conhecimento.

Palavras-chave

Prova pericial; epistemología; admissibilidade da prova; máximas de experiência; apreciação da prova.

Introducción

El Código de Procedimiento Penal colombiano de 2004 (en adelante CPP/2004) realizó una forma de “trasplante por estaca” desde la legislación estadounidense (en el contexto de la “guerra contra las drogas”), consistente en que esta legislación pone una rama (las normas procesales penales) en el orden jurídico receptor, el colombiano. Como es de esperarse, los frutos producidos, en gran medida, conforman un híbrido, pero algunos resultan de dudosa fertilidad. El problema es que se trasplantan normas que tienen origen en un sistema de tradición adversarial, en el que al mismo tiempo el juicio oral es excepcional (solo para el 5% de las condenas) y el juez de derecho se concibe como *gatekeeper* (protector frente al engaño) distinto del juez de los hechos (jurado), y pasan a un contexto colombiano con tradición publicista, escritural, con juez funcionario que decide sobre el derecho y los hechos y con obligación de motivar; así mismo, con unas prácticas judiciales, policiales, de abogacía y socio-culturales muy diversas. Se cuestiona entonces sobre la adaptación y la utilidad de las reglas trasplantadas: ¿en qué aspectos esas reglas tienen o no eficacia por el contexto en que operan, pero también en qué sentido requieren de una contextualización mediante una interpretación sistemática?

En la prueba pericial los componentes normativos de la prueba pericial trasplantados son los de la fase probatoria de la admisibilidad, consistentes en la regla de la pertinencia cognitiva (relevancia), y los parámetros de admisibilidad de la “base científica o técnica” de la prueba novel. Estos componentes normativos están inspirados en las estadounidenses *Federal Rules Evidence* (en adelante FRE) y la jurisprudencia que conforma la llamada trilogía Daubert. Según Ward (2015) esta trilogía se compone del caso Daubert-Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals 509 US 579 (1993) –y los dos subsiguientes que lo complementan, Joiner –General Electric Co. v Joiner, 522 US 136 (1997)– y Kuhmo –Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999)–. La jurisprudencia Daubert tiene como antecedente el caso Frye –Frye v. U.S., 293 (1923)–.

El *objetivo general* de este artículo es estudiar las reglas procesales penales colombianas de la valoración de la prueba pericial en la sentencia, incluidas algunas reglas de la admisibilidad de la prueba que pudieran aportar criterios de valoración. Los *objetivos específicos* son los siguientes: 1) analizar las reglas de carácter adversarial que influyen en la valoración, entre las que están las trasplantadas sabiendas de las diferencias entre los dos sistemas jurídicos e identificar sus sesgos y falacias, 2) reconocer los parámetros de fiabilidad

de la prueba pericial, el sentido de los mismos y la restricción que trae el procedimiento penal colombiano en relación con estos parámetros para la prueba novel de carácter científico o técnico, 3) reflexionar sistemáticamente el sentido tendencialmente holístico del régimen procesal resultante del híbrido normativo que permita una valoración racional de la prueba pericial y describir los efectos de la concepción de la valoración como persuasión o convicción del juez y la relación que tiene con la idea de pericia como criterio auxiliar de la decisión del juez.

Con el objeto de enfrentar este objeto de estudio, el artículo se divide en los siguientes temas: el primero es sobre los componentes holísticos del régimen procesal para la valoración de la prueba pericial; el segundo se refiere a la valoración en un régimen de pericia de parte como el colombiano; y el tercero aborda los parámetros de valoración de la prueba pericial.

Este artículo se concentrará en un estudio hermenéutico de la normatividad procesal penal con los principios constitucionales como algunas herramientas conceptuales provenientes de la denominada epistemología del testimonio. Se trata de un estudio comprensivo porque al tiempo que describe también estudia los contextos, problematiza el sentido de las figuras jurídicas trasplantadas o híbridas y, con la interpretación sistemática, las ordena para que tengan un sentido en el orden jurídico. Las fuentes utilizadas son básicamente documentales, se estudian autores de habla inglesa como la obra colectiva de los estadounidenses Kaye, Bernstein, & Mnookin (2011) y algunos textos de las inglesas Dwyer (2008) y Haack (2004, 2005, 2014). Es muy importante es el texto de la mexicana Carmen Vásquez (2014). También se tienen en cuenta otros autores como el italiano Taruffo (2008 y 2012), las españolas Gascón (1999 y 2012), Planchadell (2013) y Pérez (2010).

1. Un régimen procesal tendencialmente holístico para la valoración de la prueba pericial

Se advierte que la tendencia del sistema colombiano (y en gran medida de la tradición romano-germánica) es concentrar la valoración de la prueba en el momento de la sentencia; esta a su vez, se concibe como un acto procesal en el que el juez realiza inferencias a partir de las pruebas para determinar los hechos constitutivos de los supuestos del derecho que aplica al caso. También el juez en esta tradición debe expresar el *iter* de sus razonamientos en la sentencia

(motivación) para efectos de publicidad y contradicción (recursos procesales) de la decisión. En el sistema angloamericano se da una la tendencia hacia la íntima valoración por el jurado, pero en la disciplina de la prueba pericial ha establecido una evaluación de la relevancia y la fiabilidad por parte del juez-funcionario (de derecho) en el momento de la admisibilidad de la prueba, que es una evaluación motivada y sujeta a recursos procesales. Si bien este juicio de la fiabilidad, para efectos de la admisibilidad, no se puede confundir con la valoración racional si están conectadas al recaer sobre los aspectos cognitivos o intrínsecos de la prueba, de modo que las diferencias son solo de intensidad y finalidad. De intensidad porque el juicio de admisibilidad solo puede exigir un mínimo de fiabilidad del conocimiento experto y de credibilidad del perito; y de finalidad, porque el juicio de admisión solo busca proteger la economía procesal y evitar que el proceso y la decisión versen sobre conocimientos infundados o sujetos inidóneos que induzcan al engaño.

Sobre esta base, la hipótesis que se expone es que el híbrido normativo del CPP/2004 implica un sistema de valoración racional de la prueba con componentes holísticos que se realiza en la sentencia judicial pero que presupone, como condición necesaria, la experimentación del juez previamente con la inmediación, control e intervención activa en las fases de la admisibilidad y práctica de la prueba pericial. En esta hipótesis se presupone el estudio de varias reglas jurídicas y de la racionalidad práctica, que se pueden resumir en dos conjuntos, las que hacen parte del derecho constitucional a la prueba y las de la epistemología del testimonio. Por tanto, en este acápite se tratará de caracterizar el híbrido que es producto de trasplantar a un sistema de valoración racional de la prueba un sistema progresivo de depuración de la prueba pericial durante las fases de admisión y práctica probatoria. Para abordar este asunto es necesario hacer referencia a lo que se entiende por prueba pericial y, luego, problematizar la valoración probatoria a partir de las teorías sobre la justificación del conocimiento testimonial.

1.1. El carácter de medio de prueba de la pericia y las consecuencias que se le derivan

Puede decirse que en la normatividad procesal penal colombiana la valoración de la prueba pericial de manera alguna es potestativa para el juez, sino que es racional y debidamente motivada. La valoración racional busca evitar, como dice Gascón (1999), las posturas subjetivistas que implican un intuicionismo en el que la decisión judicial se convierte en una actividad

irracional e incontrolable (p. 38). En términos de Ferrer (2007) tal valoración no puede reducirse a un estado mental que caprichosamente adquiriera el juez; no se trata simplemente de que el juez esté persuadido o convencido ya que, por el contrario, él está sometido tanto a la racionalidad como a las reglas jurídicas que regulan la decisión (pp. 63-65).

