

## Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica\*

### *Expert Evidence and Challenges to the New National Criminal Procedure Code. An Epistemological Account*

Carmen VÁZQUEZ ROJAS\*\*

#### **Resumen:**

En este trabajo se examinan algunas cuestiones clave para la mejora de las pruebas periciales en el sistema penal mexicano a partir de las reformas que supone el Código Nacional de Procedimientos Penales, materia en la que éste es especialmente oscuro. La selección de los temas y, sobre todo, su abordaje, parte de la epistemología jurídica, asumiendo como objetivo de la institución probatoria la averiguación de la verdad y atendiendo a los diferentes sujetos en juego.

#### **Palabras clave:**

Prueba pericial, juicios orales, proceso penal, sistema adversarial.

#### **Abstract:**

*In this article I discuss the topic of expert evidence in Mexican criminal law in the context of the recently enacted National Criminal Procedure Code. I*

\* Artículo recibido el 16 de octubre de 2015 y aceptado para su publicación el 23 de marzo de 2016.

\*\* Profesora lectora por concurso público en la Universitat de Girona. Agradezco a Arturo Bárcena y Jordi Ferrer todos los comentarios al borrador de este trabajo y, por supuesto, al dictaminador anónimo de la revista.

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

*consider some improvements for expert evidence in the framework of legal epistemology discussions.*

**Keywords:**

*Expert evidence; trial; criminal procedure; adversarial system*

## LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

SUMARIO: I. *El contexto normativo*. II. *La entrada de conocimiento experto al proceso judicial*. III. *Los jueces y su rol*. IV. *Las partes y su rol*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

### I. EL CONTEXTO NORMATIVO

La reforma procesal penal en México es, en varios sentidos, ya una realidad: el plazo para su entrada en vigor se ha agotado; se han construido edificios enteros para poder llevar a cabo las audiencias correspondientes; se han nombrado jueces de control, antes inexistentes; hay ya jurisprudencia de la Corte sobre los artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante, CN) y hasta reformas legislativas de las reformas; se han llevado a cabo quizá miles de cursos sobre el nuevo sistema dirigidos a los muy distintos actores del proceso judicial, etcétera. Esto último llama particularmente la atención, entre otras razones, porque parece permear la clásica idea jurídica de que la llamada oralidad tiene una naturaleza a ser descubierta; y, si esto es así, qué mejor que acudir a aquellos que asumimos que ya la han descubierto, por ejemplo, los chilenos y los estadounidenses.<sup>1</sup> Así, en muchos de los cursos dictados han participado cantidad de jueces, abogados y académicos de estas (y otras) nacionalidades, que vienen a decir cómo ellos, *en su contexto* (social y normativo), han puesto en práctica determinado sistema. No estoy sugiriendo que adoptemos una especie de endogamia, en donde el requisito indispensable para *dictar cátedra* sea la nacionalidad; mi punto de partida inicial es que dado que no hay una naturaleza jurídica de la “oralidad”, cada sistema jurídico (incluidos obviamente los códigos procesales) tiene particularidades importantes a tomar en cuenta a la hora de conformar su propia práctica procesal.

Para una reforma del calado que tiene la realizada en México, hubiera sido ideal conocer empíricamente cuáles eran las deficiencias

<sup>1</sup> Y esto no sólo se puede observar en los cursos, sino también la bibliografía sobre el tema hace continuamente referencia ejemplificativa a estos sistemas. Cfr. Gómez Colomer, Juan Luis, *El proceso penal adversarial*, México, Ubijus, 2012; o Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 11 ed., México, Porrúa-UNAM, 2014.

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

reales que el anterior proceso judicial penal tenía, a efectos de intentar identificar cuál hubiera sido la mejor solución para ellos.<sup>2</sup> Hubiera sido ideal que el legislador se informara sobre muchas cuestiones relevantes, desde distinciones conceptuales hasta el desarrollo jurisprudencial en la materia o el reconocimiento de principios procesales en diversos tratados internacionales firmados por México, a efectos de dotarnos de un mejor ordenamiento procesal penal.<sup>3</sup> Pero la realidad fue otra, y dado nuestro desconocimiento de los problemas reales y las deficiencias del CN, ahora estamos dedicados a construir, prácticamente, entre todos un sistema procesal penal.

