

Prueba pericial compuesta: una propuesta desde la visión epistemológica de la verdad y la función de la prueba del Profesor Michele Taruffo

Composite expert evidence: a proposal from the epistemological vision of the truth and the function of the test of Professor Michele Taruffo

Por: Abogada Gloria Yaneth Vélez Pérez

Resumen:

Si algo caracterizó al Profesor Michele Taruffo fue su preocupación por la prueba como instrumento para llegar a la verdad mediante el proceso judicial, porque ¿de qué sirve una prueba si solamente se usa para persuadir al juez?. Al respecto, valioso legado académico y científico dejó el Maestro para formación de juristas sobre proceso, pruebas y valoración y aunque no hay medio de prueba que escape a sus teorías, este artículo se centra en la prueba pericial, la forma como la entendió y la crítica realizada, aportando a su concepción lo que se considera una manera de llegar a la prueba pericial que sirva para explicar, científicamente, si un hecho pudo ocurrir, todo lo cual se hará defendiendo que la prueba pericial en materia penal requiere, en casos complejos, una configuración de prueba pericial compuesta que disipe la penumbra de conocimiento en la cual entra la prueba pericial emitida por una parte y la refutación de la que es objeto por la expertise que aporta la otra parte.

Abstract

If anything characterized Professor Michele Taruffo, it was his concern for evidence as an instrument to reach the truth through the judicial process, because what good is a test if it is only used to persuade the judge? In this regard, valuable academic and scientific legacy left by the Master for the training of jurists on process, tests and evaluation and although there is no means of proof that escapes his theories, this article focuses on the expert evidence, the way he understood it and the criticism made, contributing to his

conception what is considered a way to reach the expert evidence that serves to explain, scientifically, if an event could occur, all of which will be done by defending that expert evidence in criminal matters requires, in complex cases, a configuration of composite expert evidence that dispels the gloom of knowledge in which the expert evidence issued by one party enters and the refutation of which it is subject by the expertise provided by the other party.

Palabras clave: Prueba pericial, prueba de refutación, valoración de la prueba, método racional de valoración de la prueba, prueba pericial compuesta.

Keywords: Expert evidence, rebuttal evidence, evaluation of evidence, rational method of evaluation of evidence, composite expert evidence.

I. Introducción

Lo relacionado con medios de prueba en un proceso judicial de naturaleza penal, nunca ha dejado de tener análisis doctrinal y regulación e interpretación jurisprudencial sobre los admisibles, aunque poco sobre libertad probatoria. También en relación con su conducencia, pertinencia y utilidad y cómo valorarlos de forma previa a la decisión judicial. Uno de los medios de prueba es la pericial que, en Colombia, según el Artículo 405 de la Ley 906 de 2004, es aquella que rinde una persona llamada perito y que tiene como propósito llevar al Juez conocimiento científico, técnico, artístico o especializado cuando los mismos sean necesarios para “efectuar valoraciones” sobre la veracidad de uno o varios hechos del caso concreto que se ha sometido a juzgamiento. Esta prueba puede ser ofrecida y su práctica solicitada por cada una de las partes (acusación y/o defensa) en la audiencia preparatoria para lo cual, teniendo esos términos como puntos clave, el objetivo de este artículo es analizar la necesidad e importancia de que exista una configuración de una prueba pericial compuesta que se convierta en el objeto de valoración por el juez, cuando se trate de casos complejos en material penal en los que la

práctica de una prueba pericial sea refutada con otra y el conocimiento que aporte la experticia sea necesario para hacer valoraciones sobre la veracidad de los hechos.

La temática obedece a varios aspectos: Primero, la importancia que tiene la prueba en el proceso penal por su capacidad de derruir la presunción de inocencia y afectar derechos de libertad, aptitud de la cual no escapa la prueba pericial en casos complejos, sobre todo cuando el juez, sin mayor esfuerzo, opta por acoger la postura y postulados que brinda un perito de parte. Segundo, por lo relevante que es el conocimiento experto en determinados casos de naturaleza penal que se revisten de mayor complejidad como lo son, y a título enunciativo, el acceso carnal violento en menor de 14 años y el homicidio en dónde, es más probable la participación de un perito por la acusación y la de otro por la defensa para refutación. Tercero, es que, con ocasión del segundo, se considera que luego de una prueba pericial practicada y acto seguido refutada con otra prueba pericial, se presenta, como consecuencia, no la existencia de una prueba pericial que confirma como verdadero o falso un enunciado fáctico susceptible de valoración, sino una duda y penumbra en relación con ese conocimiento que se espera de la prueba pericial, que ubica a la prueba pericial en un plano persuasivo para el juez.

La hipótesis alude a que la prueba pericial demanda en el proceso penal y en casos complejos, para poder llamarse prueba pericial y tenerse como apta de aportarle conocimiento experto al juez de cara a tener un enunciado fáctico como verdadero, no el simple dictamen emitido por un perito y la refutación por otro, sino que requiere una configuración compuesta que disipe la penumbra de conocimiento que emana por la confrontación de la prueba pericial emitida por una parte y la refutación que aporta la otra parte.

Así las cosas y dado que este artículo tiene un enfoque de autor, desde esa perspectiva, primero se abordarán los planteamientos que sobre las teorías de la verdad y

funciones de la prueba consolidó el Maestro Taruffo, intercalándole a sus planteamientos análisis de la prueba pericial. Luego se expondrá la concepción de la prueba pericial y desde qué hito, esto es, las reglas Daubert, así como su cuestionamiento para, finalmente, hacerle un respetuoso aporte sobre la prueba pericial desde una configuración compuesta como medio apto para contribuir con la búsqueda de la verdad en los casos complejos en los que el conocimiento científico se torna necesario en el proceso penal, no para decidirlo por virtud de la pericia rendida, sino para que lo decida el Juez mediante la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, pero habiendo disipado la duda y penumbra de conocimiento surgida de una prueba pericial presentada por una parte y refutada por la otra en una relación de afirmación/negación o de negación/afirmación y que, por esa confrontación no demuestra lo pretendido y por tal causa y desde un razonamiento lógico, ambas proposiciones quedan negadas y ninguna demostraría, per se, científicamente, la ocurrencia o no de un hecho, porque en la medida que una niega a la otra por su refutación, le cambia el valor de verdad, dejando con ello la decisión al Juez para que elija, no por la ciencia obtenida (conocimiento), sino por la que mejor lo halla persuadido según: elocuencia del perito, reputación, rol institucional o dramatismo del caso objeto de debate y no tanto por la verdad que mejor se sustenta con el medio probatorio, dos aspectos que dentro de las teorías de la verdad hacen que varíe la función de la prueba dentro del proceso.