Con respecto al concepto de prueba pericial hay que mencionar que ha sido polémico porque, a veces, se ha entendido como auxiliar del juez y, en otros casos, como medio de prueba; en consonancia con esta discusión, también se ha cuestionado sobre si su centro de atención es el conocimiento especializado o el sujeto experto. La pericia como medio de prueba es algo que se encuentra claramente establecido en el art. 382 del CPP/2004; sin embargo, el tema es polémico puesto que hay autores que sostienen lo contrario; por ejemplo, el argentino Machado (1995) asume que el perito “no está destinado a establecer medios de prueba, sino a brindar al juez elementos de apreciación” (p. 33). Sostiene López-Muñiz (2008) que:

autores, como Gómez Orbaneja y el propio Prieto Castro estiman que los peritos son auxiliares del juez, y que le proporcionan los conocimientos que éste no tiene pero son necesarios para la resolución del pleito. En este mismo sentido Guasp, Fenech y Florián le niegan el carácter de medio de prueba a los peritos y los califican como “elemento de prueba”. (pp. 24-25)

Una de las consecuencias de tomar la prueba pericial como medio de prueba es que el énfasis, a la hora de su valoración, se hace en el perito y su conocimiento y no solo en éste último. Desde este punto de vista el trasplante legislativo ha sido positivo en tanto aproxima al perito a algunas de las formas procesales propias del testimonio. Se aclara que de ninguna manera se confunde la prueba pericial con la prueba testimonial, sino que de lo que se trata es que, desde las teorías del conocimiento, la prueba pericial es una modalidad de declaración testimonial, y no se trata de una cosa material o documento (Vásquez, 2014). No obstante que en las legislaciones procesales penales anteriores (por ejemplo, Ley 600 de 2000) se aproximaba la pericia en su práctica a las formas documentales aunque se ha tenido claro que la pericia ha sido de carácter personal y se valoraba al perito también como persona y experto.

Ahora bien, ¿qué significa negarle a la prueba pericial el carácter de medio de prueba y de asignarle el carácter de auxiliar de la función enjuiciadora del juzgador? ¿Cuáles son las consecuencias de esta concepción?

En la concepción de la pericia como auxiliar del juez en su decisión se parte, de un lado, de la distinción tajante entre hechos y opinión, que ha permitido a la doctrina distinguir entre el testimonio y la pericia; del otro, del carácter infalible de la ciencia o la técnica que ha priorizado la deferencia (autoridad) sobre la educación (conocimiento); y finalmente, del juez como integrador del mundo en su decisión, incluidos los conocimientos científicos, técnicos y prácticos. Estos aspectos se estudian en diversos apartes de este artículo.

La tajante distinción entre hechos y opinión ha sido ampliamente cuestionada en el campo de la filosofía del conocimiento. Dice Dwyer (2008, pp. 96-97) que es inútil una distinción categórica entre hechos y opinión ya que ignora la complejidad de los pasos de la inferencia que pueden haber llevado a la formación de un hecho o una opinión; casi todos los “hechos” se forman por inferencia, pero se separan de las “opiniones” porque el grado de inferencia es considerado pequeño. Menciona Vásquez (2014) que desde la epistemología las diferencias entre el testigo experto y el testigo lego son más bien de grado y en las formas jurídico-procesales en cuanto, por ejemplo, al tipo de afirmaciones que se le permite a cada uno, a las formas de recusaciones o tachas o recursos que es posible aducir frente a ellos, a las responsabilidades jurídicas que asume el uno o el otro, a la retribución a que tienen derecho.

A continuación, se problematiza sobre la justificación del conocimiento testimonial para analizar las consecuencias de la pericia solo como elemento o máxima que integra la decisión del juez o como medio de prueba que surte una serie de fases con diversos agentes en las que el juez experimenta el conocimiento experto.

1.2. Justificación del conocimiento del experto

Es evidente que la prueba judicial es una disciplina del conocimiento en el que la racionalidad tiene un papel tan primordial que autores como Bentham consideran que son más trascendentes los principios de la racionalidad que el mismo derecho probatorio (Ferrer, 2007, p. 36). Precisamente, en la valoración de la prueba, aunque hay muchas reglas jurídicas, existe un campo muy amplio para el conocimiento del mundo por parte del juez.

En el tema del juez y la función que tiene en los sistemas no tasados legalmente en la valoración de la prueba viene el asunto de ¿cómo justificar la aceptación de las pruebas en su decisión? En la esfera jurídica esta justificación

se realiza entre dos tipos de soluciones, la primera, pregona que el juez tiene criterios basados en la experiencia de la vida más o menos controlables en su decisión sobre la aceptación del valor del testimonio; y la segunda, que el juez parte de la buena fe del testigo, a no ser que tenga motivos de incredulidad que se evidencien en el proceso mismo. Sobre las reglas que remiten al conocimiento de la vida o del mundo por parte del juez se encuentra la exigencia de valoración conforme a la sana crítica (art. 176 del Código General del Proceso) y las generalizaciones del conocimiento humano tales como las leyes de la ciencia o la lógica o el sentido común etc. (arts. 404 y 420 del CPP/2004). La segunda opción se expresa con la regla de la Constitución Política consistente en que la buena fe “se presumirá en todas las gestiones” que los particulares adelanten ante las autoridades públicas (art. 83); en este mismo sentido, los códigos procesales establecen como regla el deber del juez de hacer respetar la buena fe en dominio del proceso judicial (arts. 12 y 140 CPP/2004 y arts. 42, 78 del Código General del Proceso). Conforme con la segunda, las declaraciones que hagan los testigos ante los jueces se presumen veraces hasta que se pruebe lo contrario; por tanto, prima la confianza en la autoridad en el conocimiento especializado o en el perito.

Consecuente con la primera opción (referida a la experiencia de la vida) la legislación procesal prescribe criterios para que el juez pueda aplicar su conocimiento sobre el mundo en la valoración de la prueba, según el medio de prueba de que se trate, por ejemplo, en la prueba pericial, sobre el perito establece “la idoneidad técnico científica y moral”, “la claridad y exactitud” o consistencia del “conjunto de respuestas”, su comportamiento al responder”; y sobre la experticia determina “el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya”, “los instrumentos utilizados” (cf. art. 420 CPP/2004); en este mismo sentido se encuentran también los parámetros del carácter científico o técnico del conocimiento como “la aceptabilidad en la comunidad académica”, que la teoría o técnica hayan sido verificadas, publicación y crítica por la comunidad académica, o el grado de “confiabilidad de la técnica” (art. 422 CPP/2004); y otros parámetros, por interpretación sistemática, provenientes del Código General del Proceso.

Sobre la primera opción, la exigencia en la valoración de la prueba judicial referida a la experiencia que tenga el juez sobre el órgano de prueba y los contenidos del conocimiento ingresados al proceso, es un asunto que ha sido tratado con profundidad por autores como Ferrajoli (1995, pp. 141-142) cuando se refiere al esquema nomológico deductivo de la explicación causal, tomado a su vez de Popper y Hempel, consistente en que la inferencia inductiva,

que soporta ascender desde los hechos que se ha de explicar (*explanandum*) a los hechos que son su explicación (*explanans*) se justifica porque puede ser invertida en una inferencia deductiva, que viabiliza descender del *explanans* al *explanandum* gracias a la inclusión en las premisas explicativas de leyes o generalizaciones empíricas aceptadas como verdaderas conforme a la experiencia pasada. Este esquema puede confirmar la verdad o apoyar la falsedad de una hipótesis explicativa, pero de ninguna manera posibilita demostrarla.

En aplicación de este esquema de la primera opción el razonamiento del juez se estructura a partir de un medio de prueba que, mediante la contextualización que permiten las máximas de experiencia³, se infiere el hecho objeto de investigación. Cuando un perito expresa, por ejemplo, que la sangre encontrada sobre el sospechoso corresponde en su identidad genética en un 99.99% a la huella genética de la víctima de violación carnal, esta mera narración no es suficiente para justificar suficientemente el conocimiento del juez sobre los hechos; este conocimiento se genera con base en las máximas de experiencia que extrae el juez de su vida o de lo que conoce por otras personas y en lo que ha percibido en el mismo caso judicial, y es el que le facilita decidir si el perito es o no confiable desde el punto de vista moral y por su comportamiento procesal, o que ha utilizado técnicas fiables y de manera adecuada y que son aceptadas por la comunidad académica etc. Estos elementos de la experiencia, más el medio de prueba, son lo que justifican el conocimiento. En este sentido, las máximas de experiencia tienen el papel de apuntalar y confirmar las inferencias que se hacen desde el medio de prueba, mediante un razonamiento deductivo en el que ella constituye la premisa mayor, y el contenido de la fuente o del medio de prueba es la premisa menor y el resultado de la inferencia, la conclusión (Ruiz, 2010).

