

Manco López, Yeison; Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo
La prueba pericial en el proceso penal colombiano desde la dimensión social de la
epistemología
Scientia, núm. 160, julio-diciembre, 2015, pp. 51-76
Universidad de Panamá
Panamá, Panamá

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=651769460003>



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: El ahorcado
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2015

La prueba pericial en el proceso penal colombiano desde la dimensión social de la epistemología¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a03

1 Artículo de investigación, producto del proyecto “La prueba pericial: el sistema de valoración en el proceso penal colombiano”, terminado en agosto de 2014, fue investigador principal el profesor Luis Bernardo Ruiz Jaramillo y coinvestigadores los profesores Yeison Manco López, Óscar García Arcila, Alejandra Ortiz Fernández y Lina Marcela Estrada Jaramillo; participó como estudiante en formación de pregrado Camilo González Estrada y como estudiante de maestría Julián Alexander Zuluaga Restrepo. Se contó con el servicio técnico de traducción del profesor Álvaro Yepes Henao. La investigación fue inscrita en el Sistema Universitario de Investigación, según Acta 13 de enero 16 de 2013 del Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI– y financiada por el Fondo de Apoyo al Primer Proyecto de Profesores de la Universidad de Antioquia. El proyecto está adscrito al grupo de investigación “Estado de Derecho y Justicias-EDJ” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma Universidad.

Fecha de recepción: 29 de septiembre de 2015

Fecha de aprobación: 19 de octubre de 2015

La prueba pericial en el proceso penal colombiano desde la dimensión social de la epistemología

Yeison Manco López²

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo³

Resumen

En este artículo se prefiere hablar de la dimensión social de la epistemología en consideración a que el derecho es una construcción social, ya que es un ámbito colaborativo en el que los individuos producen conocimiento y decisiones a partir, entre otros, del sentido común o la ciencia. Desde esta dimensión, con autores clásicos como Haack, se afrontan aspectos de la prueba pericial tales como la científicidad, la competencia epistémica del juez-lego para valorar el conocimiento experto. Asimismo, se estudia la concepción de la prueba pericial como auxiliar del juez y las consecuencias de la misma para reglas jurídicas como la prohibición del conocimiento privado del juez y el uso de las generalizaciones del conocimiento humano. Finalmente, con los aportes de autores no-clásicos como Shapin o Kitcher se pone en cuestión, a partir de las prácticas sociales, el trasplante del adversarialismo en Colombia debido a la desigualdad que genera para la defensa.

Palabras clave: prueba pericial, epistemología, juez-lego, perito de parte, sistema adversarial, valoración racional.

The expert evidence in the Colombian criminal proceeding from the social dimension of epistemology

Abstract

Departing from an understanding of Law as a social construction, as well as a collaborative endeavor in which different individuals produce knowledge and make decisions based, among other elements, on their commons sense of science, this article explores the social dimension of epistemology. From this perspective, and grounded on classic theorists such as Haack, the paper examines different aspects of the “expert evidence”, including the scientificity, as well as the lay judge’s epistemic competence to assess expert’s knowledge. In the same manner, this report also explores the expert evidence as an assistant to the judge, and the consequences thereof for legal rules such as the prohibition of the judge’s private knowledge and the use of human knowledge generalizations. Finally, drawing on non-classical authors such as Shapin or Kitcher, and based on social practices, the paper calls into question the adversarialism being transplanted in Colombia, and the level of inequality generated for the defense.

Keywords: expert evidence, epistemology, lay judge, party expert, adversarial system, rational assessment.

-
- 2 Abogado y Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia. Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Integrante del grupo de investigación Estado de Derecho y Justicias. Correo electrónico: yeison.mancol@udea.edu.co. A.A. 1226. Dirección de correos U. de A.: Calle 70 No. 52-21, Medellín, Colombia.
- 3 Abogado, Magister en Filosofía Política, actualmente cursa estudios de doctorado en Derecho en la Universidad de Rovira I Virgili (España) Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Integrante del grupo de investigación Estado de Derecho y Justicias. Correo electrónico: bernardo.ruiz@udea.edu.co. A.A. 1226. Dirección de correos U. de A.: Calle 70 No. 52-21, Medellín, Colombia.

Citación de este artículo usando el sistema APA: Manco López, Y. & Ruiz Jaramillo, L. B. (2015). La prueba pericial en el proceso penal colombiano desde la dimensión social de la epistemología. *Estudios de Derecho*, 72(160), 51-76. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a03

La prueba pericial en el proceso penal colombiano desde la dimensión social de la epistemología

Introducción

Este artículo presenta resultados de la investigación “La prueba pericial: sistema de valoración en el Código de Procedimiento Penal colombiano” (en adelante CPP/2004). El proyecto, entre otros objetivos, aspiró a investigar sobre la “caracterización del estatuto epistemológico” de la prueba pericial; lo mismo que el estudio del perito como órgano de prueba y la prestación del “servicio público de pruebas periciales”. En su desarrollo se encontró una amplia bibliografía sobre temas de epistemología en el derecho probatorio y en especial en las pruebas periciales. El hilo conductor y la perspectiva del estudio del presente artículo, es la dimensión social de la epistemología en el campo del derecho probatorio, más concretamente, en las pruebas periciales.

Los problemas que cabe abordar, desde lo epistemológico, consisten en si existe algo que pueda llamarse “estatuto epistemológico” en el conocimiento científico; si lo científico se constituye o no en categoría especial del saber con algún tipo de privilegio sobre otros saberes. Desde luego, caben otras preguntas conexas con las anteriores, tales como si es posible, en la época actual, concebir la función del *iudexperitus peritorum* y, por ende, si existe una total libertad del juez para usar su conocimiento privado cuando se trata de saberes expertos; en este mismo ámbito se cuestiona sobre la posibilidad de que el juez pueda integrar la experiencia de la vida en la valoración de la prueba. Relacionado con estos cuestionamientos también se plantea cómo debe concebirse la prueba pericial, si como auxiliar del juez o como medio de prueba en estricto.

Finalmente, se pregunta sobre la justificación de la creencia a partir del testimonio; en especial, si la misma es un acto de voluntad o si se somete a las reglas de la racionalidad práctica. Asimismo, se aborda el problema de la calidad del conocimiento experto que se adquiere con el servicio público de pruebas periciales para la defensa en un entorno institucional o burocrático como el regulado en Colombia.

Para abordar esta problemática debe tenerse presente que la prueba en general, desde los estudios clásicos de la epistemología, es un concepto que se encuentra intrincado en la formación del conocimiento y de las decisiones en muchos ámbitos sociales de la vida de las personas, ya sea el personal, el familiar, el social, el profesional, el académico, el burocrático, el judicial o el científico. No obstante, como lo advierte Haack (2007), en algunas vertientes de la filosofía se pregonan la idea según la cual las creencias son una construcción social y al mismo tiempo se muestra escepticismo sobre el papel que juega en las mismas lo individual, la razón o la prueba. Escepticismo que ocurre toda vez que se considera que lo determinante en la conformación de las creencias es una suerte de negociación social o de conformidad con el conocimiento que se construye por razones ideológicas en ámbitos sociales como los mencionados (pp. 20-21).

En contraste con esta última concepción escéptica, en este artículo se parte de la idea clásica según la cual la prueba de los hechos juega un papel importante en las creencias individuales junto con las creencias de otras personas. Se advierte que en esta oportunidad no se tiene como objeto rebatir las tesis escépticas sobre los hechos, la prueba y la construcción individual de las creencias; sin embargo, sí se toman algunos conceptos importantes que vienen desde esas posturas que reivindican los estudios sociales de la ciencia, entre los que se encuentra el problematizar alrededor del papel de las instituciones o de la burocracia en la calidad del conocimiento que se conforma en el ámbito de la ciencia, y la implicación que tienen en el campo judicial y las pruebas periciales.

El objetivo general que se plantea en este artículo es el estudio de la dimensión social de la epistemología en el ámbito del derecho probatorio, de algunas de las concepciones y de las instituciones de la prueba pericial, teniendo presente tanto la normatividad procesal penal, como también la que regula el funcionamiento del servicio público de peritos en Colombia. Así se estudian las concepciones de la prueba pericial, en tanto auxiliar del juez o de mera opinión, o la del juez perito de peritos o la del conocimiento como autoridad; y se analizan, asimismo, las instituciones del adversarialismo, del conocimiento privado del juez, del perito de parte y de los criterios de científicidad.