Aunque el enfoque es de autor, no se descarta alguna referencia a otros autores y a fuentes primarias y secundarias (normas y jurisprudencia), máxime que este artículo se nutre del enfoque cualitativo porque permite el análisis, la comprensión y profundización de la perspectiva del Doctor Michele Taruffo y su abordaje de los criterios Daubert como hito para aportarle al proceso una mejor ciencia.

II. Desarrollo

A. Michele Taruffo: las teorías de la verdad y las funciones de la prueba

El Maestro Taruffo nunca dejó de sostener que la prueba debe serle útil a un propósito en el proceso judicial y es encontrar la verdad. Para fijar su postura compiló las teorías que sobre la verdad y la función de la prueba consideró como relevantes y, se cree, que del conocimiento y comprensión de ellas se puede sumar a la discusión sobre la función de la prueba pericial y si ella aporta a la verdad, a la persuasión o es un nonsense. Sobre las teorías de la verdad y funciones de la prueba Taruffo (2005) dice:

a) Una primera y muy importante posición consiste en sostener que la prueba es una especie de nonsense o algo que en realidad no existe o que, en todo caso, no es digno de ser tomado en consideración. El jurista acostumbrado a sostener que la prueba es el medio para determinar los hechos del proceso puede sorprenderse de una afirmación como ésta, pero es fácil entender que no es absurda en absoluto.

Por un lado, la prueba es vista como un nonsense en todas las concepciones para las que es epistemológica, ideológica o prácticamente imposible pensar que la verdad de los hechos es realmente establecida en el proceso de un modo racional. Sin necesidad de reproducir de nuevo aquí la panorámica trazada anteriormente, baste considerar, por ejemplo, que si se acoge una concepción irracionalista de la decisión judicial resulta imposible atribuir cualquier significado a la prueba de los hechos; lo mismo sucede en el ámbito de las ideologías para las que el proceso no puede y no debe orientarse hacia la determinación de la verdad o de las concepciones para las que el proceso no es idóneo prácticamente para alcanzar ese resultado. Si se

toman también en consideración las teorías que sostienen que la verdad de los hechos es en todo caso irrelevante, se entiende fácilmente que el fenómeno de la prueba pueda resultar prescindible en cuanto que carente de importancia específica. (p. 80)

En el contexto de esta teoría que ubica la prueba como un sin sentido en el proceso judicial, innegable es que en ella tienen cabida todos los medios de prueba, pero ¿Qué sensación queda si de lo que se tratara fuera de la prueba pericial bajo el influjo de esta teoría? Siguiendo con Taruffo (2005):

las pruebas no servirían en absoluto para determinar los hechos, pero sus procedimientos (como la cross-examination) constituirían ritos, análogos a las representaciones sacras medievales, destinados a reforzar en la opinión pública el convencimiento de que el sistema procesal implementa y respeta valores positivos como la paridad de las partes, la corrección del enfrentamiento y la victoria de quien tiene razón • Así, las pruebas y sus respectivos procedimientos serían medios, pero no orientados hacia fines racionales internos al proceso como machiner y dirigida a producir decisiones de alguna forma valiosas; las pruebas servirían, en cambio, para dar una apariencia de legitimación racional a una suerte de mecanismo teatral cuya función sería disimular la realidad irracional e injusta de las decisiones judiciales. (p. 81)

Esta suerte de teorías que apoyan una fachada probatoria, creadoras de una ilusión, dejan entrever que la prueba pericial, dado el conocimiento que implica para demostrar un hecho y su rito, estaría en riesgo de ser considerada como un nonsense, pero enlistada y foliada para hacer creer que hubo ciencia en el proceso judicial y que la

decisión judicial misma no escapó a ella. Esta deducción se afianza en las teorías irracionales. Taruffo (2005) dice: “las pruebas servirían para hacer creer que el proceso determina la verdad de los hechos, porque es útil que los ciudadanos lo piensen, aunque en realidad esto no suceda y quizás precisamente porque en realidad eso no sucede.” (p. 81) . Pero, en relación con la verdad y las funciones de la prueba, las teorías irracionistas no son las únicas. Taruffo (2005) dice:

b) Una concepción distinta de la prueba surge de una forma bastante clara en el ámbito de las concepciones «semióticas» o «narrativistas» del proceso. La premisa fundamental es que el proceso es una situación en la que se desarrollan diálogos y se narran stories; los diálogos y las narraciones tienen que ver también con los hechos, pero no interesa cuál sea esa relación más que desde el punto de vista de las estructuras semióticas y lingüísticas. Sólo se considera relevante la dimensión lingüística y narrativa del proceso, mientras que la eventual relación entre narración y realidad empírica no se considera relevante (o posible). Los hechos surgen en el proceso únicamente en forma de narraciones y son sólo apreciados como puntos o partes de narraciones; no son conocidos ni determinados como verdaderos.

Desde una perspectiva de este tipo, también las pruebas son tomadas en consideración únicamente en su dimensión lingüística, dialógica y narrativa. La narración de un testigo vale únicamente como narración y no en la medida en que ofrezca elementos de conocimiento sobre los hechos. (p. 82)

Esta visión sobre la verdad y la función de la prueba de cara a si los hechos son verídicos y la prueba los confirma, deja expuesto que si ocurre o no, carece de importancia

y que lo que interesa es la “story” porque su apoyo fundamental está en el uso del lenguaje para darle sentido a un relato sobre una historia que cobra relevancia dependiendo de las palabras elegidas. En ese contexto, piénsese en un proceso penal en el que se debate en juicio la ocurrencia o no de un acceso carnal violento con menor de 14 años y que se analice bajo la idea de que en el proceso “se desarrollan diálogos y se narran historias” sin que la prueba sea necesaria. Sin duda, lo que se pondría en alto riesgo bajo la égida de esas concepciones semióticas y narrativistas, serían los derechos constitucionales como la libertad, debido proceso probatorio y contradicción y defensa porque, bajo esta sombrilla teórica de la verdad, esa verdad realmente no importa dado que, lo único relevante es la estructura lingüística y su forma de narrarse. Sobre el particular señala Taruffo (2005):

De un modo análogo, la asunción de las pruebas en la forma del trial es analizada como una situación compleja de diálogo en la que tienen importancia esencialmente las formas en las que las narraciones son preparadas, desarrolladas y manipuladas, mientras que quedan «fuera del campo» los aspectos que podrían referirse, por ejemplo, al control de veracidad de las narraciones presentadas por los testigos. (p. 82)

En ese contexto en el que se hace evidente que las pruebas son un comodín para darle forma y sustento a una historia y no a los hechos cuya verdad poco o nada importa, la prueba pericial que se produzca y practique, estaría cumpliendo una función para desnaturalizar la verdad. Al decir de Taruffo (2005):

