



Freire Soares, Ricardo Maurício y Silva Barbosa, Charles. “La Constitución Española de 1978 y su ascendencia sobre la Constitución Brasileña de 1988: constitucionalismo social y valores superiores”. *Prospektiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 18, julio – diciembre 2018, pp. 83-96, ISSN 2007-8137

Valoración y admisibilidad de la prueba pericial-científica en materia penal: Entre medidas “paternalistas” y “colaboracionistas”

Assessment and admissibility of scientific-expert evidence in criminal matters: Between “paternalistic” and “collaborationist” measures

*Edgar Ramón Aguilera García**
*Víctor Alejandro Wong Meraz***

Recepción: 01/12/2019

Aceptación: 20/05/2020

RESUMEN

Luego de hacer una breve referencia 1) al cambio en la manera en que la prueba pericial-científica es concebida en el marco de un proceso acusatorio, y 2) a los problemas de sobrevaloración epistémica y semántica que en la práctica aquejan a esta clase de medios de prueba, los autores se centran en las cuestiones relativas a su admisibilidad.

Uno de los aspectos más debatidos al respecto consiste en decidir si, además de los filtros de relevancia y legalidad, se debe implementar un filtro de *admisibilidad científica* orientado a garantizar la entrada al proceso de información experta que haya superado un umbral mínimo de calidad. Este filtro adicional suele ser considerado una medida “paternalista” inadecuada; con mayor razón si son jueces profesionales (en lugar de un jurado) quienes deciden las cuestiones fácticas.

Los autores sostienen que una visión “colaboracionista”, fundada no en la desconfianza hacia el juzgador, sino en la mayor eficiencia y aprovechamiento de recursos que resulta de realizar una división apropiada de las tareas cognitivas subyacentes a la determinación tendencialmente verdadera de los hechos de un caso, le proporciona una justificación más

* Doctor en derecho por la UNAM, adscrito al Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública, UAEM; Profesor Visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona. E-mail: edgaraguilera50@hotmail.com

** Doctor en derecho por la UNAM, adscrito al Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública, UAEM.



Freire Soares, Ricardo Maurício y Silva Barbosa, Charles. “La Constitución Española de 1978 y su ascendencia sobre la Constitución Brasileña de 1988: constitucionalismo social y valores superiores”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 18, julio – diciembre 2018, pp. 83-96, ISSN 2007-8137

robusta a la inclusión del filtro adicional de admisibilidad, cuyo principal beneficio es blindar al proceso de la llamada “ciencia basura” (o “junk science”).

Palabras Clave: prueba pericial-científica; valoración de la prueba pericial-científica; admisibilidad de la prueba pericial-científica; paternalismo; colaboracionismo.

ABSTRACT

After a brief reference to the change in the way the expert-scientific evidence is perceived in the framework of an accusatory process and to the problems of overrating the epistemic and semantic that in practice afflicts this kind of evidence, this is why the authors focus on issues of admissibility.

One of the most debated aspects is to decide that in addition to the relevant and legality filters a scientific admissibility filter must be implemented to guarantee the input to the expert information process that has exceeded a minimum threshold of quality. This additional filter often considers an inappropriate "paternalistic" measure, especially if they are professional judges (instead of a jury) who decide the factual issues.

The authors maintain that a "collaborationist" vision provides a robust justification for the inclusion of the additional admissibility filter. Not based on the distrust of the judge but in the higher efficiency and use of resources resulting from performing an appropriate division of the underlying cognitive tasks to the accurate determination of the facts in which the main benefit is to shield the process from the so-called junk science.

Keywords: expert-scientific evidence; assessment of the scientific-expert evidence; admissibility of scientific-expert evidence; paternalism; collaborationism.

INTRODUCCIÓN: EL TRÁNSITO DE UN PROCESO PENAL INQUISITIVO A UNO ACUSATORIO: IMPLICACIONES PARA LA PRUEBA PERICIAL

Como ha ocurrido en muchos países de Latinoamérica desde aproximadamente mediados del siglo XX, en México, el proceso penal inquisitivo ha quedado en el pasado, al menos en el



papel¹. Gracias a la famosa reforma constitucional de 2008², actualmente se cuenta con uno de corte acusatorio (adversarial y oral). Esa evolución ha traído consigo, entre muchos otros, un cambio fundamental en la forma en que se concibe a la prueba pericial (no sólo en México, sino, en principio, dondequiera que se haya transitado a esta manera de impartir justicia en materia penal, la cual es incluso defendida como la más congruente con un Estado constitucional y democrático de derecho³). Para resaltar los aspectos más significativos de esa nueva concepción, nos valdremos a continuación de las reflexiones que el Profesor Duce (2011, pp. 62-65) realiza al respecto:

De acuerdo con el autor en comento, en el antiguo sistema, a los peritos se les concebía esencialmente como auxiliares de la administración de justicia, cuyas labores de asesoría estaban exclusivamente al servicio de las necesidades de conocimiento del juez. Era éste quien, apoyado en algún precepto normativo que ordenaba la consulta de una opinión experta en ciertos supuestos, o bien, con base en su propia apreciación discrecional, se encargaba de designar al perito de su confianza. Dicho perito podía provenir de alguna institución o