Los objetivos específicos son: 1) Analizar y poner en cuestión la solidez, en la época actual, de la demarcación de las diferentes modalidades de pruebas periciales, en particular, a las que la legislación procesal penal les concede una caracterización especial como científicas o técnicas. 2) Estudiar las concepciones de la prueba pericial como auxiliar del juez o como medio de prueba en estricto o el juez como perito de peritos, desde la dimensión social de la epistemología y las consecuencias que conlleva para las reglas jurídico-probatorias como la

prohibición del conocimiento privado en la decisión judicial, los roles del juez y las partes, asimismo, la función de las generalizaciones del conocimiento humano en la valoración probatoria. 3) El análisis y la caracterización del perito y de las instituciones que prestan el servicio de pruebas periciales desde la dimensión social de la epistemología, en concreto, la conformación de las creencias en la burocracia estatal en instituciones como Medicina Legal y Ciencias Forenses, y la Defensoría del Pueblo, en un sistema adversarial como el que regula el CPP/2004.

Desde el punto de vista metodológico, el enfoque comprensivo es el pertinente para desarrollar este estudio, ya que en el ámbito epistemológico se puede dar cuenta de la multiplicidad de relaciones y condiciones de posibilidad que median la idea de conocimiento científico en la prueba pericial. Así, se parte de la idea según la cual el conocimiento científico no es ascéticamente neutro, concluyente y universal, por tal motivo, la perspectiva que arrojan los autores que se estudian en este trabajo es la más apropiada para fundamentar la investigación.

Las fuentes principales de este estudio documental son las obras originales de autores como Haack (2014), Carmen Vásquez (2014) y Dwyer (2008) quienes desde una perspectiva de la epistemología clásica ponen de presente la dimensión social del conocimiento para el estudio de las pruebas periciales; asimismo, se abordan otros autores como Weber (1964), Shapin (1995) y Kitcher (1995) que aunque asumen posiciones más fuertes sobre la incidencia de lo social en el conocimiento, sirven para caracterizar instituciones burocráticas relacionadas con la producción del conocimiento experto para el proceso judicial.

La temática en estudio se divide en dos capítulos: en el primero se explora la dimensión social del conocimiento en la prueba pericial; y en el segundo, se aborda la incidencia de las prácticas sociales sobre las instituciones o la burocracia en la producción del conocimiento experto para el proceso judicial.

1. La dimensión social del conocimiento en la prueba pericial

Se puede decir con Dwyer (2008) que la epistemología en el ámbito jurídico trata de cómo los jueces buscan, en lo mejor de sus capacidades, formarse creencias justificadas sobre la verdad basados, al menos en parte, en pruebas periciales en las que deban confiar. Por tanto, la epistemología jurídica ocupa un espacio dentro de la filosofía aplicada, concretamente en el área de la epistemología, así como dentro del derecho en relación a la prueba judicial (p. 9). Para efectos de este trabajo no se hace diferenciación de fondo entre conocimiento y creencia (Vásquez, 2014); se parte de la advertencia de Ferrer (2007, p. 19) en cuanto que en el ámbito jurídico-probatorio el conocimiento posible es el racional y experiencial, por lo que no es

aceptable dar por justificada una decisión solo con base en una creencia que no tenga un fundamento empírico. Ello en tanto se tiene como punto de partida el concepto de Estado de Derecho que exige obedecer la regla según la cual las actuaciones en el Estado, deben ser controlables y estar justificadas, de manera que no pueden alcanzar legitimidad las decisiones simplemente voluntaristas o caprichosas.

La dimensión social de la epistemología se expresa con dos tipos de componentes, de un lado, los próximos a la tradición de la prueba judicial; y del otro, los allegados a la sociología del conocimiento o algunas filosofías sociales. Como se verá estas distinciones no siempre resultan totalmente radicales, aunque si se pueden describir los ámbitos en que operan los aspectos sociales en el campo del derecho probatorio. En este trabajo se toma como referente la idea de Haack (2014) de una misma concepción epistemológica, por lo que, se prefiere hablar de dimensiones de la epistemología (individual o social) más que de epistemologías (individual, o social, o jurídica, o del sur, o feministas). La prueba pericial, desde la dimensión social de la epistemología, puede caracterizarse por los siguientes componentes:

Primero. La inmediación del juez en el conocimiento en el ámbito de los procesos judiciales es quizás uno de los componentes que más caracteriza, desde una concepción clásica de la epistemología, el proceso penal, pues se trata de un ámbito institucional y burocrático en el que se considera que en la figura del juez hace eclosión, oficialmente, la decisión sobre los hechos. Esta exigencia es expresión del carácter colaborativo del proceso judicial (Dwyer, 2008, p. 22). Por ello el CPP/2004 exige que sean los jueces, con sus cualidades de independientes e imparciales los que decidan sobre el crimen y la responsabilidad (Arts. 6, 19, 56-65); igualmente, la determinación de los hechos relacionados con el delito y la responsabilidad del acusado le corresponde a la jurisdicción penal (Arts. 29-55).

De esta manera, queda proscrita toda forma de justicia privada o por mano propia. Así, el componente social en el ámbito de la prueba judicial es, por excelencia, la presencia de un tercero llamado juez a quien le corresponde juzgar o decidir con base en la actividad probatoria que le propongan y le alleguen las partes a partir de sus investigaciones. Lo jurídico es un ámbito en el que, por medio de la prueba judicial, la información se dirige a un tercero a fin de que él la controle en cuanto a su admisibilidad y decida la solución del conflicto con base en ella.

De otra parte, al juez se le cuestiona su competencia epistémica (Dwyer, 2008, pp. 97-98) para controlar y decidir el conocimiento científico o técnico. La prueba pericial, por definición, se refiere al conocimiento de carácter científico, técnico o práctico que en todo caso supera el sentido común del juez. De allí se derivan debates que tienen que ver con la composición del juez; si el juez debe ser unicameral (único) o bicameral (el juez-funcionario del derecho y el jurado de los hechos);

o si es lego en los conocimientos especializados y si tiene o no la idoneidad para decidir sobre la admisión del saber experto y para su valoración en la sentencia; o si es preferible que el juez ostente la doble función juez-experto.

Al respecto, el juez-funcionario tiene la ventaja de conocer el medio judicial, así como el comportamiento de los abogados y de los peritos, y mejor conocimiento de las relaciones que se pueden dar entre peritos, abogados y las empresas relacionadas con los litigios (Kaye *et al.*, 2011). Por su lado, el jurado tiene la ventaja de integrar a la sociedad a los procesos judiciales y darle mayor legitimidad social a sus decisiones, pero tiene la desventaja de ser más sugestionable o manipulable por las partes, y por ende, con mayores dificultades para superar los sesgos adversariales. Aunque en esta oportunidad no se profundiza sobre el asunto, hay que admitir que la disyuntiva unicameral-bicameral tiene desventajas que son superables con adecuadas regulaciones normativas.

Ahora bien, en relación con la disyuntiva juez-lego (unicameral o bicameral) o juez-experto, hay que mencionar que esta última opción tiene dos importantes inconvenientes en gran medida insuperables: en primer lugar se encuentra el denominado sesgo cognitivo, y en segundo lugar, la falacia del *iudexperitus peritorum*; los cuales se abordarán luego. Por lo pronto, puede decirse sobre estas disyuntivas que la solución más adecuada es un sistema de juez-lego, acompañado, según Vásquez (2014), de la estructuración de un proceso judicial más heurístico en el sentido de que el juez-lego tenga suficientes herramientas (cognitivas y procesales) para percibir los signos de credibilidad o desconfianza frente al perito y/o el conocimiento experto que se allega al proceso.

Segundo. Se tiene que el ejercicio de determinar los hechos relacionados con el delito y la responsabilidad del acusado por parte del juez debe estar “fundado en las pruebas (...)” (Art. 381 del CPP/2004). Esto es, el denominado por los estudiosos del derecho procesal (Devis, 1995, p. 116) o de la filosofía del derecho (Gascón, 1999, p. 128) como la necesidad de la prueba. Precisamente, la epistemología clásica tiene como aspecto esencial establecer las conexiones entre la prueba y la justificación de las creencias. Aspecto que en el campo jurídico también es primordial en tanto la prueba es el fundamento de las decisiones (o creencias) de los jueces. En esta oportunidad se sigue la opción que plantea Haack (2014) en el sentido de acoger una concepción epistemológica clásica en la que la prueba tiene un papel protagonista en la conformación de las creencias en el ámbito judicial; aún más, la concepción de la prueba que se pregoná aquí tiene un componente experiencial básico.