Cada prueba, que es tomada en consideración exclusivamente como story o como un «pedazo de narración» relativa a los hechos, se inserta en la dimensión lingüística y semiótica del proceso como una

de tantas ocurrencias del diálogo a varias voces que en aquél se desarrolla, resultando claro que la del <<lenguaje de las narraciones>> es la única dimensión relevante y que en ella todos los «pedazos de diálogo» se sitúan -por decirlo así- uno al lado del otro en el mismo nivel. Sin embargo, los abogados de las partes tienen una razón para emplear las pruebas: éstas pueden resultar útiles para apoyar la story of the case que cada abogado propone al juez. La estructura fundamental del diálogo procesal, en sus términos más elementales, se sitúa en el hecho de que cada abogado presenta una narración distinta del case y que al final el juez o el jurado pronuncian las últimas palabras del diálogo con una decisión que asume una u otra narración. (p. 82)

Se desvela con estas teorías, el carácter persuasivo de la prueba porque es usada por los letrados en derecho para darle forma al relato cuya narrativa influya en el juez y, en perspectiva de la prueba pericial, ella integrada a un discurso que en el proceso judicial narra una historia, cumpliría un rol más de persuasión, que de demostración o de corroboración de un hecho. La ciencia sería usada para un mal mayor porque su propósito no sería aportar conocimiento producto del rigor científico, sino apoyar un libreto, que aunque coherente, no racional para la búsqueda de la verdad en un proceso judicial, donde verdad y función de la prueba serían ornato y eso implica concluir que estas dos variables y continuando con Taruffo (2005):

En la dimensión dialógico-narrativista la única función que puede ser asignada a la prueba es la de acreditar la narración desarrollada por uno de los personajes del diálogo, haciéndola idónea para ser «asumida como propia» por otro personaje, esto es, el juez.

La analogía confirma, más bien, que la reducción del problema de la prueba a la dimensión «discursiva» lleva el análisis a un callejón sin salida, en el que la función meramente persuasiva de la prueba resulta la única alternativa posible a la radical disolución o negación del fenómeno. (p. 84)

Las teorías expuestas visibilizan que la verdad, la prueba y el proceso judicial, si bien son tres elementos que se juntan para llegar a una decisión de un juez o de jurados, ellas no se integran con un enfoque de veracidad de los hechos, sino de impresionar o de persuadir, lo que hace inócua la prueba e inócua el proceso judicial y la decisión que como consecuencia de dicho proceso se toma. Pero la verdad en el proceso judicial no se agota en esas teorías y, como afirma Taruffo (2005):

c) La perspectiva cambia completamente si se asume el punto de vista de las concepciones que admiten la posibilidad de determinar la verdad de los hechos en el ámbito del proceso. Aunque sólo se puedan considerar aceptables las versiones relativizadas y contextualizadas de la verdad judicial, su propia posibilidad teórica y práctica constituye la premisa para una definición de la prueba como medio para establecer la verdad de los hechos.

La hipótesis de fondo es que la decisión judicial puede, y por tanto, por las razones examinadas anteriormente, debe, basarse en una reconstrucción verdadera de los hechos de la causa. Así identificado el objetivo de la determinación de los hechos, resulta evidente que con el término «prueba» se hace referencia sintetizadamente al conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada

como «verdadera». Se recupera así, aunque en un nivel distinto de conocimiento epistemológico, el nexo instrumental entre prueba y verdad de los hechos que está en la base de la concepción jurídica tradicional de la prueba. (p. 84)

Bajo el techo de esta teoría de la verdad y la función de la prueba, que tiene entre estas dos variables un eslabonamiento, se extrae que todo medio de prueba cobra sentido y significado en función de la verdad, lo cual quiere decir que la prueba pericial, cuyo análisis en este artículo está centrado en ella, tiene sentido y significado en función de la verdad, porque ¿de qué valdría acudir a la ciencia para darle soporte a un hecho, si con ella no se logra un acercamiento a lo verdadero, sino a darle apariencia de verdad o a negarla en absoluto desde unas narrativas que adornan pero que no demuestran?. Una praxis parecida lo único que lograría es desvirtuar la razón de ser de la prueba y restarle a la ciencia credibilidad y posibilidad de aportar más y mejor conocimiento cuando “sea necesario hacer valoraciones” y no solamente historias. Pero, aunque desde el objeto de estas teorías el foco de la prueba apunta a la verdad, Taruffo es cuidadoso al referirse a ellas ubicando la forma en la que lo hacen para luego inclinarse por el enfoque legal-racional, porque contrario a las dos primeras teorías sobre la verdad y la función de la prueba, en las que, de un lado, la prueba se tiene como un nonsense y, del otro lado, se considera que no aporta a la verdad sino a la persuasión de un juez a quien se le lleva una historia, en contexto de estos nuevos enfoques, más allá de la función que se le da a la prueba, dentro de ella se le asigna su entidad ligada a la verdad dentro del proceso judicial que es lo que lo inviste, también, de sentido. Afirma Taruffo (2005):

Parece también evidente que este esquema es el único capaz de dar un sentido positivo y no evanescente al concepto general de prueba como un instrumento dotado de una función específica en el ámbito del

proceso. Por lo menos, ese esquema constituye la única perspectiva de análisis en la que el fenómeno de la prueba no es inmediatamente disuelto o situado en un callejón sin salida en el que todo se reduce a una indeterminada persuasión. (p. 84)

Esta alineación de la prueba con la verdad, también es con la justeza de la decisión judicial sobre el caso concreto, lo cual quiere decir que la prueba que fuere, se justifica si, en efecto, contribuye con la verdad y la justicia. No en vano explica Taruffo (2005):

Además, debe subrayarse que sólo en el ámbito de la concepción de la prueba como instrumento para alcanzar una determinación verdadera de los hechos puede encontrarse una confirmación coherente de la ideología que más arriba se ha definido como legal racional de la decisión judicial, con todo el conjunto de garantías que se vinculan con ella.

En efecto, no tiene sentido invocar valores como la legalidad, la corrección y la justicia de la decisión si no se reconoce que la verdad de los hechos es condición necesaria para una correcta aplicación de la norma. Pero todo esto no tiene sentido si no se reconoce que la función propia y exclusiva de la prueba es la de ofrecer elementos para la elección racional de la versión de los hechos que puede definirse como verdadera. (p. 84-85)

Desde esta consideración de la prueba eslabonada a un propósito de verdad y su adhesión a una “pretensión de corrección” se hace manifiesto que el camino para entender el valor de la prueba es el de esta perspectiva legal-racional y Taruffo descartó su adherencia o simpatía a la prueba como nonsense y a considerarla desde lo narrativo o semiótico (persuasiva).

Estas teorías sobre la verdad y las funciones de la prueba, al relacionarlas con la prueba pericial como uno de los medios reconocidos para probar enunciados fácticos en el proceso judicial, pero a la vez con unas particularidades especiales en su producción, práctica y valoración, llevan a que sea necesario explicar la forma cómo en la actualidad se entiende, esto es, desde el caso Daubert en el que se impulsó a la prueba pericial por la Suprema Corte de los Estados Unidos y con respecto a la cual, Taruffo hace una importante contribución que sirve de cimiento al aporte que en este artículo ha sido prometido en relación con la prueba pericial compuesta.