En fin, como puede verse, existe un amplio campo de estudio en la doctrina sobre la primera opción de la justificación de la aceptación del conocimiento a partir del testimonio, que remite a la experiencia de la vida; incluso hay que advertir que esta primera opción se ha constituido como el aspecto central de la valoración de la prueba. Desde este punto de partida hay que decir que la valoración racional impide que los jueces puedan decantarse por la segunda solución (buena fe del perito), pero como veremos luego, la realidad de los

3 Las máximas de experiencia son generalizaciones del conocimiento humano habitualmente sobreentendidas (entimemáticas) sobre la fiabilidad de experiencia análogas (Ferrajoli, 1995, p. 53).

límites cognitivos del juez impide cumplir plenamente la primera en los términos descritos.

Desde la epistemología del testimonio las soluciones para justificar las decisiones sobre el conocimiento testimonial son las teorías denominadas reduccionistas y no-reduccionistas (Vásquez, 2014). Las reduccionistas se relacionan con la primera solución (experiencia de la vida del juzgador), y las no-reduccionistas con la segunda, con la presunción de buena fe del testigo (la autoridad del conocimiento científico o del perito). La conexión entre el uso de las “máximas de experiencia” en la justificación del conocimiento testimonial lego o experto con las teorías reduccionistas consiste en que el juez (como auditorio o destinatario de la prueba) integre en la valoración la experiencia del mundo.

Coady (1992, pp. 82-83) menciona que la concepción reduccionista exige de la audiencia (juez) su experiencia en la fiabilidad del testimonio y las expectativas a la que esto da lugar; requiere, por tanto, de la observación constante de la conjunción entre lo que la gente dice y la forma como es el mundo. Al respecto Vásquez (2014) dice que la crítica a los reduccionistas consiste en que estos imponen una carga muy alta al auditorio (en su caso al juez) que le exige que conozca todo sobre los sujetos y la materia del conocimiento en concreto, sin tener en cuenta que la información que se logra obtener individualmente es extremadamente pequeña frente a su objetivo. Esto conlleva una doble objeción al reduccionismo, de un lado, en la vida real hay escasez de información para los individuos y, de otro, se incurre en una forma de la circularidad; en efecto, el agente común no tiene la suficiente información para adquirir razones suficientemente sólidas para justificar la aceptación del contenido testimonial; además, se incurre en circularidad en el sentido de que en el hipotético evento en que el agente logre suficiente información para justificar la aceptación del contenido, las razones positivas logradas son, a su vez, también testimoniales.

Según Lackey (2006, pp. 166-167) para los no-reduccionistas las razones para justificar el conocimiento adquirido mediante el testigo se encuentran en este mismo, por lo que tienen como fuente la memoria, el razonamiento inferencial etc., de éste a menos que se presenten infirmantes relevantes, tales como, contradicciones o contrapruebas. Se puede ejemplificar una tendencia no-reduccionista en los códigos procesales penales anteriores (como la Ley 600/2000) en los que el error grave como forma de contradicción implicaba la contraprueba del dictamen. Para Vásquez (2014) la crítica que se hace a

esta concepción no-reduccionista es que incurre en la ingenuidad de creer sin fundamento alguno en el testimonio; por lo que pueden incurrir en la transgresión jurídica de convertir la decisión judicial en indiscutible o irrefutable en términos absolutos y sin fundamento racional alguno.

La imposibilidad de la realización de las teorías reduccionistas y las no-reduccionistas ha motivado a Vásquez (2014, pp. 181-182) a seguir la postura ecléctica de Lackey con los puntos fuertes de ambas teorías; lo que implica exigir a la audiencia (juez) que tenga razones positivas que hagan que al menos sea razonable aceptar el contenido de un testimonio y, a la vez, una exigencia de fiabilidad por parte del hablante (testigo); así, tanto el hablante (testigo) como el auditorio (juez) deben contribuir epistémicamente para la justificación testimonial. En el caso concreto de la prueba pericial, el perito debe dar suficiente información para demostrar que sus afirmaciones conducen a la verdad. Es menester considerar la heterogeneidad de la prueba pericial, ya que existen unos tipos de pruebas con mejor aceptación de sus fundamentos en el ámbito científico o técnico, y hay legos con mejor capacidad para analizar o evaluar las afirmaciones de los expertos; por lo tanto, hay que considerar tanto al experto como al conocimiento, al juez y el contexto judicial en el que se discute la justificación testimonial (Vásquez, 2014, p. 194). En el contexto judicial los interrogatorios de las partes y los poderes del juez son esenciales para obtener suficiente información del perito sobre la fiabilidad de su conocimiento.

En el contexto judicial es necesario superar la concepción consistente en que el experto transmite conocimiento al juez en quien produce un estado mental de convicción o de persuasión (Ferrer, 2007). Por lo tanto, el valor no depende de un estado mental del juez sino del acatamiento por parte de éste de los estándares de las pruebas, garantías procesales y de parámetros que le dan fiabilidad o validez al conocimiento experto pero es necesaria una intervención más activa del juez para la adecuada asimilación y comprensión del conocimiento experto. El juicio oral facilita un contexto en el que el dictamen pericial surte diversas fases en las que la información del perito puede ser mejor asimilada por el juez, en la medida en que experimenta la actividad pericial desde el descubrimiento probatorio, la presentación del informe pericial, su admisibilidad y luego en la práctica, con la posibilidad de interrogatorios por el mismo juez.

Todos estos aspectos del contexto procesal son importantes para que, en términos de Vásquez (2014, pp. 263, 351 y 387), la valoración no se convierta

en un mero soliloquio del juez. El soliloquio del juez con las ideales “máximas de la experiencia” de la concepción reduccionista tiene la potencialidad de convertir la sana crítica en un eufemismo que solapa, con la apariencia de racionalidad, una decisión arbitraria. Por lo tanto, el juez requiere de una previa interacción con el perito, las partes y demás elementos del proceso para acertar mejor en la decisión judicial, con su participación activa en la admisión y en los interrogatorios.

1.3. Valoración del perito de parte

Es necesario precisar que cuando el legislador establece sistemas de producción de medios de prueba también, explícita o implícitamente, termina por establecer un sesgo institucional y, por ende, parámetros de autoridad de valoración de los mismos. Al respecto el Código de Procedimiento Penal colombiano trasplantó un sistema de perito adversarial en su versión más extrema ya que contiene la prohibición de la prueba de oficio; por lo que es necesario problematizar este sistema de producción de la prueba pericial para tener en cuenta un contexto procesal favorable y un régimen tendencialmente holístico de actividad probatoria.

De conformidad con el CPP/2004 el servicio de peritos lo cumplen los “expertos de la policía judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidades públicas o privadas, y particulares especializados en la materia de que se trate” (art. 406). Es de anotar que tanto la Policía Judicial⁴ como el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses hacen parte de la estructura administrativa de la Fiscalía General de la Nación (art. 27 transitorio de la Constitución Política); por lo tanto, estos organismos y sus peritos no solo son terceros sino que adicionalmente son dependientes del órgano de la acusación. Por lo tanto, el perito de parte admite en nuestra legislación, la cualidad adicional de la dependencia administrativa, laboral o de otro orden con la parte procesal. Aspecto que a la luz de la experiencia de la vida genera cuestionamientos para la credibilidad del perito, pero que al

4 De conformidad con el artículo 27 transitorio de la Constitución Política el Cuerpo Técnico de Policía Judicial pasa a la estructura de la Fiscalía General de la Nación; en igual sentido, ver Ley 138 de 2004 y el Decreto 016/2014 que parcialmente la deroga. Con respecto a las demás autoridades que cumplen funciones de Policía Judicial, la Fiscalía General de la Nación tiene la atribución de dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial (artículos 114-5, 117 y 200 del Código de Procedimiento Penal de 2004).

momento de la valoración de la prueba se tiene la tendencia a ser encubiertas o minimizadas por la autoridad del legislador; lo que se constituye en un sesgo institucional del conocimiento y el perito.