¹ Decimos “al menos en el papel” toda vez que los escasos, pero muy importantes estudios empíricos que se han realizado al respecto dan cuenta de la todavía recurrente presencia de las prácticas inquisitivas más nocivas, tales como el uso de la tortura para extraer confesiones, la siembra de pruebas, la manipulación de la escena del crimen, la escasa capacidad de investigación, etc. (Amnistía Internacional, 2015; 2014; Azaola, et. al. 2009; Magaloni, 2009; Pérez-Correa, 2010; 2008). Con respecto a la escasa capacidad de investigación, particularmente en el Estado de México, el estudio realizado por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) y por México Evalúa, Centro de Análisis y Políticas Públicas A.C., publicado en el año 2016, es contundente al observar que “... en términos generales, *la investigación de la fiscalía parece ser una actividad esencialmente administrativa* porque los casos que reciben los fiscales son, en su gran mayoría, de flagrancia (91.7%). En estos casos, *la actuación del fiscal se puede reducir a no cometer grandes errores*, ya que si se desahogan las diligencias necesarias es altamente probable la obtención de una sentencia condenatoria, ya sea porque *el imputado acepta su culpabilidad optando por el procedimiento abreviado* (61% del total de casos) o porque los casos que llegan a juicio oral *terminan en su gran mayoría en una sentencia condenatoria por todos los hechos acusados* (86.1%). *Los fiscales pueden convertirse así en meros cuidadores del proceso penal, pues la culpabilidad ya fue establecida por la policía con el mismo formato del sistema inquisitivo: flagrancia, testimonios-peritajes y auto de vinculación a proceso*” (Énfasis añadido) (Fondevila, 2016, p. 29).

² Nótese lo tarde que hemos llegado a la cita de la renovación de nuestro sistema de impartición de justicia penal.

³ El encumbramiento del proceso acusatorio y de la alta dosis de garantismo que lo acompaña es tal, que casi cualquier comentario en el que se asome algún tipo de crítica, por mínima que sea, es considerado una herejía, una blasfemia que no puede provenir sino de un abierto, cínico y activo defensor del antimodelo representado por el proceso inquisitivo, a quien no le importa sacrificar cantidades ingentes de ciudadanos materialmente inocentes, quienes, no obstante y de forma abundante, son erróneamente condenados bajo este régimen procesal en pos de la mano dura contra cualquier sospechoso y de doctrinas como la de la prevención general; o bien, de un trasnochado cavernícola a quien los últimos siglos de reflexión jurídico-penal (al menos desde la Ilustración) le han pasado desapercibidos, de tal suerte que simplemente no se entera de, o es indiferente a, los ríos de tinta y, sobre todo, de sangre e injusticias que nos ha costado humanizar paulatinamente la impartición de justicia.



Freire Soares, Ricardo Maurício y Silva Barbosa, Charles. “La Constitución Española de 1978 y su ascendencia sobre la Constitución Brasileña de 1988: constitucionalismo social y valores superiores”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 18, julio – diciembre 2018, pp. 83-96, ISSN 2007-8137

dependencia pública (o privada), o de cierta lista oficial previamente establecida para tales efectos.

Por su parte, la valoración de la prueba pericial estaba sujeta a la lógica del *sistema tasado* (que contemplaba disposiciones del tipo “se estará a lo que dos peritos concluyan de forma coincidente, o a lo que un tercero opine en caso de conflicto entre aquellos”). Así mismo, en congruencia con la exaltación de lo escrito (propia del sistema inquisitivo), la práctica de la prueba consistía básicamente en la entrega de cierto documento por parte del perito: el llamado “informe pericial”.

En contraste con lo anterior, en un sistema acusatorio son las partes las que deciden introducir o no al proceso judicial las opiniones de los expertos, quienes ahora ya no están, por así decirlo, al servicio del juez, sino, en términos generales, al servicio de las necesidades de fundamentación probatoria de las teorías del caso propuestas por el fiscal y la defensa. En esta línea, es característico del proceso acusatorio que cualquier persona pueda ser propuesta por las partes con la intención de que las declaraciones que con base en su pericia pueda realizar, sean admitidas en el juicio oral; claro, siempre que la persona de que se trate esté en condiciones de acreditar que tiene la experiencia necesaria y que posee los conocimientos especializados propios de alguna ciencia, arte o profesión, relevantes para abordar alguna(s) de las cuestiones que se ventilan en el asunto concreto.

En lo que respecta a la valoración de la prueba pericial, como ocurre (o debe ocurrir) con las demás pruebas, en el marco del proceso acusatorio el juzgador debe asignarle, no el peso predeterminado que el legislador haya previsto de forma abstracta para esa clase de medio de prueba, sino el que corresponda atribuirle a la específica prueba pericial aportada y practicada, con base en la consideración de las reglas de la lógica, la sana crítica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, pues esto es propio del sistema de *libre valoración* que, en un modelo acusatorio, sustituye al sistema tasado.