B. La prueba pericial desde la perspectiva Daubert y la visión crítica del Profesor Taruffo

Una de las problemáticas que en relación con la ciencia identificó Taruffo es la que alude a la buena y mala ciencia y con respecto a que en el proceso, la mala ciencia no es de recibo por varias razones. Dice Taruffo (2005):

La historia y la práctica del uso probatorio de la ciencia en el proceso están llenas de ejemplos en los que la pretendida ciencia adquirida en el juicio no es atendible, no tiene fundamento y credibilidad, y por tanto, en sustancia, no es buena ciencia. Se trata de casos en los que las informaciones científicas no son correctas, son incompletas, no verificadas, no compartidas, o bien han sido manipuladas, referidas erróneamente, o bien —incluso— no son propiamente relevantes respecto a los hechos específicos del caso concreto. Por otra parte, existen varias pseudo-ciencias, es decir, áreas en las que se pretende que existan conocimientos generados sobre bases científicas, pero en las que estas bases no existen. (p. 4-5)

Por fortuna, los temas que sobre la importancia de un conocimiento científico bien llevado al proceso, ha tenido valiosas discusiones, no acabadas, pero han marcado un hito para avanzar constructivamente hacia una prueba pericial, afirmación que se apoya en la decisión que tomó la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1993 sobre el conocido caso Daubert cuyos hechos son, según Vázquez (2016):

en 1984 los padres de los menores Jason Daubert y Eric Schuller promovieron un juicio civil por daños tóxicos contra Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., alegando que la causa de las graves malformaciones congénitas de sus hijos en sus extremidades superiores fue la ingesta materna durante su gestación de un antihistamínico patentado por dicha farmacéutica para aliviar las náuseas y mareos causados por el embarazo: Bendectin. (p. 95)

El caso Daubert se trató dentro de las reglas y estructura judicial del sistema estadounidense que, para procesos judiciales, cuenta con jurados legos que deciden la causa sometida a su conocimiento, pero que previo a llegar a ese estadio, tiene la etapa en la que un juez decide la admisibilidad de las pruebas. Y mencionar este contexto no es un asunto menor, porque los criterios que del caso surgieron, se extendieron a otras latitudes y fueron incorporados en otros sistemas procesales y su función, aunque parecida, no termina siendo la misma por su aplicación en un momento procesal diferente con distinto propósito. En la dinámica de este sistema de admisibilidad sobre la prueba pericial en el caso Daubert, está precisado en la Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos (1993) lo siguiente:

El Tribunal de Distrito concedió un juicio sumario al demandado basado en una declaración jurada de experto bien acreditada que concluye, al revisar la extensa literatura científica publicada sobre el tema, que no se ha

demostrado que el uso materno de Bendectina sea un factor de riesgo de defectos de nacimiento humanos. Aunque los peticionarios habían respondido con el testimonio de otros ocho expertos bien acreditados, que basaron su conclusión de que Bendectin puede causar defectos de nacimiento en estudios en animales, análisis de estructura química y el "reanálisis" no publicado de estudios estadísticos en humanos publicados anteriormente, el tribunal determinó que estas pruebas no cumplían con el estándar de "aceptación general" aplicable para la admisión de testimonios de expertos. El Tribunal de Apelaciones estuvo de acuerdo y afirmó, citando a *Frye v. Estados Unidos*, 54 App. D. C. 46, 47, 293 F.1d 13, 1014, por la regla de que la opinión de expertos basada en una técnica científica es inadmisibles a menos que la técnica sea "generalmente aceptada" como fiable en la comunidad científica pertinente. (p. 1)

Esta decisión en etapa de admisibilidad de la prueba se resolvió desde el estándar de la "aceptación general" aplicable para la admisión de testimonios de expertos y era una condición que el método y los resultados de los experimentos aportados por los demandantes, no cumplía a juicio del Tribunal. Vázquez (2016) dice:

Los demandantes apelaron tal decisión argumentando que, por ejemplo, el análisis de los estudios epidemiológicos no fue publicado porque su objetivo era únicamente probar la relación causal en el caso concreto. Pero en 1991 se confirmó la decisión de primera instancia, asumiendo "la aceptación general de la comunidad científica de referencia" como el estándar de admisión para las pruebas periciales.

Finalmente, el caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1993, cuando los demandantes apelaron la decisión anterior

cuestionando fundamentalmente el criterio de admisibilidad utilizado por los tribunales inferiores y argumentando que las FRE habían superado al criterio Frye, estableciendo que la valoración de este tipo de pruebas correspondía exclusivamente al jurado y no al juez de la causa... la Corte resolvió por unanimidad la cuestión jurídica central: el estándar Frye había sido superado por la regla 702 de las FRE. Según observó la Corte, el texto normativo no hacía referencia explícita ni implícita a la “aceptación general del área de conocimiento” y, por ello, no había razones para considerarla como condición necesaria para la admisión de pruebas científicas en los juicios federales. Sin embargo, en segundo lugar, se apuntó que la sustitución del criterio Frye no implicaba que los jueces no estuviesen obligados a valorar este tipo de pruebas para su admisión. Al contrario, se especificó que el juez de la causa debería servir de “gatekeeper” (vigilante o custodio) de la calidad de las pruebas periciales en la etapa de admisión. (p. 97)

La decisión de la Suprema Corte innova al asignar al juez función de custodio sobre la calidad de las pruebas; con la estructura de un paradigma sobre la forma de valorar la admisibilidad de la prueba pericial y al desplazar en importancia al perito porque se centra en unos criterios de científicidad que él debe superar para rendir su experticia y que no suplirá solamente con sus calidades académicas y experiencia. Esos criterios Daubert son, según concreta Vázquez (2016):

cuatro factores de científicidad y/o fiabilidad probatoria, los cuales fueron propuestos por el magistrado J. Blackmun y aceptados por la mayoría de los entonces miembros de la Corte: 1. Si la teoría o técnica puede ser (y ha

sido) sometida a prueba, lo que constituiría un criterio que comúnmente distinguiría a la ciencia de otro tipo de actividades humanas. 2. Si la teoría o técnica empleada ha sido publicada o sujeta a la revisión por pares. 3. Si se trata de una técnica científica, el rango de error conocido o posible, así como la existencia de estándares de calidad y su cumplimiento durante su práctica. 4. Y, finalmente, si la teoría o técnica cuenta con una amplia aceptación de la comunidad científica relevante. (p. 98)