Por su lado, el acusado tiene legislativamente la posibilidad de tener sus peritos de confianza, no obstante, en Colombia esto no deja de ser una quimera por la imposibilidad económica para el pago de los mismos. Las posibilidades reales de peritos para el acusado son los que le dispense la Defensoría del Pueblo o los que le designen las mismas instituciones adscritas a la Fiscalía. Por lo tanto, los acusados en Colombia solo tienen acceso real a peritos que “no son de su confianza” (Defensoría del Pueblo) o a los “que son de su desconfianza” (los de la Fiscalía), y solo excepcionalmente a los de “su confianza” (si los puede pagar). Así, el sesgo institucional juega a favor del órgano de la acusación pero va contra el acusado. En este aspecto, la desigualdad en el ejercicio del derecho constitucional a probar es abrumadora en Colombia.

Hay que anotar que el CPP/2004 rompió con la vieja tradición colombiana, que también, en gran medida, lo es de la romano-germánica, de concebir la prueba pericial como encargo del juez, en el que el perito, los condicionamientos de la realización de la experticia y los informes eran estrictamente controlados por el juez; y el papel de las partes era más bien marginal, ya que se limitaba a solicitarlo del juez y luego a contradecirlo, con una carga argumentativa y probatoria muy alta por la exigencia de la demostración del error grave. Además de la tendencia general a considerar el dictamen pericial como un elemento de la integración del conocimiento del juez sobre las máximas de experiencia para la determinación de los hechos. Este modelo tenía dos grandes inconvenientes: afectaba el derecho constitucional a la prueba por las partes, y permitía introducir el conocimiento privado del juez como base de la decisión del mismo. El derecho a la prueba se afecta con el denominado sesgo cognitivo en que incurren estos dictámenes, consistente en que a la parte se le cercena la libertad de prueba, entendida como libertad de objeto y de medio, pues quien finalmente determina el tipo de conocimiento (objeto) y el perfil del perito (medio) es el mismo juez.

El perito de parte (con la salvedad que se hizo para los peritos del acusado) facilita superar este tipo sesgo cognitivo ya que la misma parte escoge el perito, lo contrata y le pone el objeto de conocimiento; y en esta libertad de escogencia y selección de perito y conocimiento tiene la posibilidad de acceder al conocimiento experto que apunte su pretensión procesal. Para contradecir el dictamen tampoco hay que demostrar el error grave. No obstante, también

existen reparos del perito de parte (Nmookin, 2008), ya que implica el denominado por Dwyer (2008, p. 177) “sesgo estructural” por el hecho de la libertad de la parte de nombrar su perito. Por su parte Kaye *et al* (2011) se refieren a los sesgos adversariales que surgen por la tendencia de los peritos de promover la causa de una de las partes y se manifiestan de manera consciente, o inconsciente, o por selección. El sesgo consciente se produce con el pago que hacen las partes y genera en los peritos la tendencia a adaptar sus dictámenes a las necesidades del abogado que los contrata; en este sentido, los peritos son vistos como “mercenarios, prostitutas, o pistoleros a sueldo, testigos carentes de principios que venden su opinión al mejor postor” (pp.17-18). Al respecto se documentan innumerables casos de peritos famosos por haber cometido perjurio en diversos casos judiciales y se reportan varios casos de algunos laboratorios que fueron sancionados en muchos lugares de Estados Unidos por tener peritos incompetentes y señalados frecuentemente por tal delito (Kaye *et al*, 2011, pp. 21-23).

Por su parte, el sesgo inconsciente lo describió Sir George Jessel (como se citó en Kaye *et al*, 2011) hace más de un siglo: “existe un sesgo natural para hacer algo útil por los que te emplean y remuneran adecuadamente” (pp. 23-24). En las investigaciones penales, los sesgos resultan de la estrecha relación entre peritos forenses y la Policía y la Fiscalía, y el hecho de que los peritos forenses con frecuencia saben de antemano lo que esperan los investigadores encontrar y con frecuencia tienen acceso a información no forense del caso. También, a menudo, los abogados convierten a los expertos en una parte integral del equipo; es un proceso que se ha denominado “cultivo”. “A medida que el perito prepara el caso y se compromete en este, él se inclinará cada vez más, aunque inconscientemente, hacia la parte que lo contrató, perderá un cierto grado de objetividad, e inclinará su testimonio a favor de esa parte” (Kaye *et al*, 2011, p. 25).

Sobre el sesgo de selección observa Kaye *et al* (2011) que existe la tendencia de los expertos honestos e imparciales que abandonan el litigio en mayor medida que los peritos con menos escrúpulos; esta auto-selección sesga la fuente de posibles peritos. Los abogados eligen a los peritos por su conducta persuasiva y eficaz como por sus muchas habilidades y conocimiento en el área de pericia en cuestión, así la tendencia manifiesta es a seleccionar peritos que tengan un carácter más de defensores de parte que educadores del juez. Dado este sistema de selección lo usual en los procesos judiciales es que el conocimiento que se allega por los peritos no es el de una “opinión profesional justa” sino, más bien, “una opinión excepcional” de cada una de las partes (pp. 24-28).

El Código General del Proceso (Ley 1.564/2012) tiene algunas reglas aplicables a los casos penales que pueden ayudar al juez penal a aminorar los efectos de los sesgos adversariales y que son aplicables tanto en el momento de decidir sobre la admisibilidad del perito como en la valoración. Algunas de estas reglas son la de exigirle al perito “La lista de publicaciones relacionadas con la materia del peritaje que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere” (Ord. 4 del art. 226 del Código General del Proceso). “La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años”, incluido el juzgado o despacho en el que se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados y la materia sobre la cual versó el dictamen (Ord. 5 del art. 226 del Código General del Proceso). “Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado” (Ord. 6 del art. 226 del Código General del Proceso). “Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación” (Ord. 8 del art. 226 del Código General del Proceso). “Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación” (Ord. 9 del art. 226 del Código General del Proceso).

Estas reglas permiten controlar la coherencia del perito de lo que declara en sus dictámenes con respecto a su pensamiento expresado en artículos de revistas o en otros procesos o con lo que hace habitualmente en el ejercicio de su profesión. Se puede controlar el tipo de relación que tiene el perito con el abogado y la parte misma. Aspectos estos que ayudan no solo en los interrogatorios sino también en la valoración de la fiabilidad de las técnicas o instrumentos utilizados por el perito, como también la confiabilidad que tenga como persona.

De lo anterior se infiere que tanto la modalidad del perito a cargo de juez como el perito de parte tienen inconvenientes por los sesgos en que incurrir en la producción del conocimiento experto para el proceso. Un posible efecto del sistema de peritos es potenciar la aparición de dictámenes contradictorios sobre una misma materia. En este artículo lo que se propone es profundizar en el modelo procesal con componentes holísticos en el que el juez lego tenga herramientas de control desde la admisión de la prueba, pasando por los interrogatorios e, incluso, la posibilidad de nombrar un perito de su confianza

que se someta a las reglas procesales comunes para que declare en el proceso y ayude al juez a comprender adecuadamente el conocimiento experto. En este mismo sentido, como dice Vásquez (2014), el conocimiento experto que ingresa al proceso debe garantizar la “publicización o socialización del proceso como función pública” para no dejar en manos de las partes de manera exclusiva la calidad de ese conocimiento (p. 82).