Por último, el cambio más radical lo representa la *práctica* de la prueba pericial, pues como también debe ocurrir con los tipos de prueba restantes, la práctica o desahogo de esta prueba en el proceso acusatorio tiene que darse normalmente en la audiencia de juicio oral con la necesaria presencia del experto, quien en su declaración no sólo debe limitarse a reproducir las afirmaciones que pudo haber hecho en etapas previas o las contenidas en su informe, sino que debe ir más allá, explicando y justificando por qué arribó a ciertas conclusiones luego del empleo de la técnica o método en el que se especializa (debiéndose también profundizar en los pormenores de esa técnica o método). Esta dinámica dialéctica queda asegurada, entre otras cosas, por el principio de contradicción.

Con todo, la prueba pericial en los sistemas acusatorios plantea ciertos problemas y retos que deben afrontarse, a los cuales, en lo que sigue, nos referiremos de manera sucinta.



DE LOS PROBLEMAS Y RETOS DE LA PRUEBA PERICIAL-CIENTÍFICA EN EL PROCESO ACUSATORIO

Quizá el problema más grave con las pruebas periciales en el marco del proceso acusatorio es que, paradójicamente, parece que han sustituido a la confesional en el rol de “prueba reina” que ésta desempeñaba en el sistema inquisitivo; ello pese a la declaración expresa en algunas regiones —de parte de los legisladores y/o de los jueces con facultades de asentar jurisprudencia—, de que todas las pruebas no son más que *indicios* y de que rige un sistema de libre valoración.

Al respecto y en el caso específico de la prueba científica (una subclase de la prueba pericial, en la que hemos decidido centrarnos en este trabajo), la Profesora Gascón (2013, p. 182) sostiene que “... precisamente por el hecho de presentarse como científicas (y porque la mayoría de las veces, al menos en Europa, provienen de los laboratorios oficiales de la policía científica) *estas pruebas han ido acompañadas de un aura de infalibilidad* que ha frenado (cuando no claramente impedido) cualquier intento de revisión o reflexión crítica sobre las mismas, *con el resultado de que su validez y valor probatorio se suelen asumir como dogmas de fe...* (ello) entraña un peligro, pues propicia que las decisiones probatorias apoyadas en este tipo de pruebas *se asuman como incuestionables o irrefutables y, de paso, descarga al juez de hacer un especial esfuerzo por fundar racionalmente la decisión; basta con alegar que hubo prueba científica y que esta apuntaba justamente en la dirección de la decisión probatoria final*” (Énfasis añadido).

En términos un poco más concretos, Gascón señala dos aspectos problemáticos de la prueba científica en la práctica: su *sobrevaloración epistémica* (Gascón, 2013, pp. 183-185), y su *sobrevaloración semántica* (Gascón, 2013, pp. 185-187).

En relación con el primer punto, la autora sugiere que, por el efecto nocivo derivado de asumir a) que la arquitectura inferencial de una prueba científica no se estructura a través de un razonamiento inductivo, sino de uno deductivo (que hace uso de leyes universales o, en todo caso, de leyes probabilísticas, pero todas ellas con un fuerte fundamento epistémico), y b) que todas las pruebas científicas tienen el mismo estatus que la prueba de ADN (cuya metodología está ya tan perfeccionada que en la práctica está justificado actuar como si fuera infalible), los jueces no reparan en que la calidad epistémica de los resultados de una prueba científica depende de los siguientes factores:

- 1) de la *validez científica y/o metodológica* de la misma (pues no todos los métodos empleados gozan del mismo crédito en la comunidad científica de referencia);
- 2) de su *calidad técnica*, misma que se manifiesta a) en su *corrección técnico-procedimental* (lo cual hace referencia a la *integridad* del proceso que, en el caso de los llamados indicios o evidencia física, conduce desde la identificación, registro y acopio de la muestra o vestigio, hasta su análisis en el laboratorio por el especialista respectivo), y b) en su *corrección técnico-científica* (que hace



Freire Soares, Ricardo Maurício y Silva Barbosa, Charles. “La Constitución Española de 1978 y su ascendencia sobre la Constitución Brasileña de 1988: constitucionalismo social y valores superiores”. *Prospektiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 18, julio – diciembre 2018, pp. 83-96, ISSN 2007-8137

referencia a la correcta realización de la prueba, por ejemplo, en el laboratorio, por personal calificado que observa los protocolos más actualizados), y;

- 3) de la efectiva disminución de los sesgos cognitivos⁴ que impregnan la realización de la prueba de que se trate (lo cual cobra mayor relevancia en aquellas ciencias forenses, como la dactiloscopia o la grafología, que tienen un fuerte componente comparativo dejado a la supervisión humana).

Con respecto al segundo problema, el de la sobrevaloración semántica, la autora sostiene que éste tiene que ver con suponer que, además de ser infalibles (conclusión que resulta de la mencionada sobrevaloración epistémica), los resultados de una prueba científica dicen cosas distintas de las que en realidad dicen, siendo esas cosas distintas las que (casualmente) el juez necesita para resolver el caso.