Tercero. El carácter experiencial de la prueba judicial se puede ver cuando el CPP/2004 exige que los testigos declaren en cuanto a “la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la

percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración” (Art. 404); en relación con la prueba pericial prescribe el mismo código que “las investigaciones o los análisis se realizarán por el perito o los peritos, según el caso” (Art. 406). En términos de Haack, la prueba con respecto a las afirmaciones empíricas incluye la experiencia sensorial del sujeto, sus ojos, sus oídos etc. (2014, p. 13). Es de anotar que los aspectos sensoriales o perceptuales de la prueba son una exigencia importante en el derecho probatorio, a pesar de que la estructura de la prueba judicial impida la percepción o experimentación directas o inmediatas por parte del mismo juez: por ello, los testigos son los ojos y los oídos del juez. Así, la normatividad le exige al testigo que describa los hechos que percibe. No obstante, dentro del mismo pensamiento epistemológico clásico existen muchas divergencias sobre lo que es o no considerado como la prueba y las conexiones entre estas y las creencias; precisamente, tal es el marco en el que se discute qué es lo que significa la prohibición de que el juez use su conocimiento privado como prueba.

Cuarto. A los jueces en sus decisiones les está prohibido “utilizar su conocimiento privado” como prueba (Art. 435), por tanto, éstos deben fundar sus decisiones en el conocimiento que le aporten los denominados órganos de prueba (testigos o peritos o documentos). Con esto, como lo considera Dwyer (2008), se busca evitar el prejuzgamiento (p. 22). Esta prohibición es muy propia de la prueba judicial, ya que en otros ámbitos del conocimiento al analista o al investigador si le está permitido el uso del conocimiento privado. Como consecuencia de esto, en la modernidad, se proscribe al antiguo “juez-justiciero”, quien fungía como testigo presencial de los hechos y en el mismo acto aplicaba justicia. La prohibición en cuestión es un componente de estampa profundamente social, ello en la medida en que el juez necesita del testigo para obtener el conocimiento; en términos epistémicos existe dependencia epistémica (Vásquez, 2014, p. 29) del juez con el órgano de prueba (el testigo); lo cual es explicado en términos de Dwyer (2008) al mencionar que el proceso es un ámbito en el que la determinación de los hechos es colaborativa (p. 22).

No obstante lo anterior, es ineludible que el juez ponga su conocimiento privado en la decisión, más no como prueba, sino a la manera de generalizaciones del conocimiento humano para valorar la prueba. La acepción de la prueba como lo probado (*proof*) trae a escena el papel que al momento de la decisión, cumplirán la prueba de los hechos y la interpretación de los mismos a partir de las generalizaciones del conocimiento humano. En términos de Dwyer (2008), las generalizaciones del conocimiento humano son un componente social que se constituye en el pegamiento de las inferencias que hace el juez a partir de las pruebas (pp. 60-62). Se advierte que para evitar la falacia del *iudex peritus peritorum* el juez no puede, *motu proprio*, integrar a su decisión el conocimiento privado de

carácter experto que posea, ya que el conocimiento experto debe obtenerse con las garantías procesales en el contexto del proceso.

Quinto. La prueba de los hechos y las interpretaciones. La prueba judicial se concibe para efectos de este trabajo como una combinación de lo empírico y de las razones (Haack, 2014, pp. 13-14). Lo empírico se entiende, en términos de Haack (2009) como un equivalente aproximado a “factual” (p. 52); valga decir que se relaciona con los hechos. Por su parte, las razones se refieren a las inferencias o a las generalizaciones del conocimiento humano, incluyendo, entre otros componentes, el uso de la lógica. Al efecto, el *fundherentismo* de Haack (2009) se manifiesta con una combinación de fundacionalismo y coherentismo en la justificación de la creencia; tomando del fundacionalismo lo experiencial o sensorial como un componente que se ubica en la base de la justificación de una creencia; y del coherentismo, la conformidad con otras creencias de diversos tipos, entre ellas, las generalizaciones del conocimiento humano.

En la filosofía del derecho, desde Ferrajoli (1995), se resuelve este asunto en el ámbito de la valoración probatoria combinando la teoría de la verdad como correspondencia con las teorías sintácticas y pragmáticas como la coherencia y la aceptación justificada, lo primero como aspecto empírico y lo segundo como razonamientos de diverso orden (pp. 65-67). Desde el derecho procesal, Devis (1995), se refiere a la concepción de la prueba judicial como los motivos o razones que se desprenden de los medios de prueba (p. 34). Así, el hecho y su interpretación son imprescindibles. Las concepciones de la prueba como medio (*evidence*) y como lo probado (*proof*) se unen en el contexto del proceso, desde su producción a su valoración; la producción tiene como aspecto central el juego de roles entre las partes, el juez y los órganos de prueba; y la valoración tiene como aspecto básico los razonamientos o las inferencias que se hacen a partir del medio de prueba y el papel de “pegamiento” o conexión que cumplen las generalizaciones del conocimiento humano.

La imposibilidad epistémica de distinguir tajantemente hechos e interpretaciones se manifiesta en el campo de la prueba pericial con la cuestionable distinción entre hechos y opinión; con la cual se ha caracterizado al medio de prueba (testigo) como quien lleva los hechos al proceso, y al perito como quien da una mera opinión. La consecuencia de la pericia como opinión es que se toma como un conocimiento auxiliar del juez y no como medio de prueba. Al respecto, explica Dwyer (2008) que tal distinción en términos categóricos es inútil ya que ignora la complejidad de los pasos de la inferencia que pueden haber llevado a la formación de un hecho o una opinión; casi todos los ‘hechos’ se forman por inferencia, pero se separan de las ‘opiniones’ porque el grado de inferencia es considerado como pequeño (pp.

96-97). Menciona Vásquez (2014) que desde la epistemología las diferencias entre el testigo experto y el testigo lego son más bien de grado en las formas jurídico-procesales, ello en cuanto al tipo de afirmaciones que se le permite a cada uno, a las formas de recusaciones o tachas o recursos que es posible aducir frente a ellos, a las responsabilidades jurídicas que asume el uno o el otro y a la retribución a que tienen derecho.

Finalmente, habrá que advertir que desde otro punto de vista, el de Wittgenstein (1998), puede inferirse el interés del lenguaje en el ámbito del conocimiento judicial, ya que muchas creencias, en especial las generalizaciones del conocimiento humano –que como vimos son el pegamento de las inferencias a partir de las pruebas–, se dan por supuestas y no se someten a prueba. Lo que no se comparte con Wittgenstein es que los juegos del lenguaje impliquen un edificio de creencias en el cual lo experiencial o sensorial se diluya y no cumpla el papel que ordinariamente tiene en los procesos judiciales, este es, el de permitir anclar los juicios sobre bases controlables. Aunque debe aceptarse que el lenguaje interviene en la conformación del conocimiento judicial, no todo tipo de lenguaje tiene el efecto de generar la aceptación de creencias sin bases racionales.

Por su lado, sin necesidad de recurrir a lenguajes formalizados sino partiendo del lenguaje natural, Haack (2007) sostiene que se puede diferenciar entre lenguajes como el ostensivo y el verbal, o el de observación y otros; de tal manera que existen lenguajes como el ostensivo, que tienen un referente externo al sujeto, susceptibles de corrección en cuanto a los objetos que definen, y por ende permiten fijar creencias individuales (p. 62).