Ello es particularmente interesante desde el punto de vista teórico: estamos en un buen momento histórico para sugerir cuál sería el ideal de una institución jurídica particular y/o del proceso judicial en general. Sin embargo, desde el punto de vista práctico quizá se esté viviendo un momento desconcertante en la confluencia de viejas prácticas y nuevas y variadas exigencias; y, desde luego, desde el punto de vista del acusado o el imputado, incluso se siente cierta inseguridad jurídica dado el desconocimiento de jueces y abogados sobre cómo operar al menos con ciertos detalles del nuevo ordenamiento. Por ello, pese a lo interesante del momento histórico, el tiempo apremia: es urgente pensar el rumbo de nuestras instituciones jurídicas.

En este trabajo pretendo centrarme en una de ellas concretamente: la prueba pericial, considerando, con especial preocupación, que el CN es sumamente parco y a veces oscuro al tratar el uso del conoci-

<sup>2</sup> Desafortunadamente, incluso en el ámbito académico ha habido muy pocos trabajos serios al respecto. Entre ellos puede citarse Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

<sup>3</sup> Quizá ello hubiera evitado, por ejemplo, la absurda y confusa distinción (incluso para el propio legislador) entre datos de prueba, medios de prueba y pruebas, cuando hubiera sido suficiente con especificar que toda decisión tomada en las diferentes etapas correspondientes debería estar fundada en elementos de juicio suficientes.

Aprovecho el comentario anterior para especificar que, congruente con la crítica anterior, no usaré esta distinción planteada por el CN, entendiendo pues “prueba”, “medio de prueba” y “elemento de juicio” como sinónimos. De cualquier manera, la discusión que se plantea en este trabajo no está directamente relacionada con la etapa de investigación.

## LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

miento experto en el proceso judicial. Sin embargo, antes de entrar de lleno en tal materia es indispensable hacer algunas consideraciones sobre la institución probatoria en general, entre otras razones, porque algunos de los problemas de las pruebas periciales son “heredados” del género a la especie, y porque los problemas que puedan identificarse sobre cualquiera de los elementos probatorios dependerá de la concepción que se tenga de la institución probatoria.

### 1. La prueba

Una de la principales cuestiones que se discute con el binomio oralidad versus escritura es la eficiencia. Se suele relacionar la oralidad con un proceso penal *eficiente*,<sup>4</sup> sobre todo en términos de disminución de los tiempos (celeridad). Ahora bien, valdría la pena preguntarse: ¿estamos interesados exclusivamente en la disminución del tiempo que conlleva un proceso judicial con independencia del precio a pagar por ello o, en cambio, sólo nos interesa la eficiencia o celeridad compatible con una decisión acertada, *i. e.*, verdadera?

Si, como muchos estaríamos dispuestos a sostener, el derecho tiene como objetivo la motivación de la conducta, entonces es necesario que el proceso mediante el cual éste se aplica tenga cierto compromiso con la averiguación de la verdad. Ello es así porque si el ciudadano sabe que será (o no) sancionado con independencia de si su conducta observa (o no) lo establecido por el derecho, entonces, no tendría mayor motivación para observarlo.<sup>5</sup> Tener clara esta cuestión es particularmente importante cuando se discute la regulación que rige la institución probatoria, pues a través de ésta se obtiene toda la información para tomar una decisión sobre los hechos sucedidos.

En tal sentido, al menos uno de los objetos de análisis fundamental de la epistemología jurídica es el de la prueba en el proceso judicial, teniendo en mente el objetivo de la averiguación de la verdad. Desde

<sup>4</sup> Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *op. cit.*, p. 36.

<sup>5</sup> Al respecto, *cfr.* Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 29.