1.4. Algunos efectos de la concepción de la prueba pericial como auxiliar de la decisión del juez

Detrás de la concepción de la prueba pericial como auxiliar de la decisión del juez se encuentra la idea de la valoración probatoria como estado mental del juez de convencimiento o de persuasión; estado en el que el conocimiento experto adquiere un estatus de irrefutable e infalible, que lleva a dos tipos de inconvenientes en la prueba pericial: *peritis in arte credendu* (falacia de autoridad) y el *judex peritus peritorum* (juez perito de peritos)⁵.

De un lado, la falacia de la autoridad se relaciona con la interacción entre el juez y el perito en cuanto a las esferas de dominio que tiene éste en sus razonamientos a partir de los hallazgos de sus exámenes periciales y la de aquél en su valoración probatoria en la decisión judicial. La falacia de la autoridad (*argumentum ad verecundiam*) consiste en que el juez toma como indiscutible el juicio del perito en función de su reputación o posición social o institucional; se manifiesta entre otras cosas mediante un razonamiento inferencial inválido por el perito cuando él mismo llega a las conclusiones que el juez debió realizar; y, en última instancia, como realiza inferencias de carácter concluyente que actúan más motivados por razones de tipo institucional o de carácter social que por develar la verdad. Lo correcto es que el perito sea una “autoridad teórica” (Vásquez, 2014) que cumpla su tarea de enseñar el conocimiento para el proceso, que brinde los elementos necesarios para que el juez comprenda las distintas opciones y realice sus propias inferencias y establezca sus conclusiones. Como ejemplo de la problemática de las esferas de actuación del perito y el juez se encuentra la denominada pericia determinante que también se denomina “cuestiones definitivas de hecho” (Kaye *et al*, 2011, p. 42), en las que el perito invade la esfera del juez o se confunden con la función de la defensa;

5 Para profundizar más sobre el significado de estos términos ver Pérez (2007, pp. 27-29)

son eventos en los que la pericia determina la premisa menor del razonamiento judicial⁶.

También ilustra esta problemática lo que denominan Saks & Koehler (2008, pp. 205-206) la falacia de la individualización, consistente en concederle a un objeto una única categoría, esto es, una singularidad única; implica especificidad o identidad absolutas. En las armas de fuego se expresa esta falacia cuando el perito establece la identificación del arma con la exclusión de otras armas en el mundo; es lo mismo que ocurre con la identificación de las marcas de herramientas, o las huellas dactilares, o marcas de la mordida, o identificación de la escritura, huellas de zapatos, o marcas de llantas etc. El problema de la falacia de la individualización es que con el lenguaje perentorio y absoluto no solo el juez se ve relevado de cumplir su función de valoración probatoria sino que produce un estancamiento en las ciencias forenses, en la medida en que se libra de la necesidad de obtener pruebas científicas y técnicamente validadas con estudios poblacionales, o de materiales, o de diversas huellas como las dactilares, o las de marcas de herramientas, o de los zapatos de manera más rigurosa. En términos de Gascón (2012, p. 105), con el paradigma de la individualización el resultado de una prueba científica habla en los términos en que el juez necesita pronunciarse; cohibe o suple los términos en que se debe expresar el raciocinio del juez.

De otro lado, la problemática del juez *peritus peritorum* se constituye en una infracción a la prohibición del conocimiento privado del juez como prueba en la valoración; en términos del CPP/2004 (art. 381) el conocimiento para condenar solo puede estar “fundado en las pruebas debatidas en el juicio”. Hay que aclarar que lo prohibido es que el juez se convierta en medio de prueba (testigo o perito), y que ponga en su decisión lo que sabe en forma privada de los hechos o del conocimiento experto. Pero también hay que precisar que cuando el juez hace inferencias a partir de las pruebas es imprescindible que use su conocimiento privado en forma de “máximas de experiencia” para justificar la aceptación del contenido testimonial; no obstante, no puede integrar

⁶ A manera de ejemplo, en un juicio de responsabilidad médica por negligencia, el dictamen establece la negligencia del acusado; o el dictamen del agente policial que a partir de su conocimiento práctico de las bandas criminales establece el rol del acusado; o el dictamen determina que con el arma del acusado se cometió el crimen en virtud de la uniprocedencia de los proyectiles analizados. Este tipo de dictámenes se basan solo en la autoridad y potencialmente producen indefensión para la contraparte ya que dificultan la contrapueba. Así mismo, Kaye *et al* (2011) mencionan que los mismos se pueden inadmitir con las reglas que excluyen pruebas por su inutilidad o pérdida de tiempo.

motu proprio el conocimiento científico ya que este solo ingresa al proceso como medio de prueba. En efecto, como lo advierte Vásquez (2014, p. 287) el conocimiento experto se encuentra alejado de la experiencia del juzgador, por lo tanto, es inaceptable que sea el juzgador mismo el que incorpore en su decisión la experiencia científica para decidir⁷.

En los eventos de prueba determinante o de la falacia de la individualización se trata de dictámenes que van en contravía de la caracterización que se tiene de las ciencias y las técnicas en la actualidad, como falibles y probabilísticas (Saks & Koehler, 2008, pp. 218-219), y dado lo infundadas que resultan el juez, con las herramientas que implica el esquema procesal, puede controlar la admisibilidad de la prueba, bien rechazándolas o condicionando su admisibilidad a que el perito omita entrometerse en la función del juez, y que el lenguaje usado dé cuenta de las probabilidades de confirmación como también de posible error, para evitar confusión en el juez en el momento de la valoración. La falacia del *judex peritus peritorum* también se controla desde la admisión de la prueba, pasando por los interrogatorios. Se puede evitar con la prueba de oficio, aunque no es una solución suficiente (Mnookin, 2008), o con la nulidad procesal, pues en más de las veces, tal situación de necesidad de suplir el conocimiento experto por el juez es indicadora de desequilibrio procesal. Es preferible la prueba de oficio o la nulidad procesal al desequilibrio que genera la suplantación del perito por el juez.

2. Sobre los parámetros de valoración de la prueba pericial

Ya se ha mencionado antes que la legislación usualmente establece criterios o parámetros para la valoración de la prueba pericial. A continuación se tratará de problematizar los que menciona el CPP/2004, teniendo presente que algunos

7 Un ejemplo de un caso en el que la Corte Suprema de Justicia (sentencia de Casación Penal del 7 de marzo de 2002, Radicado 14043) incurre en la falacia *judex peritus peritorum* es el de una mujer condenada por homicidio de su hija recién nacida, en el que esa Corte, a partir del mismo dictamen médico-legal cuestionado con la casación, estableció que los razonamientos que hizo el perito con base en los hallazgos clínicos que concluían que el *nasciturus* fue objeto de homicidio, eran errados a la luz de la ciencia médica; luego la Corte procedió a realizar sus propias inferencias a partir de los mismos hallazgos clínicos y con base en el conocimiento adquirido *motu proprio* en la literatura médico-legal, extrajo la conclusión contraria, es decir, la muerte del *nasciturus* tuvo causas naturales.

de ellos vienen como requisitos o condiciones de admisibilidad, pero que por su contenido también son importantes para el momento de la valoración.

Ahora bien, sobre cómo deben entenderse los criterios o parámetros regulados legalmente de fiabilidad de la ciencia, la técnica, el arte, o lo práctico como es el caso de los que se refieren a lo moral o a lo profesional, o a la conducta procesal del perito ante los interrogatorios, o a la coherencia interna del dictamen es algo que no puede tomarse como tasación probatoria (Planchadell, 2013), ni tampoco puede pregonarse de ellos que se trate de parámetros objetivos que tengan la capacidad de establecer con certeza lo fiable o lo infundado del conocimiento experto. Estos criterios se pueden entender mejor como concretizaciones de otras fórmulas generales como la sana crítica, el libre convencimiento o el prudente arbitrio y sirven de límite al juzgador a fin de que sus inferencias o razonamientos no violen la lógica, las máximas de experiencia o el razonamiento práctico (Igartua, 2007) y cumplen la función de aportar indicadores o razones positivas que hagan razonable aceptar el contenido de un dictamen pericial (Vásquez, 2014). En este contexto hay que tomar la libertad de valoración probatoria en un sentido negativo, es decir, solo como ausencia de tasación probatoria (Gascón, 1999), ya que debe sujetarse a criterios o parámetros de sana crítica o del razonamiento práctico.