Este supuesto (infundado) es un reflejo del denominado “paradigma de la individualización”, según el cual, se puede identificar, sin fallas, y excluyéndose todas las demás, a la fuente emisora de donde proviene cierto indicio físico previamente ubicado, recopilado o registrado, sea este indicio una sustancia, biológica o no, o cualquier otro tipo de rastro, huella o vestigio, como una marca de mordedura, un surco dejado por alguna llanta, etc. Dicho paradigma comúnmente es compartido, no sólo por los jueces (aunque no siempre de manera consciente), sino por los propios expertos en las ciencias forenses.

El paradigma de la individualización conduce a pensar, por ejemplo, que el resultado de una prueba de ADN señala directamente la pertenencia o no del vestigio analizado (normalmente recabado en la escena del crimen), a la persona de quien se toma la otra muestra para realizar la comparación; que el resultado de una prueba de balística señala directamente y sin ninguna duda, si el casquillo bajo examen provino o no del arma de fuego establecida como en posesión del acusado; etc.

⁴ Algunos de los sesgos cognitivos más estudiados son el denominado “sesgo de la visión de túnel” y el “sesgo de confirmación”. El primero (también llamado sesgo de la “clausura prematura”), se manifiesta siempre que nos quedamos anclados en la primera interpretación de ciertos hechos en la que, por las circunstancias en que nos hallamos (como el rol institucional que desempeñamos) y dados nuestros hábitos cognitivos, nos resulta más natural pensar. En otras palabras, este vicio cognitivo se presenta cuando nos aferramos a la primera hipótesis que nos viene a la mente y que nos sirve para dar cuenta de, o explicar, ciertos datos de los que disponemos o para darle sentido a ciertas experiencias que tenemos. Por su parte, incurrimos en el sesgo de confirmación cuando por la resistencia a renunciar a cierta hipótesis (que es a la que nos conduce el sesgo de la visión de túnel), viciamos nuestra búsqueda de las razones (o de las pruebas) en las que pudiera fundarse, ya sea porque nos exponemos sólo a fuentes de información confirmatoria (evitando la que sospechamos que refutaría la hipótesis inicial) y/o porque sobrevaloramos los elementos favorables a nuestras preconcepciones y/o porque infravaloramos los desfavorables (los cuales, en ocasiones especialmente extremas, puede que incluso los interpretemos como favorables). Hay varios y buenos estudios sobre estos sesgos cognitivos reportados en la literatura, los cuales específicamente se refieren al ámbito jurídico. Véanse sobre todo los siguientes: (Ask, et al. 2008; Ask, et al. 2005; Erland, et al. 2010; O’Brien, 2009; Rassin, 2010; Rassin, et al. 2010; Rossmo, 2009).



Freire Soares, Ricardo Maurício y Silva Barbosa, Charles. “La Constitución Española de 1978 y su ascendencia sobre la Constitución Brasileña de 1988: constitucionalismo social y valores superiores”. *Prospektiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 18, julio – diciembre 2018, pp. 83-96, ISSN 2007-8137

El problema con esta forma de entender la cuestión es que erróneamente se deja al perito resolver jurídicamente la controversia; en otras palabras, es éste quien, de facto, hace las veces de juzgador de los hechos. Pero esto no debiera ser así, pues esgrimida la opinión por parte del perito y habiéndose comprendido adecuadamente su contenido, quedan todavía por llevarse a cabo múltiples e importantes operaciones inferenciales que le corresponde al juzgador realizar, y no pensar que ha sido relevado de esa responsabilidad por el experto cuando comunica sus resultados. ¿Por qué? Porque como lo explica el paradigma de la “ratio de verosimilitud” (o “*likelihood ratio*” en inglés), —el cual es considerado por Gascón como el correcto—, lo que los resultados de las diversas técnicas forenses con un fuerte componente comparativo nos dicen, son cosas del tipo “es X veces más probable que el rasgo R se observe en la muestra M —por ejemplo, en una grabación que contiene una voz de origen desconocido— si ésta (la voz) proviene del acusado, que si no proviene de aquel”, y no tajantemente, por continuar con el ejemplo, que “la voz registrada en la muestra examinada es la voz del acusado, por tanto, es penalmente responsable del delito D” (Gascón, 2013, pp. 188, 194-195).

Dicho de otro modo, para considerar penalmente responsable al acusado, el juzgador debe, en efecto, tomar en cuenta el resultado de la prueba científica, es decir, “*lo que los datos de fuente experta nos dicen*” (Gascón, 2013, p. 188), lo cual, como ya se ha indicado, no suele ser algo necesariamente determinante o definitivo para dejar zanjada la cuestión jurídica central, ni siquiera en el caso de la prueba de ADN. En adición a lo anterior, es al juzgador, y no al experto, a quien le compete considerar los otros medios de prueba para determinar lo que se ha de sostener a la luz de la totalidad de dichos elementos de juicio, es decir, determinar “*lo que debe creerse*” (Gascón, 2013, p. 188). Así mismo, el juzgador debe, por último (y esto tampoco le corresponde hacerlo al experto), determinar si se ha satisfecho o no el estándar de prueba respectivo (que en materia penal suele ser el de la convicción íntima o más allá de toda duda razonable), es decir, decidir “*lo que debe hacerse*” (Gascón, 2013, pp. 189-190). Decidir lo que en el caso concreto debe hacerse (condenar o absolver), es algo que tiene que ser distinguido de la operación de determinar qué es lo que racionalmente se debe creer (con base en las pruebas); esto último se encuentra libre de posicionamientos político-morales de parte del derecho tendentes a obtener que los errores epistémicos tradicionales que siempre es posible cometer (las condenas y las absoluciones falsas) se distribuyan de cierto modo.