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

tal perspectiva, se ha dicho ya que la conformación de un conjunto de elementos de prueba más rico aumentará las probabilidades de acierto en la decisión; que la práctica probatoria bajo el principio de contradicción puede favorecer el conocimiento que sobre los elementos probatorios tenga el juzgador, y que el establecimiento de estándares de prueba que no entreguen a la subjetividad del juzgador la decisión sobre los hechos probados del caso otorga seguridad jurídica de los ciudadanos, impregna de racionalidad la propia toma de decisión y permite establecer la distribución del riesgo de error que se considere más oportuna para ese tipo de casos.<sup>6</sup>

Si tomamos tales parámetros, el CN tiene claros y oscuros, y aunque no es este el espacio para ahondar en ellos, me gustaría explicar algunas cuestiones relevantes. En materia de admisión de las pruebas, la aparición en escena de los jueces de control es un gran acierto, pues pueden ayudar a filtrar cierto tipo de información que pudiera indebidamente contaminar las decisiones judiciales; sin embargo, como se verá, la regulación que rige tal etapa es sumamente confusa, lo que podría suponer que en la práctica ésta no sirviera como el filtro que debería ser. Por lo que hace a la práctica de las pruebas, la oralidad en combinación con la contradicción puede colaborar a que se incorpore más información relevante sobre la calidad de las pruebas que, obviamente, abone a la justificación de las decisiones probatorias; sin embargo, más allá de *las formas*, es indispensable que se pongan en el debate (oral o escrito) aspectos *sustantivos* relevantes sobre los hechos en cuestión. Y, finalmente, en lo referente a la valoración de las pruebas, necesitamos criterios intersubjetivos que doten de racionalidad al resultado probatorio y, precisamente aquí, en esta clave de bóveda del sistema, es donde no hay ningún avance en el nuevo ordenamiento: el legislador siguió dejando la decisión fáctica a la subjetividad del juzgador de los hechos.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Al respecto, puede verse, entre muchos otros: Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal*, trad. de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Barcelona, Marcial Pons, 2013; Haack, Susan, *Evidence Matters*, Nueva York, Cambridge University Press, 2014.

<sup>7</sup> El CN adopta el estándar del más allá de toda duda razonable, que ha sido ampliamente cuestionado por la doctrina, dado que si no disponemos de criterios

## LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

Una vez delineadas de manera muy somera estas cuestiones, corresponde ahora entrar de lleno a la prueba pericial y a la identificación de diversos aspectos, en mi opinión, clave para la puesta en escena del conocimiento experto como fundamento de las decisiones judiciales a partir del CN.

### II. LA ENTRADA DE CONOCIMIENTO EXPERTO AL PROCESO JUDICIAL

#### 1. *La prueba pericial, el consultor técnico y los hechos notorios*

En el proceso judicial, una forma de allegar información experta es mediante un tercero, llamado “perito”.<sup>8</sup> En la mayoría de los sistemas

de razonabilidad de la duda queda en manos de cada uno de los jueces determinar, sin criterios conocidos, cuándo lo es y cuándo no. De hecho, el propio CN habla de *convicción* más allá de toda duda razonable. Es decir, deja a la convicción subjetiva del juzgador cuándo se tiene o no duda razonable. Pudiera considerarse que el CN ha mezclado indebidamente estándares de dos tradiciones: la íntima convicción (continental) y el más allá de toda duda razonable (angloamericano). Sin embargo, como ha mostrado Laudan, *op. cit.*, pp. 84 y ss., la propia Corte Suprema estadounidense ha considerado que la razonabilidad de la duda es autoevidente, y que sólo a través de la íntima convicción de cada uno de los miembros del jurado se puede determinar. En resumen, sigue quedando todo entregado a la subjetividad. En cambio, en este punto habría que celebrar que el desarrollo jurisprudencial de la Suprema Corte ha tomado otro derrotero, uno más racionalista que subjetivista. Como ejemplo de ello podemos ver la tesis 1a./J. 28/2016 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de Federación*, Décima época, libro 31, t. I, junio de 2016, p. 546.

<sup>8</sup> Una alternativa al testimonio de un tercero experto sería contar con alguna especie de jueces expertos o tribunales (o jurados) especializados (tanto en el derecho como en la premisa fáctica o sólo en esta última), donde el conocimiento experto del juez o los jueces que lo constituyeran fuera un aspecto determinante para formar parte del tribunal, y ello podría ser bien para todos los casos o, quizá de forma más alcanzable, para algunos tipos de casos. Si se opta por la última alternativa, la primera cuestión sería determinar qué tipos de casos ameritan tener jueces especializados y cuáles no; y, si se opta por la segunda opción, uno de los grandes temas sería la determinación de la *expertise* relevante para el caso concreto a decidir. En cualquiera de las opciones habría que afrontar los problemas referentes a la constitución de este tipo de tribunales y las consecuencias para la revisión en segunda instancia de las decisiones así tomadas (¿deberían los tribunales de segunda instancia ser también especializados?).