En el derecho probatorio es común la combinación del lenguaje ostensivo y el verbal en las descripciones normativas, como por ejemplo, “quien matare a otro” (Art. 103 del Código Penal colombiano) o quien tenga una “cosa” con “ánimo de señor y dueño” (Art. 762 del Código Civil colombiano), susceptibles de corregirse con los objetos externos, como “persona lesionada o muerta”, o “cosa” que puede ser “finca” o “casa”; y al mismo tiempo requieren de definición otros conceptos como “ajenidad” o el “ánimo” o la “intención”, pero se resalta que no se pierde el referente externo por completo. En términos de Ferrajoli (1995), es la exigencia de la materialidad de la acción del lenguaje del legislador al establecer la tipicidad criminal para efectos de que pueda someterse a su prueba empírica (p. 96). Esto lo concibe Gascón (1999) al hacer referencia al modelo epistemológico cognoscitivista, en cuyas exigencias se encuentra que “los enunciados fácticos se concibían como *descripciones* de hechos que tiene una existencia independiente de esos enunciados”; por tanto, son enunciados con referentes externos (p. 65).

Sexto. La investigación es otro componente social de la epistemología ya que implica un juego de roles, en el cual las partes investigan y el juez juzga. Según Haack (2009), desde la epistemología a diferencia de otras actividades humanas como preparar la comida, componer una sinfonía, bailar o debatir, la investigación es un intento por descubrir la verdad de alguna o algunas preguntas (p. 363). Al respecto, el CPP/2004 tiene una estructura de la investigación en la que la verdad de los hechos se busca establecer mediante el sistema adversarial; allí la carga de determinar “los hechos que revistan las características de un delito” (Art. 66) le corresponde a la Fiscalía General de la Nación (Art. 114); y la oposición o contraprueba le incumbe a la defensa (Art. 125). En el sistema adversarial la iniciativa probatoria es asunto de las partes (Art. 374, 390-393, 405, 414-418), y la función del juez es decidir sobre la admisibilidad de la prueba, inmediar en su práctica y valorarla en la sentencia. Esta legislación acoge el sistema de perito de parte y abandona el anterior sistema de perito auxiliar del juez (Ley 600/2000). Sobre la dicotomía perito de parte o perito de juez hay que mencionar que ambos exhiben problemas, como por ejemplo, al de parte frente a los denominados sesgos adversariales y al de juez, el sesgo cognitivo.

Los sesgos adversariales, según Kaye *et al.* (2011), consisten en la tendencia de los peritos de parte a defender la posición de quien los contrata, más que a darle conocimiento de calidad al juez para decidir (pp.17-18); en contraste el sesgo cognitivo del juez es la posibilidad que tiene éste de limitarle el conocimiento que requiere la parte para apuntalar su pretensión, y por ende, afectar el acceso mismo a la justicia a la parte interesada. Frente a esta situación es muy afortunada la regla 706 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses al prescribir la prueba pericial de oficio, ya que permite morigerar el rigor adversarial con una intervención limitada del juez; y además, le da una herramienta importante al juez-lego para entender mejor la ciencia o la técnica involucradas en la comprensión de los hechos. En contraste, para el caso colombiano existe una versión radical de adversarialismo que contiene una rotunda prohibición de la prueba de oficio (Art. 361).

Adicionalmente, a la investigación se le unen otros *desideratum* epistemológicos importantes, tales como, la pertinencia cognitiva (*relevance*) y la completitud de las pruebas. En efecto, la *relevance* es el punto de partida para el conocimiento admisible desde el punto de vista epistemológico. Así, la investigación sobre los hechos debe ser exhaustiva de tal manera que comprenda todas las pruebas posibles y relevantes que logren arribar a la verdad o a una mejor calidad del conocimiento. La pertinencia cognitiva, está regulada en el CPP/2004 (Art. 375) cuando exige como requisito de admisibilidad que la prueba sirva “para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados [la conducta

delictiva y sus consecuencias], o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”. Por su parte, la completitud se desprende del preámbulo constitucional al establecer como fines del constituyente “asegurar” los valores de la justicia y el conocimiento. La justicia exige que al momento de la sentencia el juez encuentre que la investigación realizada probó en lo posible la verdad de los hechos.

Séptimo. La valoración racional de la prueba. El sistema de libre valoración es otro aspecto estructural de la prueba judicial, y tiene un significado negativo consistente en que el juez no está sometido a tarifa legal probatoria alguna (Gascón, 1999). No obstante, un aspecto importante en la epistemología del derecho probatorio es que las decisiones a partir de la prueba de ninguna manera pueden ser voluntaristas, se trata más bien de un ámbito racional regulado por normas jurídicas como también por reglas de la razón práctica (Ferrer, 2007). Las inferencias o razonamientos a partir de las pruebas son un ámbito muy propio de la epistemología clásica; sin embargo, como se ve luego, no puede reducirse a una epistemología individual, sino que tiene componentes sociales importantes con el papel que cumple la confianza social en el conocimiento humano por medio del uso de las generalizaciones. En primer lugar, el ámbito jurídico-probatorio es compartido en el sentido de que el juez para efectos de conformar su decisión sobre el objeto litigioso usa la información de terceros, bien como testigos (laicos o expertos) en dos sentidos: para establecer los hechos y como fuente de las generalizaciones del conocimiento humano que permiten la interpretación de los mismos.

Por tanto, en el campo judicial se puede compartir la idea de Wittgenstein (1998) del carácter social del conocimiento, en el sentido de que las creencias sobre algo se construyen con base en otras creencias: no obstante, como ya se advirtió, nos sepáramos del autor en cuanto al papel de la experiencia individual en las prácticas judiciales ya que, como vimos, consideramos de gran importancia ciertos componentes de la epistemología clásica, tales como los razonamientos basados en la prueba, el carácter deductivo o inductivo de los mismos, y el problema de la racionalidad y control de las decisiones en tal ámbito.

Octavo. La teoría reduccionista y la no-reducciónista de la justificación del testimonio debaten sobre qué es aquello que permite justificar una creencia sobre algo a partir del testimonio. Propone, la primera, la necesidad de comparar lo que ocurre con el testigo, con aquello que acontece normalmente en la vida; y propone, la segunda, que simplemente hay que confiar en la información que da el testigo (buena fe). El CPP/2004 tiene una suerte de combinación de ambas opciones ya que para la apreciación del testimonio prescribe que “el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por

los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad” (Art. 404). Criterios todos estos que son reconducibles al conocimiento del juez sobre lo que ocurre en la vida, por ejemplo, normalmente cómo percibimos, cómo reaccionamos ante las preguntas, qué se entiende por sentidos sanos, etc. En otras palabras, se trata de las generalizaciones del conocimiento humano o máximas de experiencia. El no-reduccionismo se fundamenta en la presunción de buena fe según la cual las autoridades públicas deben prodigar a las actuaciones de los particulares en la administración de justicia (Arts. 12 y 140).

Ya se vio que el proceso es un ámbito colaborativo, social, en el que el juez depende de la información de los hechos que le lleven los expertos, y que el juez funda sus decisiones a partir de las inferencias que haga a partir de los testimonios, y además el pegamiento que une el testigo (medio de prueba) y las inferencias o razonamientos, lo constituye las denominadas generalizaciones del conocimiento humano que extrae de su experiencia vital. La teoría reduccionista, según Coady (1992), obliga que el juez en la justificación del testimonio ponga su conocimiento del mundo en aras de definir su fiabilidad; lo cual exige que el juez tenga en cuenta su interpretación del mundo y la de otras personas (pp. 82-83). En contraste, explica Lackey (2006), para la teoría no-reduccionista tal experiencia del mundo no es factible que la obtenga un individuo, por ello, las razones para justificar el conocimiento adquirido mediante el testigo se encuentran en este mismo, por lo que tienen como fuente la memoria, el razonamiento inferencial etc.; por tanto hay que confiar en éste a menos que se presenten infirmantes relevantes, tales como, contra-creencias o contra-pruebas (pp. 166-167). La idea de combinar las dos teorías epistemológicas se encuentra acorde con una concepción de la prueba pericial como medio de prueba, en la medida en que el conocimiento que el juez adquiere de la prueba pericial es más holístico, como se analiza luego.

Noveno. La concepción de la prueba pericial como medio de conocimiento y no como auxiliar del juez. La pericia como medio de prueba es algo que se encuentra claramente establecido en el Art. 382 del CPP/2004; sin embargo, el tema es polémico, pues hay autores que sostienen lo contrario; por ejemplo, el argentino Machado (1995, p. 33) asume que el perito “no está destinado a establecer medios de prueba, sino a brindar al juez elementos de apreciación”. Asimismo, dice López-Muñiz (2008) que “autores, como Gómez Orbaneja y el propio Prieto Castro estiman que los peritos son auxiliares del juez, y que le proporcionan los conocimientos que éste no tiene” (pp. 24-25). También la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana ha tenido la concepción de la prueba pericial como auxiliar del juez al considerar que el mismo juez en la sentencia puede integrar su conocimiento

privado de carácter científico; convirtiendo al juez en perito de peritos y por ende suplantando al perito mismo⁴.