Teniendo como telón de fondo el problema de la sobrevaloración epistémica y semántica de los que en la práctica adolecen las pruebas periciales (y particularmente, las científico-forenses), Gascón asevera que uno de los retos más importantes es conseguir que los expertos respectivos comuniquen sus resultados de la forma más científicamente fundamentada, es decir, no reflejando el paradigma de la individualización, sino el de la ratio de verosimilitud (Gascón, 2013, pp. 194-196).

Ubicada en cuestiones de valoración, Gascón (2013, pp. 196-199) sugiere el empleo del Teorema de Bayes para la asignación de valor probatorio a la prueba científica (sin desconocer las objeciones que al respecto se han hecho). Esto plantea un reto importante, en



Freire Soares, Ricardo Maurício y Silva Barbosa, Charles. “La Constitución Española de 1978 y su ascendencia sobre la Constitución Brasileña de 1988: constitucionalismo social y valores superiores”. *Prospektiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 18, julio – diciembre 2018, pp. 83-96, ISSN 2007-8137

virtud de que se requeriría de la capacitación de los juzgadores en el manejo de dicho Teorema, mismo que, pese a su relativa simplicidad, se aleja de las consideraciones cotidianas del juzgador, quien no suele estar adiestrado en la realización de inferencias estadísticas. Además, Gascón (2013, pp. 196-199) sugiere combinar el empleo del referido Teorema de Bayes con el uso de algún modelo de probabilidad lógica para la valoración *conjunta* de todos los elementos de juicio⁵.

Adicionalmente, Gascón reflexiona sobre los retos que plantea la prueba científica en términos de su admisibilidad, a lo cual dedicaremos los siguientes apartados del trabajo.

LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA CIENTÍFICA

Uno de los principales retos en este rubro es el que tiene que ver con decidir si se optará por una política según la cual no es necesario que, junto al control de admisibilidad procesal (que haría referencia a la determinación de la relevancia y de la legalidad de la prueba de que se trate), se efectúe un control adicional de admisibilidad científica de la prueba (referido a lo que, en el apartado previo, denominamos “validez científica y/o metodológica”). En general, esta política se ha seguido en Europa, la cual implica que todas las pruebas científicas relevantes y legalmente obtenidas entren sin mayor traba en el proceso, dejándose al juzgador que, en el momento de la valoración de la prueba, tome en cuenta las cuestiones de la validez científica y de la fiabilidad metodológica, y que estas consideraciones se vean reflejadas en la asignación de fuerza o valor probatorio⁶ (Gascón, 2013, pp. 191-194).

Si no se opta por la política anterior, la alternativa obvia consiste en un modelo conforme al cual, junto al control de admisibilidad procesal debe haber otro de admisibilidad científica, sin embargo, este segundo filtro tendría que ser en alguna medida diferente de lo que se le pide al juzgador hacer en la fase de valoración (Gascón, 2013, pp. 191-194).

Para seguir con la discusión haremos referencia a los conceptos de “paternalismo” (epistémico) y de lo que aquí llamaremos “colaboracionismo” (también epistémico):

⁵ A diferencia de la versión *objetiva* de la probabilidad, misma que apela a la frecuencia con la que un hecho ocurre en la realidad (o a la frecuencia con la que cierta propiedad o atributo aparece en ciertas entidades), la probabilidad *lógica* tiene que ver con el nivel de apoyo que las premisas de un argumento, típicamente inductivo, le confieren a su conclusión; es decir, con la probabilidad que tiene un enunciado de ser verdadero a la luz de lo que a esa probabilidad contribuyen otros enunciados. Véase Ferrer, 2007, pp. 120-125.

⁶ Sin embargo, esta política ha ido cambiando paulatinamente para dar paso a la aplicación de controles sobre la científicidad de la prueba en el momento de decidir sobre su admisión. Sin duda la “internacionalización” del caso *Daubert* resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos ha contribuido a este cambio. Para una explicación de los criterios que con respecto a la admisibilidad de las pruebas científicas se establecen en ese caso, y de la evolución de los mismos, véase, por todos, Vázquez, Carmen, 2015, pp. 103-148.



DE “PATERNALISMOS” Y “COLABORACIONISMOS”

En un muy interesante trabajo, la Profesora Vázquez (2015, pp. 104-110) alude al “paternalismo epistémico” como la etiqueta que se puede emplear para referirnos a la implementación de ciertas medidas o políticas procesales (la mayoría de ellas preventivas) que parte de la base de un grado considerable de desconfianza, en principio, hacia el juzgador de los hechos.

Dijimos “en principio”, pues como veremos más adelante, la desconfianza en comento puede también hallarse presente (como mero presupuesto o como una actitud empíricamente fundada) con respecto a otros actores, por ejemplo, con respecto a quien en México se conoce como “el juez de control” (o incluso con respecto al fiscal y a la defensa).