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

jurídicos actuales la alternativa que se plantea ha sido básicamente un experto seleccionado de alguna manera por el juez y/o un experto directamente seleccionado por una de las partes de un proceso judicial.<sup>9</sup> Entre estas dos formas de allegarse de conocimiento experto, el peritaje oficial y el peritaje de parte, hay diferencias sustantivamente importantes: la selección del experto antes o después de la realización de las operaciones periciales o de su conocimiento de los hechos del caso concreto;<sup>10</sup> el posible control jurídico-procesal de las operaciones periciales que fundamenten sus conclusiones, y los criterios con los que se selecciona al experto para el desarrollo de su función en el proceso judicial en cuestión.<sup>11</sup>

Aquí aparece la primera gran pregunta respecto la regulación de la prueba pericial en el CN: ¿está previsto el perito seleccionado de alguna manera por el juez, es decir, los conocidos como peritos oficiales? El artículo 103, curiosamente titulado “gastos de producción de prueba”, podría sugerir una respuesta afirmativa al establecer que el órgano jurisdiccional ordenará la designación de peritos de

<sup>9</sup> Entiéndase “seleccionado por el juez” de una manera amplia, pues no en todos los sistemas es el juez quien literalmente selecciona al llamado perito oficial. Sobre los diversos sistemas de selección y nombramiento de expertos puede verse Vázquez, Carmen, “El perito de confianza de los jueces”, *Analisi e Diritto*, Madrid, 2016.

Algunas veces ambas figuras conviven en las normas procesales o en la práctica judicial con más o menos problemas de interacción (por ejemplo, es lo que sucede en el proceso civil en España), mientras en otros sistemas se prevé como prueba pericial sólo una de ellas (como en algunos procesos en Italia y hasta hace poco en los procesos civiles brasileños).

<sup>10</sup> Así, las partes presentarán a un experto sólo si favorece su hipótesis del caso. En este sentido, el perito de parte sufre de una parcialidad *de origen*, pues si sus afirmaciones no favorecen a la parte que lo presenta, ésta desde luego no lo presentará. Sin embargo, ello no supone que los peritos de parte sean parciales disposicionalmente o cognitivamente, y, por ende, no merma necesariamente su valor probatorio. Al respecto puede verse Vázquez, Carmen, “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”, *Doxa*, Alicante, 2015, 38, pp. 110-113.

<sup>11</sup> Sobre estas tres cuestiones y cómo su interrelación origina un universo de casos dando lugar a distintos escenarios, algunos incluso anómalos, puede verse Vázquez, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Barcelona, Marcial Pons, 2015, pp. 75-80.

## LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

instituciones públicas. Si bien es cierto que se exige, según el texto normativo, la petición de una de las partes, caben al menos tres interpretaciones: i) que una de las partes solicite genéricamente una prueba pericial; ii) que la parte solicitante determine los extremos de la pericial que insta, y iii) que la parte solicitante, además de determinar los extremos, indique también cuál es la institución a la que considera habría que pedirle.<sup>12</sup> Según la interpretación que se haga daremos respuesta a la pregunta planteada al inicio al párrafo anterior; es decir, si las partes lo único que tienen que hacer es solicitar una prueba pericial de forma genérica, entonces, podemos decir que el órgano jurisdiccional en esos casos sigue estando facultado para solicitar una prueba pericial oficial. ¿Por qué? Porque lo importante a tales efectos es quién establece los extremos del peritaje, además de quién selecciona la institución correspondiente, siempre y cuando dicha selección se haga de forma sustantiva;<sup>13</sup> es decir, que en el nombramiento de la institución medien *razones* para que los jueces crean *a priori* en la confiabilidad del testimonio de los miembros de ésta. Si, por el contrario, la parte determina los extremos del peritaje, la cuestión se complica más, porque se mina una de las ventajas (epistemológicas) que podría ofrecer esta institución jurídica: satisfacer determinadas necesidades cognoscitivas del caso identificadas por los jueces. Pese a ello, sin embargo, aun se podría garantizar la distinción entre el perito de parte y el perito oficial si fueran los jueces quienes pudieran seleccionar al experto, insisto, teniendo razones para creer en su confiabilidad. En cambio, si la interpretación que se da es la más restrictiva, desde el punto de vista epistemológico, estaríamos ante una prueba pericial de parte, cuya única diferencia es que se solicita la *autoridad* del juez para obligar a