Si se acepta esta última opción se considera que el juez puede integrar el conocimiento experto a su decisión de manera libre y, por ende, se concibe al juzgador como *peritus peritorum*, con todos los inconvenientes que esto implica para las garantías procesales. En efecto, cuando el juez integra en la sentencia de manera privada el conocimiento científico, este se torna incontrovertible, por tanto, puede implicar indefensión para una de las partes; precisamente, para evitar este problema para las garantías procesales, es que el conocimiento experto se debe allegar al proceso como medio de prueba, valga decir, por medio del perito en el contexto procesal.

Hay que precisar con Ferrer (2007) que en el contexto judicial es necesario superar la concepción según la cual el experto transmite conocimiento al juez, en quien produce un estado mental de convicción o de persuasión; así, el valor no depende de un estado mental del juez, sino del acatamiento por parte de este de los estándares de las pruebas, garantías procesales y de parámetros que le dan fiabilidad o validez al conocimiento experto. Por ello, la concepción de la pericia como medio probatorio favorece una intervención más activa del juez-lego para la adecuada asimilación y comprensión del conocimiento experto, lo cual se facilita con el juicio oral en el que el dictamen pericial surte diversas fases en las que la información del perito puede ser mejor asimilada por el juez, en la medida en que experimenta la actividad pericial desde el descubrimiento probatorio, la presentación del informe pericial, su admisibilidad y luego en la práctica, con la posibilidad de interrogatorios por el mismo juez. Además, la anunciada combinación de la teoría reduccionista y la no-reduccionista tiene realidad en el contexto de las fases de actividad probatoria, ya que en la valoración no se deja por completo a la imposibilidad que propone la teoría reduccionista de un juez que compendia el mundo, o del inconveniente de la teoría no-reduccionista de confiar ingenuamente en el perito. Así, en el contexto del proceso el juez tiene posibilidad de obtener signos de confianza (fiabilidad o credibilidad) o desconfianza en el dictamen, y luego en la sentencia, tiene mejores elementos para aplicar con su experiencia vital como pegamento para sus inferencias.

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

Décimo. En cuanto a la caracterización del conocimiento experto se parte de la idea de que existe pluralidad de saberes con diversos niveles de desarrollo en cuanto a las técnicas o tecnologías que usan; asimismo, se presenta pluralidad de métodos y técnicas entre los diversos saberes. En la época actual, no puede decirse que exista un método definitivo para lo científico, ni tampoco es posible pregonar que tenga algunas características definitivas de carácter cualitativo que lo diferencien de otros saberes; ni mucho menos es posible afirmar la infalibilidad del mismo. A pesar de este punto de partida la discusión sobre el tema no es pacífica, de hecho, en la legislación y en práctica judicial aún se parte de la idea del carácter especial de la ciencia y se intenta aún establecer los llamados criterios de demarcación entre lo científico o no, con el fin de darle un valor especial a la ciencia sobre otros saberes; por tanto, aún continúa la tradicional tendencia de tomar lo científico con deferencia sobre su función educadora; es decir, la tendencia a tomar lo científico como criterio de autoridad por encima de su función instructora o pedagógica.

En efecto, el CPP/2004 establece una regulación especial para identificar el conocimiento que tiene el carácter de científico o técnico a fin de decidir sobre la admisibilidad en el proceso cuando se trata de “aspectos noveles” del mismo; para que ello ocurra, tal conocimiento debe cumplir al menos uno de los siguientes condicionamientos: que “goce de aceptabilidad en la comunidad académica” o que la “teoría o técnica subyacente” “haya sido o pueda llegar a ser verificada” o que “haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica”; o que en el caso de la “técnica científica” “se haya acreditado el nivel de confiabilidad” (Art. 422). Criterios de admisibilidad en los que la credibilidad del conocimiento científico dependerá de características propias de una determinada sociedad, como la aceptación por una comunidad académica, o la verificación de la teoría o de la técnica subyacente o el nivel de confiabilidad de una técnica científica. Aspectos todos referidos a componentes sociales del conocimiento que se refieren a las instituciones o la burocracia, o las comunidades científicas o académicas.

Como se dijo, tratar de establecer criterios para discriminar los diferentes saberes es lo que se ha denominado en la filosofía de la ciencia como el “problema de la demarcación” (Haack, 2005), esfuerzo dirigido a distinguir lo científico de los demás saberes a fin de darle mayor peso epistémico. No obstante, como lo explica Vásquez (2014), en la actualidad estos tipos de estudios han perdido importancia ya que las distinciones entre lo científico, lo técnico y lo práctico no se consideran más de calidad, sino más bien de carácter cuantitativo (pp. 89-91). En términos de Haack (2005) lo científico es solo una extensión del sentido común mediante instrumentos, técnicas o herramientas, ni siquiera el método los puede demarcar. Precisamente este problema de la científicidad ha sido debatido en los casos de la

llamada trilogía Daubert (Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals de 1993, General Electric Co. v. Joiner de 1997 y Kumho Tire Co. v. Carmichael de 1999⁵) de la jurisprudencia estadounidense, y puede decirse que existe una diferencia importante con el tratamiento del tema en la legislación colombiana, ya que el Art. 422 le da un trato especial al conocimiento científico y técnico, y tal jurisprudencia abandonó las distinciones entre lo científico y lo no-científico en el caso Kumho. En este caso se dejaron atrás las diferenciaciones a priori entre los distintos saberes periciales, por lo que se considera que la fiabilidad es algo independiente del adjetivo que tenga el saber (científico, técnico o práctico), máxime porque va a depender de las circunstancias de cada caso en concreto (Vásquez, 2014, p. 156).

Finalmente, la demarcación es de poca utilidad, porque como lo dice Kaye *et al.* (2011) las caracterizaciones de lo técnico no han sido completamente satisfactorias. Ello en tanto la práctica ha mostrado que es usual que conocimientos técnicos o artísticos como la grafología o dactiloscopia se presenten en los manuales y ante los tribunales con el carácter y el método científico; en el mismo sentido, menciona Pérez Gil (2010), que los esfuerzos por diferenciar lo científico, lo técnico, lo artístico o lo práctico, no se logran con base en cualidades de uno u otro saber; lo usual es que la ciencia en el proceso judicial se manifieste en su vertiente aplicativa (la tecnología) y difícilmente se exprese mediante sus meras teorías; incluso, advierte que la prueba pericial es más una actividad fundamentalmente práctica en el sentido de que aplica teorías o técnicas a la realidad (p. 39).

Con lo anterior se quiere manifestar que la concepción de la prueba pericial como saber basado en la autoridad que se toma críticamente por los jueces, no es posible en la época actual, por ello, es mejor concebir la pericia como medio de prueba que se somete a criterios de admisibilidad por el juez, y luego, en su práctica, a la contradicción de las partes en el juicio oral; por lo mismo, es ilegítimo que los jueces integren dicho conocimiento a su decisión a la manera de máximas de experiencia, ello bajo el mal entendimiento que trae el concebirlo como un mero auxiliar del juez.

Con esto no se trata de pregonar el relativismo en el conocimiento científico, ya que sin duda existen saberes con mejores técnicas o instrumentos que otros; como también hay saberes con mejores condiciones de reproducibilidad o repetitividad; no obstante, todos los saberes se someten al mismo sistema de garantías procesales y los jueces-legos, deberían tener las herramientas que les permitan una adecuada comprensión de la materia para contrarrestar los sesgos de los peritos y decidir sobre su admisibilidad y valoración, evitando, en lo posible, el error.

5 Esta trilogía refiere y ha sido usada en casos de tipo civil, no obstante modificó las Federal Rules of Evidence, concretamente la 702 que regula las condiciones del *expert testimony* o prueba pericial, aplicable también a casos penales por disposición de las reglas 101 y 1101 de las mismas.