Los criterios constituyen un espaldarazo a la buena ciencia para demostrar la ocurrencia de un hecho porque sientan bases y edifican cuatro columnas para que el proceso judicial incluya, cuando sea necesario, conocimiento resultado de un método científico y de validación, difusión y contradicción, pero no son un tema acabado, sino un punto de partida. A ellos se refirió Taruffo desde lo académico, de tal manera que aunque los criterios constituían un novedoso y valioso aporte para la prueba pericial, el proceso judicial, el conocimiento del juez y la verdad, no podían ser aceptados de una forma acrítica como si se tratara de dogmas, sino que son elementos que sientan algunos cimientos, pero no todos. Taruffo (2012) dice:

se podrá observar que en el ámbito de la ciencia, la explicación de estos criterios consiste en establecer si la ciencia de la cual se habla presenta las condiciones mínimas de validez, pero no consiste en verificar si el conocimiento específico generado desde el experto con referencia a los hechos de un singular caso es, a su vez, científicamente válido. Un problema referente a este asunto está constituido por el hecho de que varias ciencias que tratan paradigmas diversos siguen métodos diversos (el físico no procede del mismo modo que el biólogo, por ejemplo), con la consecuencia de que la validez -y por supuesto la credibilidad- de la prueba

individual científica sea verificada haciendo referencia, de cuando en vez, a los paradigmas y a los métodos con que aquella prueba ha sido conocida. De otro lado, se puede verificar que no todas las condiciones indicadas en Daubert pueden valer para la ciencia de la comprensión: en particular, la controlabilidad empírica y la determinación del margen de error no son generalmente aplicables a las ciencias humanas. (p. 33-34)

Desde la perspectiva de Taruffo no hay rechazo a los criterios Daubert, pero él deriva problemáticas que surgen de ellos, en especial, tratándose de validez y fiabilidad del método aplicado por el perito. Taruffo (2012) indica:

Se genera, obviamente, la necesidad de verificar, caso por caso, si la forma de hipotético conocimiento a la cual se hace referencia está o no dotada de validez científica. Se reclama a propósito la distinción entre ciencia "buena" o sea atendible y dotada de verdaderos fundamentos científicos, y la ciencia "basura" (la junk science de los americanos)", o sea todas las pretendidas formas de conocimiento que en realidad no tienen alguna validez científica y que, por tanto, no pueden ser admitidas en juicio como pruebas de los hechos que deben ser confirmados. Ahora el problema se hace evidentemente, en relación con Criterios o estándares en función de los cuales se pueda establecer (y sobre todo lo pueda hacer el juez en su rol de gatekeeper) cuándo un tipo de conocimiento constituye ciencia "buena", y en efecto puede ser admitida, y cuándo, en cambio, se trata simplemente de "basura", que debe ser excluida. Es claro que un buen método para hacer esta verificación no consiste en volverse igual a aquellos que practican una determinada actividad". El juez debe

ser el director de los estándares objetivos que consisten en establecer la validez científica de la forma de conocimiento que se discute en el caso.

Todavía esto no es imposible pero puede ser en muchos casos una operación difícil. Como se ha visto, Daubert propone algunos criterios de validez científica pero es dudoso que, frente a su evidente utilidad, esos sean siempre resueltos. (p. 33-34)

La prueba pericial desde la perspectiva Daubert no incluye el cómo se hace el control de veracidad o falsabilidad, ni Taruffo lo propuso, aunque sí realizó una importante crítica sobre el alcance de los criterios, que hace que se pueda continuar por ese camino para aportar, desde la teoría legal-racionalista, sobre la importancia de la prueba para establecer la verdad en el proceso judicial y que es objeto de este artículo al sustentar la prueba pericial compuesta.

C. Prueba Pericial Compuesta: una propuesta desde la visión epistemológica de la verdad y la función de la prueba del Profesor Michele Taruffo

La propuesta de una prueba pericial compuesta se enmarca en la perspectiva epistemológica del Profesor Taruffo, y no es caprichosa, porque con él se comparte la postura de que la prueba debe ayudar a buscar la verdad y ella es instrumento necesario dentro del proceso judicial para lograrlo. También, porque es posible pensar la prueba de diferente manera y según el sistema procesal, de allí que no tiene, necesariamente, que abordarse igual en todas las latitudes. Así, la prueba pericial compuesta que se propone, sería una mejor forma de establecer la ocurrencia de un hecho, en cuanto nueva posibilidad de presentar o configurar la prueba pericial que debe quedar consolidada en el juicio, cuando se trate de casos complejos en asuntos de naturaleza penal. Sobre el particular hay fundamento en Taruffo (2005):

Es, pues, teóricamente posible tener distintas concepciones de la prueba o constatar que esta asume configuraciones variables en los distintos sistemas procesales, del mismo modo que es posible elaborar versiones distintas del concepto de verdad judicial, también en función de la variación de los sistemas procesales y de las opciones epistemológicas. Esas posibilidades se manifiestan, en todo caso, en un marco comprensivo definido por la función instrumental de la prueba respecto de la determinación de la verdad de los hechos. (p. 85)

Desde el ordenamiento jurídico vigente en Colombia regulador del sistema penal acusatorio, esto es, el artículo 373 de la Ley 906 de 2004 que consagra la libertad probatoria, también se encuentra fundamento para una nueva forma de configurar la prueba pericial ya que señala: “Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.” en armonía con el derecho a refutar consagrado en el Artículo 29 de la Constitución y el 362 y 393 de la Ley 906 mencionada.

La prueba pericial compuesta se afirma como necesaria porque se considera que, luego de una prueba pericial practicada y acto seguido refutada por otra prueba pericial, se presenta como consecuencia y desde una lógica proposicional de verdad, la afirmación de un enunciado como verdadero y, acto seguido, otro enunciado que lo controvierte y niega (refuta), con lo cual se causa, no la existencia definitiva de una prueba pericial que confirma como verdadero o falso un enunciado fáctico susceptible de valoración por el juez del caso, sino que lo que se presenta es una duda y penumbra en relación con ese conocimiento que se espera de la prueba pericial para poder hacer las “valoraciones”, todo lo cual, más que apoyar la veracidad de un hecho, lo que hace es ubicarse en un

plano persuasivo del juez dado que, realmente, lo que se ha hecho es afirmar/negar o negar/afirmar y tal confrontación de proposiciones, no conlleva a un resultado o expertise verdadero, porque si bien las pruebas están sometidas al método de contradicción, no quiere decir que ese método en la prueba pericial sea para crear penumbra de un saber experto, sino que es para aportar al proceso ese saber, bien sea que confirme científicamente un hecho o que lo niegue, pero no que se nieguen como pruebas periciales entre sí, se resten valor de verdad y, aún así, se tenga por suficiente que hubo prueba pericial.