Ahora bien, dicha desconfianza tiene que ver con la capacidad cognitiva del receptor de las medidas paternalistas para atribuirle a las pruebas respectivas el valor que genuinamente les corresponde. Por su parte, la desconfianza en comento normalmente no es tan intensa como para de plano sustituir al sujeto (o más bien, a cierta clase de sujetos) de quien se desconfía, por alguien mejor adiestrado.

Por su parte, con independencia de la medida concreta que se adopte, el paternalismo epistémico busca evitar que se produzca un daño o, de menos, reducir el riesgo de que éste tenga lugar. ¿De qué daño estamos hablando? Del que se le puede ocasionar, por ejemplo, al acusado (pero también al fiscal y en ese sentido, a la sociedad en su conjunto), como resultado de un razonamiento erróneo sobre lo que cuenta o no a favor de una creencia.

Ahora bien, la fase procesal receptora por excelencia de medidas paternalistas es la de la admisión de las pruebas. En este contexto, el paternalismo toma la forma de cualquier control de admisibilidad, adicional a los criterios de *relevancia* del elemento de juicio de que se trate⁷ y de *legalidad* en su obtención. Como se dijo, esas formas adicionales de control descansarían en la desconfianza que se tiene con respecto al grado de racionalidad epistémica que puede ejercer un tercero (de ahí el carácter paternalista o protector de dichas medidas).

Si esto es así, el binomio “control de admisibilidad *procesal* (relevancia más legalidad)” y “control de admisibilidad *científica* (validez científica y/o metodológica de la prueba)” del que hablamos en la sección previa, sería un ejemplo de medida paternalista epistémica, pues con base en la desconfianza que se le tiene, en este caso al juzgador de los hechos, se le encomienda a otro actor (en México, al juez de control), la determinación relativa a si la prueba pericial (particularmente, la científico-forense) tiene o no validez científica.

⁷ Brevemente explicado, un elemento de juicio es relevante si contribuye al cuadro probatorio incrementando o disminuyendo la probabilidad lógica de que la hipótesis a la que se asocia sea verdadera.



Freire Soares, Ricardo Maurício y Silva Barbosa, Charles. “La Constitución Española de 1978 y su ascendencia sobre la Constitución Brasileña de 1988: constitucionalismo social y valores superiores”. *Prospektiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 18, julio – diciembre 2018, pp. 83-96, ISSN 2007-8137

Esta medida paternalista se suele considerar mayormente apropiada y justificada en los sistemas del *common law*, precisamente por tratarse de legos o pares del acusado (ciudadanos comunes y corrientes no especialistas en derecho) los que normalmente conforman los jurados en aquellas regiones, y debido también a que en el desempeño de esta función no se les exige que motiven la decisión sobre los hechos a la que arribaron.

Pero en el caso del *civil law*, en donde no se suele recurrir (o no con la misma frecuencia) a la institución del jurado (entre otros factores, justo porque se desconfía del ciudadano común para estos menesteres), —sino que, al contrario, son jueces profesionales (de hecho, un “Tribunal de Enjuiciamiento” en el caso de México) los que se desempeñan también como juzgadores de los hechos, quienes, además, tiene el deber de motivar sus resoluciones—, no parece estar justificada la medida paternalista en comento.

Por tanto, dirían algunos, debería dejársele al juez profesional, en sede de valoración, que considere las cuestiones relativas a la validez científica y/o metodológica en adición al específico valor probatorio que merecen las pruebas periciales-científicas; con mayor razón si al cuadro anterior agregamos el hecho de la ausencia (al menos en nuestra tradición jurídica) de estudios empíricos bien diseñados y fiables en los que se pueda fundar una desconfianza suficiente como para extirparle al juez profesional esa función epistémica.

Sin embargo, no creemos que debamos ser tan extremistas, pues si persistimos en esa línea y somos congruentes con ella, deberíamos exigir que, salvo por la legalidad o ilegalidad de la obtención de los medios de prueba (con el correspondiente déficit epistémico que ello conlleva en el caso de declararse alguna exclusión probatoria), todas las demás cuestiones, fácticas, incluida la *relevancia* de los elementos de juicio, sean consideradas por el(los) juez(es) profesional(es). Y aún más, deberíamos defender la idea de que fueran esos jueces profesionales los que llevaran a cabo incluso la investigación correspondiente (y hasta la realización de las pruebas científicas mismas), pues si son tan capaces y dado que no queremos en absoluto ser paternalistas con lo referente a la *Quaestio Facti*, debemos permitir que ellos se encarguen de todo. Sin embargo, este escenario sería, a todas luces, absurdo y lesivo de principios fundamentales del proceso acusatorio (al menos en la época actual), particularmente del principio que prohíbe la concentración de todas las funciones (de investigar, acusar y juzgar) en una sola entidad.