Décimo primero. La dimensión social de la epistemología también se manifiesta en la prueba judicial con las prácticas sociales y judiciales; en el caso concreto de la prueba pericial puede verse cómo se estructuran las instituciones o la burocracia del conocimiento en la prestación del servicio de peritos dentro de una sociedad. A continuación se profundizará más sobre este punto.

2. El servicio de pruebas periciales desde las prácticas sociales en Colombia

De conformidad con el CPP/2004 el servicio de peritos lo cumplen los “expertos de la policía judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidades públicas o privadas, y particulares especializados en la materia de que se trate” (Art. 406). Es de anotar que la Policía Judicial y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses hacen parte de la estructura administrativa de la Fiscalía General de la Nación (Art. 27 transitorio de la Constitución Política); estos organismos son dependientes del órgano de la acusación. Así, el perito de parte que se admite en nuestra legislación tiene la cualidad adicional de la dependencia administrativa, laboral o de otro orden con la parte procesal. Aspectos que a la luz de la experiencia de la vida genera cuestionamientos para la credibilidad del perito, pero que al momento de la valoración de la prueba tienden a ser encubiertos o minimizados por la autoridad del legislador; lo cual se constituye en un sesgo institucional del conocimiento y de las calidades del perito. Estas instituciones se ponen en situación crítica frente a su confiabilidad y credibilidad ya que no son solo peritos de parte, sino que adicionalmente son dependientes de la parte.

Por su lado, el acusado tiene legislativamente la posibilidad de tener sus peritos de confianza, no obstante, en Colombia esto no deja de ser una quimera por la imposibilidad económica para el pago de los mismos. Las posibilidades reales de peritos para el acusado son los que le dispense la Defensoría del Pueblo o los que le designen las mismas instituciones adscritas a la Fiscalía. Los acusados en Colombia se encuentran en una situación crítica para su acceso a la justicia ya que en la realidad solo tienen acceso a peritos que “no son de su confianza” (Defensoría del Pueblo) o los mismos de la Fiscalía, y solo excepcionalmente a los de “su confianza”, si los puede pagar. A propósito de esto último, según un informe realizado por el Grupo de Derecho de Interés Público (Universidad de los Andes, 2012) a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a diciembre de 2011 la población penitenciaria en Colombia era del 79.4% de los estratos socio-económicos 1, 2 y 3 (p. 6); por lo que cabe inferir que, por lo general, los sujetos pasivos del sistema criminal no tienen posibilidades económicas de conseguir a sus “peritos de confianza”.

Además, si se comparan los recursos disponibles para la función de acusar por parte de la Fiscalía y los relacionados con la defensa que tiene la Defensoría del Pueblo, encontramos que, según el informe de Ejecución Presupuestal Consolidado al 31 de Diciembre de 2014 (2015, p. 14), los gastos en la Fiscalía General de la Nación fueron de \$2.188.484.991.787,60; mientras, para la Defensoría del Pueblo, según el XXII Informe de la Defensoría del Pueblo presentado al Congreso de la República por el año 2014 (p. 425), se invirtió en gastos un total de \$381.167.000.000 para atender múltiples funciones relacionadas con la protección de los derechos humanos en diversos ámbitos como el carcelario, en la fuerza pública, los derechos económicos y sociales, la población desplazada, los derechos de las víctimas, derechos de los niños y adolescentes, el ámbito de la minería ilegal, las comunidades indígenas, derecho a la salud, y el acceso a la justicia; dentro de este último rubro se encuentra un ítem marginal para las pruebas periciales las cuales tienen que ser compartidas entre la defensa y las víctimas.

Es de anotar que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses tuvo un presupuesto de gastos en las pruebas periciales para el 2014 de \$183.404.769.339 (Fiscalía General de la Nación, 2015, p.191) lo que es casi la mitad del total de gastos a diciembre de 2014 de la Defensoría del Pueblo para cumplir sus múltiples funciones, entre ellas, la misión marginal de la defensa. Además, la Fiscalía cuenta con 25 laboratorios acreditados (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2015, p. 60) y con los peritos del Cuerpo Técnico de Investigación en diversos campos periciales como química, genética, balística, metrología y microscopía electrónica de barrido, algunos de ellos certificados. En contraste, el servicio de pruebas periciales en la Defensoría del Pueblo es más bien marginal ya que divide el país en 5 regiones que comprenden cada una varios departamentos; y tampoco cuenta con laboratorios forenses acreditados (Informe de la Defensoría del Pueblo, 2015, p. 405). Finalmente, es un dato revelador de la precariedad de la defensa en Colombia, que el promedio de procesos para cada defensor sea de 68 casos (Informe de la Defensoría del Pueblo, 2015, p. 370).

Sobre estas prácticas judiciales en Colombia cabe cuestionarse acerca de los sesgos en las pruebas periciales. Según Dwyer (2008), el término “sesgo del perito” cubre una serie de situaciones en las que un espectador razonable puede concluir que las pruebas presentadas por el perito no son las pruebas que se podrían esperar de un experto seleccionado al azar; que actuara con equilibrio. Kaye *et al.* (2011) hacen una tipología de los sesgos adversariales en la prueba pericial, estos tienen como base la relación social entre el experto y la parte que lo contrata y le define el objeto de su labor. Estos sesgos se expresan, por ejemplo, cuando el experto adrede utiliza expresiones de certeza o de duda para favorecer la parte o cuando

utiliza instrumentos, teorías, o técnicas que den resultados a favor de la parte (sesgo consciente); también se expresa con el impulso natural de hacer algo útil por quien te emplea y te remunera adecuadamente (sesgo inconsciente), o con la tendencia a que los abogados o sus bufetes escojan y presenten a los tribunales entre todas las comunidades científicas, o académicas, o profesionales, solo aquellos expertos que se encuentren a favor de sus tesis (sesgos de selección) (pp. 17-23). En Colombia el problema se agrava por el hecho de que la acusación tiene expertos bajo su dependencia administrativa y económica permanente, lo cual genera un sesgo institucional que ni los mismos jueces tienen herramientas para contrarrestar debido a la autoridad del legislador que los encubre.

Desde la epistemología Haack (2014) pone en cuestión dos posiciones enfrentadas sobre el método de investigación judicial adversarial, la del Magistrado Frankel cuando proclama que el choque entre adversarios, el sesgo de la acusación *versus* el contra-sesgo de la defensa, son un poderoso mecanismo para obtener la verdad; y el pensamiento de Peirce al considerar que este método es una fórmula para el desastre del sistema judicial. La autora considera que el sistema adversarial puede llegar a ser un buen método de investigación pero requiere de ajustes normativos para contrarrestar sus sesgos (pp. 33-35). Si no es satisfactorio el método adversarial en un sistema como el estadounidense en el que existen mejores condiciones de igualdad para enfrentar la acusación y la defensa, se pregunta, entonces, qué se puede esperar de un sistema como el colombiano en el que cerca del 80% de la población detenida tiene unas condiciones económicas precarias. En otras palabras, el método de investigación adversarial en Colombia realmente no es una lucha del sesgo de la acusación y el contra-sesgo de la defensa, sino que, en la mayoría de las ocasiones, la tendencia es a un monólogo del sesgo de la acusación. Este punto del caso colombiano es bueno analizarlo desde lo que puede llamarse las filosofías sociales del conocimiento o la sociología del conocimiento.

Primero. Sobre la construcción social del conocimiento. Puede decirse que la tradición de la epistemología individual lleva a que cualquier discusión epistemológica respecto de la ciencia se ubique única y exclusivamente en el campo interno o de la validez de un cuerpo de conocimiento determinado; no obstante, puede decirse a partir de Shapin (1995), que además de este ámbito interno del conocimiento, en la que tiene relevancia el dato, el método, el experimento, etc., también la construcción del conocimiento toma lugar en un campo social y moral. Según él, el conocimiento solo es posible porque es un producto de una interacción social, y por esto, cobran importancia la cotidianidad y las prácticas de investigación científica. Para este autor (1995), las relaciones en que se basan y aseguran los conocimientos son de tipo moral, y la confianza juega un papel en ellas para la

construcción y el mantenimiento del orden social y del conocimiento. Considera además que en la interacción social tiene lugar la definición de lo que se considera como verdadero o falso en un momento y lugar determinado (p. 3).