Existen múltiples criterios de valoración probatoria, algunos están referidos al perito como profesional o como persona, otros a su comportamiento procesal en los interrogatorios; también se encuentran los relacionados con la fiabilidad de la prueba pericial, algunos de ellos alusivos a las pruebas científicas o técnicas, y otros más de carácter general para cualquier tipo de prueba. Los criterios de fiabilidad también pueden regularse como parámetros de admisibilidad de la prueba pericial, y desde luego, servirán como criterios para los sujetos procesales para el control de los interrogatorios a los peritos. El uso de los parámetros para efectos de la admisibilidad de la prueba pericial por la legislación procesal puede tener consecuencias jurídicas de rechazo o exclusión probatoria.

El CPP/2004 trasplanta de la tradición estadounidense dos tipos de reglas de la admisibilidad de carácter intrínseco o cognitivo de las pruebas: las relacionadas con la relevancia (pertinencia cognitiva) y las que regulan la fiabilidad de las pruebas científicas o técnicas. La exigencia de la pertinencia cognitiva se toma en gran medida de la FRE 401; en cambio, los factores de admisibilidad de la prueba científica o técnica se inspiran en la jurisprudencia Daubert.

La exigencia de la pertinencia en el CPP/2004 comprende dos aspectos, uno fáctico y otro cognitivo. Puede hablarse de pertinencia en sentido fáctico cuando el Código establece que “el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado” (art. 375). Es fáctico o formal porque solo enjuicia la consonancia o congruencia de los hechos del tema de prueba con respecto a los hechos objeto de la decisión en la sentencia; en otras palabras, que la prueba tenga como objeto los supuestos de hecho de las normas sustanciales que serán objeto de decisión en la sentencia. Se puede hablar de pertinencia cognitiva de la prueba “cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito” (art. 375).

Se habla de pertinencia cognitiva porque se refiere a la idoneidad o aptitud para establecer los hechos⁸. Esta regla tiene dos contenidos inescindibles, el uno se refiere al medio del conocimiento y el otro al órgano del conocimiento (perito o testigo). El primer contenido es similar al del literal (a) de la estadounidense FRE 401⁹, pero se advierte que el segundo, sobre la fiabilidad del órgano de prueba, no lo contiene la normatividad estadounidense, lo que es cuestionado por Kaye *et al* (2011) en el caso de la prueba pericial ya que hablar de “la teoría o del resultado de la pericia es inescindible el análisis de la fiabilidad del perito”. Según Vásquez (2014) la relevancia es “el criterio básico a considerar para que una determinada información forme parte de los elementos de prueba que pueden probar una proposición fáctica” (p. 11).

La tesis que se propone en este artículo es que la inadmisión de la prueba por razones de su pertinencia cognitiva (relevancia) tiene eficacia o aplicación en los sistemas como el colombiano en el que el mismo juez funcionario que determina sobre el derecho también lo hace sobre los hechos ya que permite, por razones de utilidad o economía procesal, el rechazo de pruebas infundadas como las basadas, según ejemplifica Haack (2014, p. 30), en creencias como la

8 Este concepto de pertinencia tiene alguna similitud con el criterio de valoración de la “significación probatoria” de todo medio de prueba (testimonial, pericial, documental etc.) que propone de Devis (1995, pp. 97, 491, 526-527) y que le da el carácter de requisito de existencia de tal manera que sin el cumplimiento del mismo no puede hablarse siquiera de prueba.

9 La FRE 401 dice: “La prueba es pertinente si: (a) tiene la tendencia a hacer que un hecho sea más o menos probable de lo que sería sin la prueba; y (b) el hecho es trascendente en la determinación de la acción”.

astrología, en las que a partir del movimiento de los astros en la fecha y hora del nacimiento busca establecer el carácter de la persona; o la creencia que se tiene a partir de la llamada grafopsicología en la que a partir de las formas de las graffias se podría determinar si una persona es o no confiable en su personalidad (Haack, 2004, p. 46). La relevancia es un criterio de inadmisión en casos que se propongan “pruebas de la prueba” como, a veces ocurre, cuando por medio de pruebas periciales se busca determinar la posible credibilidad o mendacidad de un testigo, o solo para establecer la fiabilidad de un método, instrumento o una técnica forense; o la prueba psicológica o testimonial sobre la conducta sexual de una mujer presuntamente víctima de violación carnal para efectos de establecer si en su vida suele o no dar el consentimiento para el acto sexual, para determinar que en el caso presente se lo concedió al acusado¹⁰.

Además del condicionamiento de la relevancia, el CPP/2004 prescribe que “toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos: a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento” (art. 376). Los dos primeros criterios de admisibilidad son novedosos para la tradición jurídica colombiana y son inspiración de la FRE 40311. Precisamente, la dilación y los riesgos de confusión y de perjuicio indebido hacen que sea viable que el juez, en los casos en que dude sobre la admisión de prueba, pueda recurrir a la admisión condicionada a fin de que el perito demuestre argumentativamente o mediante datos o documentos su credibilidad como persona o profesional o que exprese los signos de fiabilidad de su conocimiento experto. En este sentido, las exigencias del art. 226 del Código General del Proceso son aplicables como legislación supletoria y, por lo tanto, el juez podrá exigirle al perito, so pena de inadmisión, que dé cuenta de otros dictámenes que haya realizado en otros procesos, que especifique las relaciones con las partes o los abogados e informe sobre las técnicas o instrumentos utilizados

10 Al respecto, mencionan Kaye *et al* (2011, pp. 65-66) que en la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses se tiene como regla tradicional la prohibición de la prueba psiquiátrica o psicológica de establecer si un testigo está diciendo la verdad o tiene la tendencia a mentir ya que se trata de una prueba por lo general inútil y confunde al juzgador y está sujeta a las modas y falacias que suele aparecer en la comunidad psiquiátrica; advierte no obstante, que esta regla solo debe aplicarse mientras no se desarrollen métodos válidos y fiables para el diagnóstico de la veracidad.

11 Regla 403. “El tribunal puede excluir prueba pertinente si su valor probatorio es sustancialmente superado por uno o más de los siguientes riesgos: perjuicio indebido, confusión de temas, inducir a error al Jurado, dilaciones indebidas, perder el tiempo o presentación innecesaria de prueba acumulada”.

en el ámbito profesional etc., con el fin de que el juez adquiriera mejores signos de fiabilidad para valorar la prueba en los casos de dictámenes contradictorios y evitar el riesgo de que el conocimiento sesgado o engañoso se constituya en la base de su decisión. Desde luego, también el juez puede exigirle al perito que a condición de admisibilidad de la prueba le facilite datos o documentos relacionados con los parámetros de la base de opinión pericial de que trata el art. 422 CPP/2004.

A los requisitos de admisibilidad de la prueba científica el CPP/2004 (art. 422) se refiere concretamente a “aspectos noveles del conocimiento” de la “base científica o técnica” de la prueba propuesta; de esta normatividad se infiere que al momento de la admisión no se hace una valoración integral de la prueba pericial si no de algunos de sus componentes. Menciona este código que para efectos de su admisibilidad la prueba pericial debe presentarse precedida de un escrito en el que se exprese la base de opinión (Art. 415). Prescribe también que para la admisibilidad de la base científica o técnica de los “aspectos noveles del conocimiento” debe cumplir al menos uno de los siguientes condicionamientos: que “goce de aceptabilidad en la comunidad académica” o que la “teoría o técnica subyacente” “haya sido o pueda llegar a ser verificada” o que “haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica”; o que en el caso de la “técnica científica” “se haya acreditado el nivel de confiabilidad” (art. 422 CPP/2004).