Así y de cara a tener un enunciado fáctico como verdadero dentro del juicio por virtud de una prueba pericial, se requiere, en casos complejos, no el simple dictamen emitido por un perito y la refutación por otro, sino que se hace necesario una configuración compuesta de la prueba pericial que dirima el conflicto de conocimiento en el cual entra la prueba pericial de parte por virtud de su práctica y su refutación y por eso como premisa fundamental se comparte con Taruffo que, el proceso judicial requiere ciencia propia de saberes diferentes al derecho, pero no cualquier ciencia.

En ese contexto y luego de haber descrito, lo más fiel posible, las teorías de la verdad, la función de la prueba y los criterios epistemológicos sobre la prueba pericial desde el caso Daubert y que Taruffo analizó críticamente, se precisará lo que se entiende por prueba pericial compuesta en el contexto y ámbito de la visión epistemológica del Profesor Taruffo con respecto al cual se realiza el aporte y no de otros autores, sin querer decir con ello que no se acude a alguno si contribuye al planteamiento.

Por prueba pericial compuesta se entiende aquella que se configura, en casos complejos de naturaleza penal, haciendo partícipe a la comunidad científica desde la consideración del método simple, doble o triple ciego, que adaptado consistirá en acudir a un perito ciego inserto en esa comunidad científica en la que el conocimiento experto

encuentra su fundamento, para que sume un complemento de valoración teórica que contribuya a verificar validez y fiabilidad del conocimiento llevado a juicio, pero que ha quedado envuelto en una penumbra y duda, por la controversia científica suscitada en el juicio, con ocasión de la práctica de una prueba pericial ofrecida por una parte, que luego es refutada por la otra parte con otra prueba pericial. La configuración como prueba pericial compuesta para despejar esa duda o penumbra de conocimiento, permite acercarse a unas conclusiones, no del científico, sino de lo científico, no del experto, sino de lo experto, que es el conocimiento que requiere el juez para realizar valoraciones en casos complejos.

El término “compuesta” se le agrega como adjetivo a la prueba pericial partiendo de las acepciones del término y que según la Real Academia de la Lengua Española, significa: “Que está formado por dos o más elementos. Formada por composición. Agregado de varias cosas que componen un todo”.

El término compuesta alude a una cualificación del sustantivo lo que permite agregar algo para hacer un todo y ello asociado a la prueba pericial lo que significa es que dicha prueba para tenerse por tal en casos complejos de naturaleza penal, requerirá más elementos que la configuren como prueba pericial compuesta.

Por caso complejo se ha de entender aquel que no solamente tiene como objeto asuntos que requieren intervención de la ciencia, sino que por el tipo de delito que se juzgará, puede ocasionar en el juez prejuicio y una tendencia a decidir, no por la prueba, sino por persuasión o su íntima convicción.

Aclarado lo anterior, la prueba pericial compuesta se justifica teniendo en cuenta el contexto Daubert y el reconocimiento que Taruffo le otorga al valor de la prueba científica como medio portador del conocimiento que una comunidad científica acepta como teoría, métodos y técnicas en las que el perito se apoyó para emitir su opinión en

juicio. De esa manera, lo que llegue al proceso será conocimiento experto y no solamente una postura que puede estar sesgada desde la óptica de parte y su teoría del caso o ser mala ciencia.

Se quiere significar que el carácter cualificado de la prueba científica y su evolución desde los criterios Daubert que le quitaron al Perito exclusividad como autoridad académica y la eslabonaron a la validez y fiabilidad que a la ciencia y método en el que el perito se apoyó, le otorgue la comunidad científica, lleva a una identificación más objetiva del margen de error de la teoría y método y, por lo tanto, eso hace que como prueba que aporta conocimiento, deba practicarse de tal forma que sí consolide ese conocimiento experto en relación con determinados hechos, no para que el juez acoja obligatoriamente la prueba pericial, porque ello lo apartaría de la consideración de otros medios de prueba que debe valorar en su conjunto, pero sí para que cuente con una verdadera prueba debidamente discutida desde la ciencia y con aval de la comunidad científica como autoridad para referirse, no a la prueba, pero sí a los métodos y teorías. Ello reforzará que la función de la prueba en un proceso judicial es la búsqueda de la verdad; contribuir con la toma de decisiones más justas por el juez que podrá valorar mejor todo el conjunto de pruebas y motivar la sentencia con mayor objetividad en relación con el por qué acogió, o no, la prueba pericial y, lo hará, ya no por lo persuadido, sino porque hay prueba que encierra conocimiento experto que determinados hechos requieren. Precisa Taruffo (2005):

Una condición necesaria para la justicia de la decisión es que se averigüe la verdad de los hechos, ya que ninguna decisión puede considerarse justa si aplica normas a hechos que no son verdaderos o que han sido determinados de forma errónea. (p. 6)

En ese contexto, una decisión judicial carece de justicia si se apoya en una prueba pericial que gozó de refutación en el proceso mediante otra prueba pericial, pero no obtuvo conocimiento verificador de lo afirmado o de lo negado por los peritos, sino que fue el juez quien, luego de escuchar a los expertos que afirmaron/negaron o negaron/afirmaron, resolvió acoger una por la persuasión y no por la ciencia de la expertise. Por eso, la prueba pericial compuesta es una forma de llevar ciencia al proceso judicial para la confirmación o negación de la verdad de un enunciado fáctico y que dicha ciencia permanezca en él, aunque no sea el elemento de convicción determinante del juez para la decisión judicial, pero que tampoco sea una prueba que, por su no configuración compuesta, fue menos considerada desde la concepción legal-racional de la justicia que busca la verdad, máxime cuando afirma Taruffo (2013):

la concepción según la cual la decisión sobre los hechos de la causa tendría que basarse en la intima conviction del juez o del jurado introduce en el proceso un factor de irracionalidad incontrolable, debido a lo cual se torna imposible hablar de verdad o falsedad de la reconstrucción de los hechos que sienta los cimientos de la decisión final. (p. 29)

Una prueba pericial compuesta disminuirá la incertidumbre del conocimiento que de otras disciplinas se requiere sobre determinados hechos y la penumbra que crea el enfrentamiento de las posturas periciales en un mismo juicio que, por tal motivo, requieren una base científica complementaria que las confirme o niegue y que ocurre porque cada experto está, o al menos debería, equipado de un acervo teórico conceptual que es el que entre expertos se debate de cara a unos hechos. Como ejemplo hay pruebas como el test genético que, según Taruffo (2012):

requieren de control analítico y profundo antes de que se pueda decir que el éxito del test es verdaderamente seguro en el porcentaje que

viene indicado. Parece obvio que sea el juez el que debe verificar la existencia de todas las condiciones necesarias, antes de poder aceptar tal éxito como "verdadero". (p. 39)

Pero esa obviedad de que el juez debe verificar todo, no se comparte con el Profesor, porque el juez, aunque la teoría tradicional diga lo contrario, no es perito de peritos, ya que carece de la misma formación del experto y porque si lo que se requiere es que llegue al proceso judicial conocimiento desde un campo del saber y cuyo medio es la prueba pericial, a lo que se le debe apostar es a construir una prueba pericial compuesta y no simplemente a la prueba en el sentido unidimensional o bidimensional que se tiene establecido, porque en esa forma, no surge una prueba pericial definitiva y concluyente si al rendirla un perito de parte, su validez y fiabilidad, es refutada por el perito de la otra parte.