Según Shapin (1995), la confianza moral permite a las personas creer en otros y obtener a través de ellos conocimientos que les son absolutamente ajenos y que les serían imposibles de comprobar por medio de la experiencia inmediata. Para el caso de la ciencia, la comunidad científica confía en el otro solo si éste ya se ha sumado al acumulado existente de conocimiento creíble (p. 19). Del mismo modo, en la sociedad existen unos agentes de confianza que no son algo diferente de personas o instituciones reconocidas como afirmadoras de verdad; la sociedad funciona a partir de acciones e interacciones colectivas en las que se configuran las economías de la verdad (p. 6). Además, este autor considera que la confianza es algo como el pegamento de la sociedad, de suerte que si la sociedad no tiene confianza, en realidad no tiene la obligación moral de cumplir sus promesas y decir la verdad. La sociedad solo puede funcionar con base en lazos de confianza que no deben romperse, so pena de perder la credibilidad dentro de ella misma (p. 19).

Precisamente, la sociedad, por autoridad del legislador, pone la confianza en la obtención del conocimiento en instituciones de carácter burocrático como Medicina Legal y Ciencias Forenses, en la Policía Judicial y en la Defensoría del Pueblo, como también en agentes de carácter privado. Como se dijo, cabe cuestionarse sobre la credibilidad del conocimiento que se genera por iniciativa del órgano de la acusación en instituciones como Medicina Legal y Ciencias Forenses, cuando el mismo obedece a la iniciativa de la Fiscalía General de la Nación.

Segundo. Weber (1964) ofrece un provechoso punto de vista sobre el componente institucional, ello porque permite relacionar la dominación basada en la legalidad y la burocracia. Según él, todo derecho puede establecerse como verdad y a pesar de su abstracción, se hace legítimo en tanto parte de un consenso para cuidar los intereses de la asociación. La dominación de la legalidad posee, entre otras características, una subordinación del funcionario a la ley, una delegación estricta de competencias y funciones, una especialización o profesionalización del trabajo y unos procedimientos estandarizados para el cuadro administrativo burocrático de la organización. Estos principios rigen un cuerpo administrativo permanente que se encarga de dar eficiencia, celeridad e impersonalidad a los procesos descritos. Este tipo de estructuras recibe el nombre de burocracia. La idea clave de Weber en este punto es que la dominación legal y el aparato burocrático se basan en el control del saber, en el manejo de la información y no en las relaciones productivas como lo planteaban algunos autores de su época.

Ahora, la afirmación de que la burocracia se encuentra fundada en el manejo del saber y de la información, es un asunto más sensible que debe mirarse detenidamente en el caso de las instituciones relacionadas con el mundo académico y científico. Pues bien, problematizando sobre la relación de los conceptos de burocracia y ciencia, puede preguntarse si ¿En efecto la institucionalidad de una burocracia de científicos al servicio del aparato penal del Estado genera credibilidad sobre sus hallazgos? O si ¿Dicha burocracia afecta de algún modo el ejercicio de valoración probatoria?

Desde luego, del sesgo estructural o institucional que genera el hecho de que los peritos se conciban, por la misma autoridad del legislador, como partidarios o parciales que son a la vez dependientes, no se sigue de manera automática, que sean prevaricadores o pusilánimes frente a las prácticas ordinarias que se pueden generar frente a las autoridades administrativas. Lo que si puede decirse, es que indiscutiblemente, si la legislación trasplanta de otras legislaciones estos métodos de investigación de los hechos, debe también tener presente el contexto procesal en el que se implementan. Sin duda alguna, los desequilibrios económico-sociales, lo mismo que la ausencia de alguna política pública seria para mitigarlos, son fenómenos que van a generar poca credibilidad en el conocimiento que se genera en el proceso. Así, los aspectos sociales que se ponen en funcionamiento para la generación del conocimiento en el proceso son fuertemente desfavorables para la defensa.

Tercero. Sobre las comunidades científicas. Kitcher (1995) plantea que en la sociedad existe una división social del trabajo cognitivo y que gracias a esta división aparecen diversas comunidades científicas. Para él, las estructuras sociales se pueden ver como relaciones entre individuos quienes se unen a través de procesos de socialización de diversa índole (p. 303), de manera tal que si la persona no se somete a dichos procesos no podrá ingresar en tales comunidades. Plantea que las relaciones y el diálogo entre los científicos son esenciales y se desarrolla, de igual forma, a partir de procesos definidos por la confianza (p. 304).

Ahora bien, Kitcher se enfoca en el estudio de las comunidades científicas, las relaciones entre los científicos y los diferentes modelos que pueden plantear dichas comunidades para permitir el progreso cognitivo de la ciencia. Allí está el aporte valioso de Kitcher (1995) reflejado en una de las premisas del modelo que propone para clausurar y superar los debates científicos que encarnan ciertas ideas del racionalismo y ciertas ideas del irracionalismo, en sostener que los científicos están tan movidos por lo no epistémico como por las metas epistémicas (pp. 200-201). Por vía de la burocracia se incorporarán las metas no epistémicas a las que esta se encuentra vinculada y de las que participa al lado de otras instituciones que

hacen parte del mismo aparato estatal. Y es este carácter burocrático el que permite que la influencia de las metas no epistémicas sea aún mayor de lo que puede ser en una comunidad del conocimiento normalmente inclinada a la academia. La burocracia entonces no será ajena a su entorno ni a los objetivos estatalmente definidos para el aparato del que participa. Sostener lo contrario sería, en este caso, negar las evidentes diferencias que existen entre esta burocracia del conocimiento y cualquier otra comunidad científica.

La burocracia en nuestro medio gobierna instituciones de conocimiento experto y que se constituyen en agentes de confianza dentro del proceso penal; y desde luego, en dichas instituciones confluyen las comunidades científicas. Así, la comunidad científica burocratizada se encuentra sujeta a una estructura y unos procedimientos por medio de los cuales deben realizar su actividad investigativa. Ello quiere decir que su actividad científica es un dinamismo que no solo está regido por las reglas y protocolos reconocidos como válidos dentro del saber específico, sino que también se rige por las formas que le imponen la legalidad y el poder reglamentario. Son estos últimos los que definen jerarquías, etapas y maneras de proceder de la actividad pericial científica. Por lo anotado puede hablarse de una burocracia del conocimiento que se puede caracterizar por lo siguiente:

- 1) La actividad del perito se sujeta a los requerimientos institucionales para formular sus hallazgos o resultados investigativos; lo cual se manifiesta con el uso de las formalidades y formatos prescritos para tal fin.
- 2) Asimismo, la incorporación de los individuos a tal comunidad y las directrices destinadas a regir la cotidianidad del trabajo de la burocracia, se establecen por los fines mediante los cuales funciona.
- 3) La burocracia del conocimiento no tiene solo un interés estrictamente cognitivo, es decir, toda su actividad no va dirigida a eliminar las ambigüedades que se encuentren en la investigación y a llegar a una conclusión científica cierta en todos los casos; así, el compromiso del científico no se encuentra estrictamente con el hecho investigado ni con la ciencia, sino con la hipótesis de la parte para la que trabaja.
- 4) Fuera de lo anterior, la burocracia compartirá los mismos recursos por medio de asignaciones tendientes a priorizar ciertas áreas en desmedro de otras; de tal modo, la investigación científica y sus desarrollos o resultados estarán sujetos a este orden de asignaciones en la estructura burocrática. Por tanto, la pertinencia del conocimiento es definida por los intereses de la estructura burocrática.
- 5) Para Kitcher (1995), así como la ciencia tiene metas, los individuos tienen metas propias y también las tienen las comunidades a las que pertenecen; aunque en

un ámbito científico por lo general éstas son epistémicas, también pueden ser de otro tipo, como religiosas, políticas y demás (pp. 180-181). Se precisa que esto de por sí no implica que en las comunidades se caiga en el camino de la irracionalidad; más bien lo que ocurre es que muchas metas no-epistémicas son compatibles con las epistémicas. No obstante, la burocracia corre el riesgo de que lo no-epistémico en un caso determinado pueda resultar prevaleciendo sobre lo epistémico. Lo no-epistémico en las pruebas periciales lo definen las políticas públicas del estado y las prácticas gubernamentales, incluyendo las corruptas.