La propuesta anterior (de la ausencia absoluta de paternalismos) sería inadecuada, pues, aunado a la transgresión del principio acusatorio fundamental de no concentración de funciones en un solo cargo, cuando en un proceso judicial de corte acusatorio encomendamos a otros actores (distintos al juzgador oficial de los hechos) las determinaciones referidas a la relevancia, legalidad y, en su caso, a la admisibilidad científica de las pruebas, en realidad no lo estamos haciendo (o así proponemos verlo) porque desconfiamos de nadie (en específico, del juzgador), sino porque en ésta como en muchas otras actividades de naturaleza colectiva, en principio, resulta conveniente realizar una *división de la labor cognitiva*, es decir, una distribución de las tareas intelectuales que deben coordinadamente tener lugar para alcanzar el o los objetivos que se persiguen (en este caso, hacer una determinación



tendencialmente verdadera de los hechos que se considerarán ocurridos a los efectos de que procedan las respectivas consecuencias jurídicas contempladas con anterioridad en el ordenamiento). A esta visión es a lo que aquí llamamos “colaboracionismo epistémico”.

Este “colaboracionismo”, nos parece, resulta la visión más apropiada para explicar (y justificar) que, pese a que en el *civil law* normalmente son jueces profesionales con la obligación de motivar sus resoluciones en materia penal los que también se desempeñan como juzgadores de los hechos (y con respecto a los cuales no parece haber información empírica sólida que indique su incapacidad como agentes epistémicamente racionales), son otros actores en el proceso, como el famoso juez de control, los que realizan controles de admisibilidad probatoria, en específico, controles de admisibilidad científica. Esta visión se inspira, como dijimos, no principalmente en la incompetencia epistémica que pueda suponerse (fundadamente o no) con respecto al juzgador oficial de los hechos, sino en cosas como la mejor o más racional forma de administración de los recursos humanos, intelectuales, económicos y temporales disponibles.

En el caso específico de las pruebas científico-forenses, el control de su admisibilidad no sólo procesal llevado a cabo por jueces de control (como en México) disminuiría el riesgo de que se introduzca al proceso judicial la llamada “ciencia basura” (o “*junk science*” en inglés); y, bajo una óptica colaboracionista, eso no se haría, en principio, porque desconfiamos de la capacidad del juzgador para identificar instancias de prácticas pseudocientíficas, sino, entre otras cosas, por el ahorro en tiempo y en dinero que ello acarrea. Pero también para disminuir el riesgo de que el juzgador, como le puede ocurrir a cualquier persona de carne y hueso (aunque tenga las mejores intenciones y esté sumamente capacitado), no pueda (no por incompetencia, sino porque se trata de un sesgo del que todos somos presa en mayor o menor grado) separar mentalmente los aspectos de la teoría del caso fundados en ciencia basura de los que no lo están (dada la exposición constante a ese tipo de información que supondría el no haberla filtrado con anterioridad).

COLABORACIONISMO EN LA ADMISIÓN DE PRUEBAS CIENTÍFICAS

Para abordar esta última sección, comenzaremos primero por decir que, dado el tránsito hacia un proceso acusatorio que ha tenido lugar en nuestro país, pareciera que la figura del “perito de confianza del juez” ha desaparecido para dar paso exclusivamente a la figura del “perito de parte”. Sin embargo, como explica Vázquez (2017, p. 347 y ss.), esto no parece acertado, pues el artículo 103 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) da la pauta, bajo cierta interpretación, para la vigencia del perito designado de alguna manera por el juez. Así mismo, tenemos a la figura del “consultor técnico” prevista en el artículo 136 del CNPP, cuya labor es auxiliar científica, artística o técnicamente en las audiencias, en atención a las circunstancias del caso.

En el párrafo anterior hicimos referencia a las figuras del “perito oficial (o designado por el juez)” y del “consultor técnico”, porque es justamente de ellos de quienes sostenemos que el



Freire Soares, Ricardo Maurício y Silva Barbosa, Charles. “La Constitución Española de 1978 y su ascendencia sobre la Constitución Brasileña de 1988: constitucionalismo social y valores superiores”. *Prospektiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 18, julio – diciembre 2018, pp. 83-96, ISSN 2007-8137

juez de control mexicano puede auxiliarse para realizar la tarea del control de admisibilidad científica de las pruebas (y de sus resultados) provenientes especialmente de la puesta en práctica de alguna disciplina forense.

Aunque por el ritmo frenético en que se ha pretendido implementar la reforma respectiva, por la capacitación deficiente que los operadores del nuevo sistema normalmente reciben (la cual se centra en el aprendizaje memorístico de los contenidos normativos respectivos), e incluso por el estado irregular de desarrollo que las mismas ciencias forenses experimentan en México, sea realista y hasta sensato presuponer alguna clase de incompetencia de parte del juez de control para afrontar el reto de aplicar correctamente los criterios para la admisibilidad de esta clase de pruebas (inspirados en el caso *Daubert* o en fuentes semejantes), seremos caritativos y emplearemos la visión colaboracionista brevemente desarrollada en este trabajo para justificar la intervención del perito de confianza del juez y/o del consultor técnico en estas cuestiones.