La prueba pericial compuesta responde a una necesidad de control analítico y profundo del conocimiento experto con el cual se apoya la ocurrencia o no de un hecho y así podrá el juez tener los elementos cognoscitivos con la prueba pericial de cara a su verificación. De esta forma, se podrá controlar idóneamente el hecho de que como lo afirma Vázquez (2018), “un buen experto/perito puede cometer errores inferenciales en un caso concreto por tomar en cuenta solo una parte de la información disponible o siendo inconsciente de que sus emociones o su carácter han contaminado su proceso de conocimiento” (p. 72). Si bien un primer control analítico del experto se hace con el conainterrogatorio y alguna pregunta complementaria que realice el juez, lo cierto es que su expertise realmente queda cuestionada cuando otro experto refuta, con ciencia, sus métodos y teorías, caso en el cual, para la prueba surge una penumbra de conocimiento que no se satisface mediante un careo de expertos, sino mediante una intervención de la comunidad científica que ha validado las teorías y métodos en las que el perito se ha

apoyado para rendir su informe. Y aunque en relación con la ciencia en el proceso dice Taruffo (2012):

A estas consideraciones se puede, por ejemplo, objetar que no se tiene en cuenta la clásica paradoja por la cual, si el juez decide servirse de un experto para adquirir nociones que él mismo no conoce y valoraciones que no puede formular a causa de su particular naturaleza técnica o científica, entonces sería absurdo pedirle que verifique la fundamentación y validez científica de la prueba que los expertos le realizan, porque esto supera por definición su cultura. La paradoja es, sin embargo, solamente aparente. En efecto, lo que se pide al juez no es que sustituya al experto, para repetir todas las actividades que el experto ha realizado en el ámbito de sus específicas capacidades y competencias. Que el juez deba operar como *peritur peritorum* -por usar la fórmula tradicional- significa que el juez debe controlar esto que el experto ha hecho, con la finalidad de verificar la validez y la credibilidad del resultado que deriva de la prueba científica. Comoquiera, el juez debe valorar la correcta realización del procedimiento y la validez del método que ha sido seguido en la realización de la prueba científica. Por decirlo con una fórmula sintética, el juez no debe transformarse en un científico (cosa que lo transformaría en un *apprenti sorcier* de lo cual verdaderamente no se siente la necesidad), pero debe operar como un epistemólogo, es decir, como un sujeto que verifica la validez del método con el cual han estado uniendo determinados resultados probatorios. (p. 40)

Al respecto se discrepa porque el juez cuando se enfrente a una prueba pericial rendida y refutada por el mismo camino, carece, por más rol de epistemólogo que tenga, del conocimiento fundamental para descartar la validez de uno u otro procedimiento o del método, quedándole solamente la persuasión. Así, será la prueba pericial compuesta la que le aporte más conocimiento y fiabilidad en relación con el procedimiento y método que deberá valorar, bien para acoger, o no, la prueba, pero al menos no será por lo persuadido, sino por lo instruido que ha quedado sobre la probabilidad de la ocurrencia de un hecho, soportado realmente en la ciencia, esa que la comunidad científica ha construido, deconstruido, complementado, verificado y respaldado. De lo contrario, se estaría ante dos clases de conclusiones: las de la comunidad científica y las del juez de un caso concreto.

Ahora bien, no se desconoce lo que en relación con la prueba científica dice el Profesor Taruffo (2012):

Se necesita, de otro lado, considerar que el juez no opera solo. La prueba científica se forma y se transforma con el contradictorio de las partes, y esto comporta al menos dos consecuencias importantes: la primera es que también los abogados deben disponer de los conocimientos de carácter epistemológico necesarios para la utilización racional de las pruebas científicas, por ejemplo, para verificar preliminarmente su aducción y controlar la calidad de los expertos que sirven como peritos de parte"; naturalmente los mismos criterios sirven para valorar la utilización de otras pericias de parte, y también para verificar la calidad del experto nominado por el juez. La segunda consecuencia es que los defensores, eventualmente por medio de los peritos, pueden llevar al juez los elementos necesarios para una valoración crítica profunda de la prueba

científica al proceso. Bajo este perfil se espera de las partes y de los defensores, el derecho y el deber de colaborar con el juez, por una correcta utilización de estas pruebas. (p. 41)

Si embargo, en armonía con lo expresado en relación con la prueba pericial compuesta y en contraste con lo afirmado por Taruffo en relación con la participación de los Abogados, si bien no se discute que por su rol están en el deber de contar con una episteme vasta y que su participación en el interrogatorio y contrainterrogatorio al experto, contribuye al control analítico de la postura de éste, sí se considera insuficiente tal participación de cara a la búsqueda de la verdad de un hecho con la prueba pericial desde una postura legal-racional, porque cuando la prueba pericial de parte es refutada con otro perito por la otra parte, surge una penumbra de conocimiento que deja al juez en una posición de asumir conclusiones, mas desde la persuasión que desde la ciencia y, adicional, los Abogados estarán, estratégicamente, aprovechando la penumbra para la defensa de su teoría del caso.

En esta lógica de que sea una buena ciencia la que llegue al proceso y que los componentes de fiabilidad y validez son de suyo importantes tal y como lo desveló el conjunto de criterios surgidos del caso Daubert, lo paradójico es que al tiempo de adoptarlos y reconocer su relevancia, se ha mantenido la postura binaria de la prueba pericial - una parte ofrece la prueba pericial y la otra la refutación - dejando todo y como lo señaló Taruffo a una valoración profunda del juez, sin embargo, y en clave de reforzar la postura de la necesidad de una prueba pericial compuesta para casos complejos: ¿cómo se puede valorar profundamente por el juez una prueba pericial que fue practicada y acto seguido refutada, esto es, afirmada/negada o negada/afirmada?. Sin duda, el juez por más que realice una valoración profunda de la prueba no podrá llenar la penumbra de conocimiento porque no es su experticia y solamente le quedará optar por una postura

desde la teoría de la verdad basada en la persuasión, en la que serán las narrativas más suasorias apoyadas en las credenciales del perito o en su elocuencia, las que le sirvan para que incline la balanza en favor del perito más convincente, aunque la ciencia que haya aportado esté refutada.