Se advierte que estos parámetros tienen dificultades en cuanto a la indeterminación semántica de sus contenidos. Por ejemplo, ¿qué es comunidad “académica”? ¿Qué pasa cuando se trata de técnicas que solo tienen aplicación en el campo pericial y no hay académicos sino profesionales? ¿La comunidad se reduce a quienes conocen las técnicas de esas pruebas o al académico que enuncia principios científicos generales? ¿La teoría o técnica verificada refiere que esta ha sido aplicada anteriormente o la que ha sido estandarizada? En la realidad si se aplicara esta legislación en sentido literal solo muy rara vez se podría rechazar un conocimiento infundado. Se propone al respecto que el juez condicione la admisión de la prueba para que la parte o el perito allegue, lo que denomina el art. 423 CPP/2004 como “evidencia demostrativa”, los datos o argumentos que se constituyan en signos de fiabilidad de la prueba¹², bien basados en estos u otros parámetros, de tal manera de que si el juez admite la prueba en virtud del principio *pro favor*

12 La jurisprudencia Daubert establece que la parte interesada en la prueba pericial tiene la carga de demostrar su fiabilidad (Faigman, Saks, Sanders & Cheng, 2009, p. 18).

pabatione (Picó, 1996, p. 71) tenga mejores criterios para el momento de la valoración.

Desde luego, también se fundamenta la exigencia de fiabilidad de este tipo de pruebas en la economía procesal por la pérdida de recursos que implica la actividad procesal con pruebas infundadas o saberes basura. Es evidente que en el caso colombiano el argumento del paternalismo epistémico no es aplicable pero los factores de fiabilidad sí pueden justificar un juez *gatekeeper* en nuestro sistema procesal si los mismos se entienden en su función de proteger el proceso de la pérdida de tiempo o de recursos, o de confusión siempre que tales factores no afecten el derecho constitucional a la prueba, y que si se aplican a una situación especial el juez cumpla con la carga de motivar no solo con lo infundado del conocimiento aisladamente considerado sino que lo haga en combinación de los demás datos o elementos que disponga el juez en un caso concreto.

Ahora bien, esto lleva a enfocarse en el problema de los criterios de la científicidad del conocimiento y su diferencia con otros saberes especializados, lo que en la filosofía de la ciencia se le conoce como el “problema de la demarcación” (Haack, 2005; Vásquez, 2014), esto es, el problema de establecer un límite para distinguir lo científico de lo que no lo es; según Vásquez (2014, pp. 89-91), tradicionalmente la demarcación supone identificar aquello que caracteriza a la ciencia frente a otros saberes para poder hablar de la superioridad epistémica de aquella; tarea que ha perdido importancia ya que las distinciones entre lo científico, lo técnico y lo práctico no son de cualidad sino más bien de cantidad. Incluso, en términos de Haack (2005), lo científico es solo una extensión del sentido común mediante instrumentos, técnicas o herramientas, ni siquiera el método los pueda demarcar. Precisamente este problema de la científicidad ha sido debatido en los casos de la trilogía Daubert de la jurisprudencia estadounidense, y puede decirse que existe una diferencia importante con el tratamiento del tema en la legislación colombiana, ya que el art. 422 le da un trato especial al conocimiento científico y técnico, y tal jurisprudencia ha abandonado tales distinciones en el caso Kumho.

La jurisprudencia del caso Kumho (de la trilogía Daubert) reconoce la inutilidad de establecer un listado de criterios para establecer la científicidad. El argumento central para descartar criterios fijos de científicidad es que el conocimiento que se usa en el derecho es muy concreto y es de aplicación por un agente del conocimiento que es el perito; por lo tanto, excluir la prueba por una esencia de científicidad es un ejercicio inocuo para el derecho,

lo realmente útil es mirar el conocimiento aplicado por un perito; ambos son el objeto de la evaluación (Vásquez, 2014). Por tanto, sea cual fuere el conocimiento especializado, bien que sea científico o práctico es indispensable evaluar las condiciones en las que se aplicó un determinado conocimiento al caso particular por parte de un perito con un perfil y unas características concretas.

Las caracterizaciones de lo técnico tampoco han sido completamente satisfactorias; al respecto mencionan Kaye *et al* (2011) que es usual que conocimientos técnicos o artísticos como la grafología o la dactiloscopia se presenten en los manuales y ante los tribunales con el carácter y el método científicos; Pérez (2010, p. 39) sostiene que los esfuerzos por diferenciar lo científico, lo técnico, lo artístico o lo práctico no se logran describir con base en cualidades de uno u otro saber porque lo usual es que la ciencia, en el proceso judicial, se manifieste en su vertiente aplicativa (la tecnología) y difícilmente se expresa mediante sus meras teorías; incluso, la prueba pericial es más una actividad fundamentalmente práctica en el sentido de que aplica teorías o técnicas a la realidad.

Ahora bien, como lo trae la legislación colombiana sobre la restricción de la evaluación de la base científica o técnica solo para el conocimiento novel, hay que advertir, con Kaye *et al* (2011, p. 431), que es un concepto que en realidad no es parte del caso de la jurisprudencia estadounidense conocido como Frye (tratado como antecedente la trilogía Daubert), ni tampoco de la trilogía Daubert; Frye solo se refiere a la prueba pericial que pertenece a la “zona gris” entre lo experimental y lo demostrable; por lo que ha sido un “error sorprendentemente generalizado” considerar que el alcance de los criterios de escrutinio sobre un conocimiento científico recae solo sobre las “nuevas” teorías o novedosos procedimientos científicos. Fuera de lo anterior, el concepto de lo “novel” es un “fruto estéril” y tiene poca o nula utilidad práctica. En efecto, en la práctica considerar la novedad sobre el momento puede ocurrir que una teoría podría habitar en la denominada “zona gris” entre lo experimental y lo demostrable durante muchos años antes de que sea definitivamente rechazada o ampliamente aceptada; incluso, como lo ha explicado Kuhn desde la filosofía de la ciencia, una teoría puede volverse un dogma científico o un paradigma científico hasta que sea derrocada y remplazada por una teoría mejor (p. 431). Por lo tanto, para establecer lo “novedoso”, el tiempo no resulta un buen criterio, ni tampoco lo es la aparición de una teoría que se toma como paradigmática en sus inicios pero que con el tiempo podría resultar parcial o totalmente infundada.

Adicionalmente, desde la Constitución Política resulta cuestionable restringir el estudio de la fiabilidad solo sobre la base científica o técnica del conocimiento novedoso ya que desde el derecho a probar es infundadamente discriminatorio que se excluya un conocimiento por lo novedoso ante lo subjetivo e indeterminado que resulta en la práctica de la ciencia, porque conllevaría a que el conocimiento infundado, que es novedoso, se excluya y que el tradicional se deba admitir. Desde el derecho constitucional a la prueba, el conocimiento infundado debe ser rechazado independientemente de su carácter antiguo o novedoso.

Conclusiones

- 1) El régimen procesal tendencialmente holístico para la valoración de la prueba pericial busca superar la concepción de la decisión del juez como un mero soliloquio en el momento de la sentencia ya que esto tendría como efecto una tendencia a una valoración potestativa. Para que la decisión judicial sea realmente racional y que por lo tanto, tenga bases empíricas y con juicios controlables basados en la experiencia de la vida, debe ser un producto de un contexto procesal en el que el juez recoja de los peritos los signos de lo fiable o de lo infundado de la prueba pericial. Se precisa que la valoración es un ejercicio propio de la sentencia, lo tendencialmente holístico es una exigencia de validez de tal acto procesal de la valoración en el sentido de que previamente el juez debió realizar una experimentación adecuada con los controles de admisibilidad, interrogatorios y sus intervenciones con sus poderes oficiosos (cuando sea posible jurídicamente y necesario en el caso concreto). También un régimen procesal de tendencia holística exige que el proceso judicial no puede tomarse por estancos o por actos aislados, sino que la producción del conocimiento para el proceso debe hacerse en actividades en las que el juez adquiera, a cada paso, signos de la calidad o de la idoneidad del mismo, y que la valoración en la sentencia sea un ejercicio en el que se plasme la debida asimilación y comprensión de ese conocimiento.
- 2) Este régimen procesal de tendencia holística es más posible en la legislación colombiana que en la estadounidense ya que las reglas trasplantadas de la jurisprudencia y normatividad de esta última se han fundido con reglas de la tradición colombiana. El híbrido resultante es que a la tradición de valorar racionalmente la prueba y de la obligación de motivación de la decisión se unen los parámetros de admisibilidad de la fiabilidad de la prueba pericial

y los interrogatorios en la práctica probatoria. En este sentido, se parte de interpretar nuestra legislación en cuanto a que la exigencia de parámetros de fiabilidad para la admisibilidad del conocimiento experto es constitucional en la medida en que favorece la calidad del conocimiento que ingresa al proceso y la garantía de la contradicción; lo injustificado desde el derecho constitucional a la prueba es restringir la exigencia de parámetros de fiabilidad en la admisibilidad solo al conocimiento científico o técnico y a lo novedoso del mismo. Por lo tanto, las reglas de la admisibilidad deben aplicarse a todo tipo de prueba pericial, bien científica, técnica, artística o práctica, independientemente de su novedad.