Lo que proponemos en concreto es que, para determinar si la prueba científica ofrecida por alguna de las partes cuenta o no con la suficiente calidad (es decir, con la suficiente aceptación del método en la comunidad científica de referencia, entre otras cosas), el juez de control haga extenso uso de las figuras referidas. Cabe aclarar que, en principio, del apoyo en estas figuras no debe seguirse que el juez de control asignará algún valor probatorio específico a la prueba de que se trate (pues eso le corresponde al juzgador de los hechos, o sea, al Tribunal de Enjuiciamiento); sino sólo, pero muy importantemente (como también sugiere Vázquez, 2017), que estará en mejores condiciones para hacer la determinación de si se cuenta o no con información acerca de su calidad (por ejemplo, acerca de su ratio o perfil de errores, es decir, de falsos positivos y de falsos negativos)⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional (2015). Amnistía Internacional. México: *Promesas en el papel, impunidad diaria: La epidemia de tortura en México continúa*. Recuperado de: <https://www.amnesty.org/es/documents/amr41/2676/2015/es/>
- Amnistía Internacional (2014). Amnistía Internacional: *Fuera de control: Tortura y otros malos tratos en México*. Recuperado de: http://amnistia.org.mx/nuevo/wp-content/uploads/2014/09/INFORME_TORTURA_AIM.pdf

⁸ Dijimos que “en principio” el juez de control no debería pronunciarse con respecto al valor probatorio de la prueba científica respectiva debido a que, en algunas ocasiones, por ejemplo, tratándose de la famosa prueba de radisonato de sodio (tan usada en nuestro contexto), el juez debería excluirla sin más (presuponiendo su nulo valor probatorio). Ello debido a que, volviendo al caso de la prueba de radisonato de sodio, ha quedado establecida su ineficacia probatoria para efectos de identificar rastros de plomo, bario y antimonio (considerados como residuos de disparo de arma de fuego).



Freire Soares, Ricardo Maurício y Silva Barbosa, Charles. “La Constitución Española de 1978 y su ascendencia sobre la Constitución Brasileña de 1988: constitucionalismo social y valores superiores”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 18, julio – diciembre 2018, pp. 83-96, ISSN 2007-8137

- Ask, K., Rebelius, A. y Grandhag, P. (2008). The “Elasticity” of Criminal Evidence: A Moderator of Investigator Bias, *Applied Cognitive Psychology*, 22, 1245-1259.
- Ask, K. y Grandhag, P. (2005) Motivational Sources of Confirmation Bias in Criminal Investigations: The Need for Cognitive Closure, *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, 2, 43-63.
- Eerland, A. y Rassin, E. (2010). Biased Evaluation of Incriminating and Exonerating (Non)evidence, *Psychology, Crime, and Law*, 1-8.
- Azaola, E. y Ruíz, M. A. (2009). *Investigadores de papel: Poder y derechos humanos entre la Policía Judicial de la Ciudad de México*, México, Fontamara.
- Duce, M. (2011). Admisibilidad de la prueba en juicios orales: Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional, *Revista Institucional de la Defensa Pública*, 57-92. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/03/doctrina33402.pdf>
- Ferrer-Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Fondevila, G. (2016). *¿Cómo se juzga en el Estado de México? Una radiografía de la operación del sistema de justicia penal acusatorio*, México, CIDE, México Evalúa.
- Gascón, M. (2013). Prueba científica: Un mapa de retos, en Carmen Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 181-201.
- Harris, D. (2012). *Failed Evidence: Why Law Enforcement Resists Science*, New York University Press.
- Magaloni, A. L. (2009), *El Ministerio Público desde adentro: Rutinas y métodos de trabajo en las agencias del MP*, Documento de Trabajo del CIDE, 42.
- Vázquez, C. (2017). Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales: Apuntes desde la Epistemología Jurídica, *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 11, 341-378.
- Vázquez, C. (2015). La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales, *Doxa*, 38, 101-130.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, Marcial Pons.
- Pérez-Correa, C. (2010). Investigación del delito en la Ciudad de México: peritos y médicos legistas, *Reforma Judicial, Revista mexicana de justicia*, 15-16, 81-99.
- Pérez-Correa, C. (2008). Front Desk Justice: Inside and Outside Criminal Procedure in Mexico, *Mexican Law Review, Nueva Serie*, 1, 1, 3-31.
- O’Brien, B. (2009). Prime Suspect: An Examination of Factors that Aggravate and Counteract Confirmation Bias in Criminal Investigations, *Psychology, Public Policy, and Law*, 15, 4, 315-334.
- Rassin, E. (2010). Blindness to Alternative Scenarios in Evidence Evaluation, *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, 7, 153-163.
- Rassin, R., Eerland, A. y Kuijpers, L. (2010). Let’s Find the Evidence: An Analogue Study of Confirmation Bias in Criminal Investigations, *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, 7, 231-246.
- Rossmo, K. (2009). *Criminal Investigative Failures*, Taylor and Francis.



Freire Soares, Ricardo Maurício y Silva Barbosa, Charles. “La Constitución Española de 1978 y su ascendencia sobre la Constitución Brasileña de 1988: constitucionalismo social y valores superiores”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 18, julio – diciembre 2018, pp. 83-96, ISSN 2007-8137