Para mejor comprender la propuesta, la base de la prueba pericial compuesta la sienta el mismo Profesor Taruffo (2012) con su postura según la cual: “La validez de la prueba individual científica se verifica con base en los paradigmas y en los métodos de cada ciencia particular.” (p. 34). Así, ahí están las palabras clave para fundamentar la prueba pericial compuesta en casos complejos y cuya necesidad de ella, como se ha indicado, surge por la práctica de la prueba pericial de parte y su consecuente refutación y aumenta si, además, se tiene en cuenta que si ya es problemático cuando con una prueba pericial bien practicada no se le tiene como confirmatoria de un hecho, con mayor razón cuando la prueba científica lo afirme, pero acto seguido sea refutada por otra y surja de allí la penumbra.

Otro aspecto para aumentar razones de necesidad de la prueba pericial compuesta, surge de cómo la Suprema Corte de los Estados Unidos indicó que el juez de la causa debería servir de “gatekeeper” (vigilante o custodio) de la calidad de las pruebas periciales en la etapa de admisión, es decir que el juez no puede ser un convidado de piedra aunque en ese sistema de admisibilidad, sean las partes las que tengan la carga de demostrar las reglas del caso. Ahora bien, si en una fase como la de admisibilidad de la prueba en la que el Juez no decide en relación con una condena, él adquiere el deber de centrar su atención en la calidad de la prueba, ¿qué razón se tendría para no considerar que el juez de conocimiento en un sistema como el colombiano, también requiere procurar la calidad de la prueba pericial que como medio será la que le lleve el conocimiento que se requiere para poder afirmar si un hecho pudo ocurrir o no, sobre todo en casos complejos? ¿Qué

razón se tendría para no atribuirle al juez esa carga, luego de que en Colombia conforme a la ley 906 de 2004 se acogieron los criterios Daubert, pero reubicados en otra etapa procesal (práctica y valoración), en comparación con el sistema norteamericano, ya que el sistema penal en Colombia si bien considerado adversarial, no tiene fase de admisibilidad de igual rigor, sino que basta argumentar en la audiencia preparatoria la pertinencia de la prueba pericial?.

Esa diferencia en la etapa procesal para hacer la pregunta por el método y todo el sustento científico de una pericia, debe implicar un mayor control para este tipo de prueba en dónde no se controla la calidad de ella para que otro la escuche y valore, sino, más grave, para decidir con la primera impresión, a veces, todo el juicio. En ese panorama, afirma que no optar por una prueba pericial compuesta, sino por la decisión del juez que elija la que mejor lo convenza, lleva a una producción de una sentencia errada y contraria a la justicia por los enunciados contrapuestos. Dice Taruffo (2003):

se dice que un enunciado fáctico es verdadero si está confirmado por pruebas y es falso si las pruebas disponibles confirman su falsedad; y no está probado si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad. En función de cuál de estas posibilidades se dé, el juez decidirá de uno u otro modo y extraerá diferentes consecuencias jurídicas. (p. 31)

En el contexto de este enunciado, piénsese en la prueba pericial aportada al juicio por una de las partes, la cual, per se, confirma o niega un hecho, pero piénsese también en su refutación que logra hacer todo lo contrario, confirmar si la primera negó o negar si lo que hizo fue confirmar. En ese caso, no es que no haya prueba sino que ha surgido una duda (no sobre la culpabilidad o la inocencia del procesado), sino sobre cuál prueba pericial realmente contiene la ciencia (conocimiento) que niega o confirma y surge

también una penumbra de conocimiento, porque de la afirmación/negación o negación/afirmación, la luz que como conocimiento surge para el Juez no sería suficiente para que el enunciado fáctico se tenga como verdadero con una prueba pericial que ha sido refutada. Por eso se estima que la prueba pericial debe avanzar hacia una configuración compuesta, porque permite un control de veracidad de la opinión del perito en el contexto de la ciencia en la que se sustenta y se mantendría la prueba adherida a la teoría de la valoración legal-racional pero sumándole ese control de veracidad a la narración presentada por peritos, que es uno de los aspectos de los que carece este medio de prueba bajo la égida de las teorías de la verdad y desde los criterios Daubert.

Es que si valorar la prueba requiere un ejercicio racional, la prueba pericial refutada mediante otra prueba pericial, deja el proceso sin una prueba pericial definitiva, porque si bien ella hace parte del proceso, decidirse por la que afirma la ocurrencia de un hecho o por la que lo niega, no tiene nada de racional, sino de convicción o de persuasión y no tendría nada de ciencia aunque el juez tenga una amplia episteme, pero que no se corresponde con la ciencia que el hecho requiere.

La prueba pericial compuesta será útil a la búsqueda de la verdad desde una concepción legal-racional, porque hechos y prueba deben tener una relación inescindible, pero si una prueba pericial es refutada por otra, pierden las dos conexión con el hecho que es objeto de ellas, por tanto, se requiere una complementación externa en rol de perito ciego inserto en la comunidad científica, que confirme desde el método y las teorías, una de las dos-la que afirma o la que niega-para poder asumir que hay una verdadera prueba pericial sobre un hecho, que le lleva conocimiento experto al Juez, de modo que le sirva para que pueda él afirmarlo o negarlo, como probado, aclarando que no necesariamente la prueba pericial compuesta determinará la decisión en casos complejos, pero no tenerla, sí debería hacerlo.

III. Conclusiones

La prueba debe aportar a hallar la verdad, porque es con ella que realmente se obtendría una decisión judicial creíble que materialice reales criterios de justicia, por eso, debe adquirir una configuración compuesta en casos complejos que permita determinar que lo que han expuesto los peritos sí tiene una acogida en la comunidad científica y contribuirá a eliminar el riesgo de que la prueba sea un nonsense o solo persuasiva del juez.

El sistema procesal y probatorio, demandan una revisión y replanteamiento para darle cabida a nuevas configuraciones de la prueba pericial en un contexto histórico en el que la ciencia ha empezado a tener un rol mayor para que pueda ser usada en función de la verdad que ella busca. La libertad probatoria admite todo tipo de prueba, pero una adecuada política legislativa podría, sin tasar la prueba, darle un mínimo de materialidad legislativa a la prueba pericial compuesta, ya que adoptó la posibilidad de la refutación en el sistema penal colombiano.

IV. Referencias

Ley 906 de 2004. (2004, 31 de agosto). Congreso de la República. Diario Oficial No. 45.657. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. Madrid, España: Editorial Trotta.

Vázquez, C. (2016). La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert". *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 86, 92-112.

Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993). Justia. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/>

Taruffo, M. (2012). La ciencia en el proceso: problemas y perspectivas. (D. Ramírez, Trad.; (1.a ed.). *Derecho probatorio contemporáneo, prueba científica y técnicas forenses*. (pp. 27-41).

Taruffo, M. (1.a ed.). (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los*

hechos. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación Carlota Armero
núm. 5000, colonia CTM Culhuacán.

Vázquez, C. (2018). La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines. *Revista Isonomía*, 48, 69-107.

Taruffo, M. (2003). Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Discusiones. Prueba y conocimiento*, 15-41.