- 3) El contexto procesal es determinante en la valoración racional de la prueba pericial puesto que, cuando el legislador establece sistemas de producción de medios de prueba también, explícita o implícitamente, termina por imponer sesgos institucionales o parámetros de autoridad de valoración de los mismos. Precisamente es esto lo que ocurre con el sistema adversarial que trasplanta el CPP/2004 desde la normatividad estadounidense, pero con la diferencia que en esta última se autoriza la prueba de oficio. Se advierte que en la legislación vigente en Colombia existen dos herramientas que ayudan a mitigar los sesgos adversariales, de un lado, la posibilidad de los interrogatorios complementarios del juez y los criterios de admisibilidad del art. 226 del Código General del Proceso que son aplicables al proceso penal, por tratarse de legislación supletoria y porque tienen relación directa con la credibilidad del perito. No obstante, hay reglas que desfavorecen un régimen de tendencia holística: los preacuerdos o allanamientos, el principio de oportunidad, las excepciones a la intermediación, la prohibición de la prueba de oficio y la desigualdad que tiene el acusado para acceder al servicio de pruebas periciales, etc.
- 4) Sobre los criterios de valoración debe tenerse presente que, en última instancia, están referidos a la sana crítica o las máximas de experiencia y se entienden mejor como signos de lo fiable o infundado que puede resultar un dictamen en un caso en concreto. Estos signos de fiabilidad los puede experimentar el juez con los condicionamientos que ponga al perito o a la parte en el momento de la admisión de la prueba en el proceso o a los interrogatorios complementarios que realice al perito. Por cuanto la parte interesada con la pericia tiene la carga de demostrar con datos, o documentos, la fiabilidad del conocimiento y del perito que se pretenden hacer valer en el proceso, el juez puede condicionar la admisibilidad al cumplimiento de tal carga.

Agradecimientos

Especial agradecimiento con los profesores investigadores del proyecto “La prueba pericial: el sistema de valoración en el proceso penal colombiano”, en el que se enmarca este artículo como resultado de investigación), Alejandra Ortiz Fernández (estudiante de la Especialización en Derecho Procesal), Óscar Alberto García Arcila, Lina Estrada Jaramillo y Yeison Manco López (estudiante de la Maestría en Derecho), y con los estudiantes que participaron en la misma, Camilo González Estrada (estudiante en formación), Santiago Castro, Daniel Oswaldo Martínez, Liseth Pérez, David Ignacio Jaramillo, Diego Chávez y Viviana Osorio (estudiantes auxiliares de investigación). Algunos de ellos en función de la investigación han realizado sus trabajos de grado. Hay que destacar que constituimos un grupo de amigos para compartir reflexiones sobre las traducciones, los informes, los libros, los artículos, la sistematización mediante el Atlas Ti de la jurisprudencia... en fin, una experiencia enriquecedora en el acogedor espacio de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. ■

Referencias

- Coady, C. (1992). *Testimony, a philosophical study*. New York: Oxford University Press.
- Colombia, *Código de Procedimiento Penal*, Ley 906 de 2004.
- Devis, H. (1995). *Teoría General de la prueba judicial* (5ª ed., Vol. II). Bogotá: ABC.
- Dwyer, D. (2008). *The Judicial assessment of expert evidence*. Cambridge: Cambridge University.
- Faigman, D., Saks, M. J., Sanders, J., & Cheng, E. K. (2009). *Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony* (Vol. 1). s.l.: Thomson/West.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (P. A. Ibáñez, A. Ruiz, J. C. Bayón, J. Terradillos & R. Cantarero, trads.) Madrid: Trotta.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrater, J. (1994/2004). *Diccionario de Filosofía* (Vol. IV). Barcelona: Ariel.
- Gascón, M. (1999). *Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

- Gascón, M. (2012). *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Univesidad Externado de Colombia.
- Haack, S. (2004). Epistemology Legalized, or Truth, Justice and the American Way. *American Journal of Jurisprudence*, 49, 43-61. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=682642>
- Haack, S. (2005). Trial and Error: The Supreme Court's Philosophy of Science, Forthcoming; The Coronado Conference: Scientific Evidence and Public Policy. *American Journal of Public Health, Supplement 1*, 95(S1). Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=695341>
- Haack, S. (2014). *Evidence Matters, Science, Proof, and Truth in the law*. New York: Cambridge University Press.
- Igartua, J. (2007). Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas). *Diario La Ley, XXVIII* (6812), pp. 2-11.
- Kaye, D., Bernstein, D., & Mnookin, J. (2011). *The new Wigmore: A treatise on evidence: Expert evidence* (2ª ed.). Austin: Aspen Publishers.
- Lackey, J. (2006). It takes two to tango: beyond reductionism and non-reductionism in the epistemology of testimony. En J. Lackey & E. Sosa (eds.), *The Epistemology of Testimony* (pp. 160-189). Oxford: Oxford University Press.
- Lopez, M. (2008). *La pericial, guía práctica y jurisprudencial* (3ª ed.). Madrid: Colex.
- Machado, C. (1995). *Pericias*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- Mnookin, J. (2008). Expert Evidence, Partisanship, and Epistemic Competence. *Brooklyn Law School*, 73(3), 1008-1033. Recuperado de https://www.brooklaw.edu/~media/pdf/lawjournals/blr_pdf/blr_v73iii.pdf
- Orellana, M. (2005). *La traducción del inglés al castellano, guía para el traductor* (3ª ed.). Santiago de Chile, Chile: Editorial Universitaria.
- Pérez, J. (2010). *El conocimiento científico en el proceso civil: ciencia y tecnología en tela de juicio*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Picó, J. (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch.
- Planchadell, A. (2013). ¿Libre valoración de la prueba pericial? En C. A. Alvaro de Oliveira, I. Esparza, A. Planchadell, G. Gómez & L. Ruiz, *Teoría y dogmática del Derecho procesal* (pp. 79-103). Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Política-Universidad de Antioquia.

- Ruiz, L. (2010). La valoración racional de la prueba como derecho fundamental. En D. Ramírez, J. Picó, X. A. Lluch, J. Ferrer, B. P. Medina, & M. Bustamante, *La Prueba y la Decisión Judicial* (pp. 97-118). Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Saks, M. J., & Koehler, J. J. (2008). The Individualization Fallacy in Forensic Science Evidence. *Vanderbilt Law Review*, 61(1), 199-219. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1432516>
- Taruffo, M. (2008). *La prueba* (L. Manríquez y J. Ferrer, trads.). Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2012). *Teoría de la prueba*. Lima: Ara Editores.
- Vásquez, C. (2014). *La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación* (Tesis doctoral, Universitat de Girona, Dret Privado, Girona, España). Recuperado de <http://www.udg.edu/Default.aspx?tabid=4764>
- Ward, T. (2015). Law, Forensic Science and Epistemic Deference. *The Journal of Philosophy, Science & Law: Daubert Special Issue*, 15, 26-36. Recuperado de https://www.academia.edu/12595804/An_English_Daubert_Law_Forensic_Science_and_Epistemic_Deference.