Conclusiones

1) El derecho es una construcción social ya que los individuos en un ámbito colaborativo producen conocimiento y decisiones a partir, entre otras cosas, del sentido común o la ciencia. El componente social primordial del proceso judicial es la inmediación del juez en la medida en que implica la proscripción de las formas de justicia por mano propia y una división de funciones entre las partes, los testigos y el juez. Lo que se cuestiona en esta división de roles es la competencia epistémica del juez y del perito en cuanto a la preparación profesional o académica o la experiencia para afrontar las actividades relacionadas con el conocimiento experto. En esta problemática se habla de la dicotomía del tipo de juez, si lego o experto en el conocimiento; o el tipo de perito, si es de juez o de parte. Se concluye que es preferible el juez-lego en cuanto evita el sesgo cognitivo del juez-experto y mediante un sistema de reglas el juez-lego puede mitigar o superar el sesgo adversarial; entre estas reglas ideales se encuentra la posibilidad de interrogatorios e incluso de nombrar oficiosamente expertos, y de exigirle a las partes y sus peritos que demuestren la fiabilidad del conocimiento en las diversas fases procesales.

En cuanto a la dicotomía perito de parte o perito del juez, se concluye que el perito debe ser de confianza de las partes a fin de permitirle a estas el acceso al conocimiento, pero al mismo tiempo, con justificación suficiente, se le debe dar la posibilidad al juez de un experto de confianza para entender cabalmente el conocimiento experto de que se trate.

2) Desde la dimensión social de la epistemología se puede concebir la prueba pericial como medio de prueba en estricto, lo cual significa que la misma se admite, se practica y se valora en el contexto del proceso judicial. Esta concepción repele la idea de la prueba pericial como mera opinión y al juez como *peritus peritorum*; precisamente, estas dos concepciones de la prueba pericial obedecen a la idea de tomar el conocimiento experto como integrante del saber privado que integra

libremente el juez en su decisión. Por tanto, el conocimiento experto solo puede ingresar al proceso por medio del perito con el propósito de garantizar que el mismo sea objeto de contradicción, evaluación de su admisibilidad por parte del juez a fin de que pueda obtener criterios de credibilidad sobre el conocimiento experto.

3) La dimensión social del conocimiento experto se manifiesta con la prohibición de que el juez lo integre *motu proprio* en la sentencia a la manera de generalización del conocimiento o como sana crítica. La prueba pericial, como cualquier otra, implica que se ingrese al proceso en una actividad colaborativa entre las partes, los órganos de prueba y el juez. Esto se explica desde la epistemología social por la dependencia epistémica del juez con respecto a los testigos o peritos (órganos de prueba) para la obtención del conocimiento para el proceso.

4) La concepción de prueba judicial comprende tanto el dato sensorial como también los razonamientos a partir de los mismos. Exactamente, las generalizaciones del conocimiento humano son un componente social que sirve de pegamento o conexión entre el dato sensorial y la inferencia o razonamiento. Esta concepción de la prueba es importante al momento de la valoración de la misma en el sentido de que no se trata de un acto dejado a la voluntad del juez, sino que se encuentra sometido tanto a reglas jurídicas como también de la razón práctica. Se advierte que en la justificación de la decisión judicial es tan ingenuo pensar que el juez puede integrar la vida a su decisión, como también que se confíe acríticamente en el perito o testigo en virtud de la buena fe que se sobreentiende en las actividades que realicen los particulares ante las autoridades estatales. Ante esta disyuntiva se prefiere un sistema procesal en el que el juez pueda exigirle al perito que exprese los signos de credibilidad, tanto del conocimiento como del órgano de prueba mismo.

5) A partir de datos normativos como también de informes de diversas autoridades relacionadas con la obtención del conocimiento experto en el proceso penal, se concluye que el adversarialismo como estrategia de investigación del conocimiento para el proceso tiene importantes fallas en el ámbito de las pruebas periciales, ya que se aplica en una sociedad en la que cerca del 80% de los detenidos o condenados por delitos penales son personas de escasa capacidad económica como para acceder a peritos de su confianza; por lo cual, esta amplia población tendrá que resignarse con peritos ubicados en estructuras burocráticas como las de Medicina Legal y Ciencias Forenses o la Policía Judicial o la Defensoría del Pueblo; estructuras que tienen sus propios intereses y que estos no siempre coinciden con los del sujeto pasivo del proceso penal. Además, los miembros de tales estructuras, en general, obedecen a metas no-epistémicas que pudieran estar en contra del mismo imputado o acusado. En Colombia, más que definir el sistema adversarial como el sesgo de la acusación *versus* el sesgo del acusado, es más preciso decir que se

trata de un monólogo del sesgo de la acusación; solo excepcionalmente, cuando el acusado tiene posibilidades de escoger su perito y de pagarlos, puede decirse que puede darse un verdadero adversarialismo.

Referencias

- Coady, C. (1992). *Testimony, a philosophical study*. New York: Oxford University Press.
- Defensoría del Pueblo. (2015). *Vigésimo Segundo Informe del Defensor del Pueblo de Colombia al Congreso de la República*. Bogotá. Recuperado de: www.imprenta.gov.co
- Devis, H. (1995). *Teoría general de la prueba judicial* (5^a ed., Vol. I). Bogotá: ABC.
- Dwyer, D. (2008). *The Judicial assessment of expert evidence*. Cambridge: Cambridge University.
- Federal Rules Evidence. (2015). (F. E. Review, Ed.). Recuperado el 25 de 03 de 2015, de <http://federalevidence.com/downloads/rules.of.evidence.pdf>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. (P. A. otros, Trad.) Madrid: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Fiscalía General de la Nación. (2015). *Ejecución Presupuestal Consolidada al 31 de Diciembre De 2014*. Bogotá. Recuperado de [www.imprenta.gov.co http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Copia-de-eje-cuarto-trimestre-diciembre-de-20141.pdf](http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Copia-de-eje-cuarto-trimestre-diciembre-de-20141.pdf)
- Gascón Abellán, M. (1999). *Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Grupo de Derecho de Interés Público-Universidad de los Andes. (2012). *Informe Relativo a las personas privadas de la libertad en Colombia (años 1991 a 2011)*. Informe a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Universidad de los Andes, Bogotá. Recuperado el 25 de 08 de 2015, de <http://gdip.uniandes.edu.co/index.php?modo=resultados&id=1>
- Haack, S. (2005). Trial and Error: The Supreme Court's Philosophy of Science, Forthcoming; The Coronado Conference: Scientific Evidence and Public Policy. Available at SSRN: *American Journal of Public Health, Supplement 1*, 95(S1). Recuperado el 16 de Diciembre de 2014, de <http://ssrn.com/abstract=695341>
- Haack, S. (2007). *Defending Science -within reason, between scientism an cynicism*. New York: Prometheus books.
- Haack, S. (2009). *Evidence and inquiry, a pragmatis reconstruction of epistemology* (2a, expanded ed.). New York: Prometheus Books.
- Haack, S. (2014). *Evidence Matters, Science, Proof, and Truth in the law*. New York: Cambridge University Press.

- Kaye, D.; Bernstein, D., & Mnookin, J. (2011). *The new Wigmore: a treatise on evidence: expert evidence* (2 ed.). Austin: Aspen Publishers.
- Kitcher, P. (1995). *The advancement of science* . New York: Oxford University Press.
- Lackey, J. (2006). It takes two to tango: beyond reductionism and non-reductionism in the epistemology of testimony. En L. A. Sosa, *The Epistemology of Testimony* (pp. 160-189). Oxford: Oxford University Press.
- Lopez-Muñiz Coñi, M. (2008). *La pericial, guía práctica y jurisprudencial* (3^a ed.). Madrid: Colex.
- Machado Schiaffino, C. (1995). *Pericias*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- Pérez Gil, J. (2010). *El conocimiento científico en el proceso civil: ciencia y tecnología en tela de juicio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Shapin, S. (1995). *A social history of truth* . Chicago and London: The University of Chicago Press.
- Vásquez, C. (24 de octubre de 2014). *La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación*. Tesis doctoral, Universitat de Girona, Dret Privado. Recuperado el 24 de marzo de 2015, de Universitat de Girona: <http://www.udg.edu/Default.aspx?tabid=4764>
- Weber, M. (1964). *Teoría de las categorías sociológicas. En Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Wittgenstein, L. (1998). *Sobre la certeza*. Barcelona: Gedisa.