<sup>12</sup> Por cierto, las instituciones públicas estarán obligadas a practicar el peritaje correspondiente a menos que tengan un impedimento material y, desde luego, habrá que determinar cuándo se considera que tal tipo de impedimento existe.

<sup>13</sup> Aquí se pueden discutir otras opciones; por ejemplo, si la institución nombrará directamente al experto que conocerá de los hechos del caso o si, por el contrario, sólo sugerirá a los jueces algunos de sus miembros que pudieran actuar como peritos y entre los cuales el juez deba elegir. Sobre todas estas cuestiones, puede verse Vázquez, Carmen, "El perito de confianza...".

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

una institución a rendir un peritaje cuyos extremos son determinados por ésta, y cuya selección dependió también de ella.

En mi opinión, la mejor interpretación que podemos hacer del citado artículo transita por las primeras dos opciones, lo que respondería de manera afirmativa a la pregunta sobre la facultad de los jueces para nombrar a un perito oficial o, mejor dicho, de confianza de los jueces, en el nuevo sistema de justicia penal mexicano. Al menos dos argumentos epistemológicos pueden ofrecerse al respecto: la satisfacción de las necesidades cognoscitivas del caso encontradas por el juez y los controles jurídico-procesales de los que son susceptibles este tipo de pruebas.<sup>14</sup>

Hasta antes de la reforma eran los jueces penales con sus facultades probatorias los principales encargados de conformar el conjunto de pruebas relevantes para la toma de decisión. Ahora, en esa conformación, las partes, a través de sus abogados,<sup>15</sup> tienen más incidencia, pero ¿cuán preparados están los abogados para ello? Desafortunadamente no hay información empírica al respecto; hasta donde yo conozco no existe ningún estudio sobre la calidad promedio de los abogados mexicanos en general y, obviamente, tampoco sobre su adecuada formación para cumplir las exigencias de un sistema adversarial razonable.<sup>16</sup> En un contexto así, ¿no valdría la pena

<sup>14</sup> Incluso en un sistema, caracterizado como ejemplo paradigmático de un sistema adversarial, como el estadounidense, sigue existiendo normativamente la posibilidad de que los jueces soliciten peritos de su confianza (*court appointed experts*). Sobre el tema puede verse Cecil, Joe C. y Willging, *Court-Appointed Experts: Defining the Role of Expert Appointed Under Federal Rule of Evidence 706*, Washington, Federal Judicial Center, 1993.

<sup>15</sup> En este punto vale la pena insistir: un sistema adversarial no se construye ni única ni primordialmente con cambios en el papel, pero tampoco con toda la mejora de las estructuras estatales; un rol fundamental en su adecuado funcionamiento lo tienen los abogados.

<sup>16</sup> Tradicionalmente el sistema mexicano (aunque no sólo) se ha preocupado ampliamente por la formación de los miembros de la judicatura, se ha invertido mucho dinero, tiempo y esfuerzo en ello, pero no se ha invertido el mismo esfuerzo en la formación de los abogados, en garantías de calidad de las facultades de derecho, en incentivar la organización de buenos colegios profesionales preocupados por la capacitación de sus miembros, etcétera.

Esta situación es más desalentadora en un contexto en el que los abogados se

## LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

acompañar la “transición” de una práctica a otra permitiendo que al menos en algunos casos los jueces puedan solicitar pruebas periciales cuando identifiquen necesidades cognoscitivas del caso no satisfechas por las pruebas propuestas por las partes? Pero no sólo en la transición: que los jueces puedan solicitar al menos en algunos casos algunas pruebas para suplir ciertas deficiencias denota el compromiso de un sistema jurídico con la determinación de la verdad, no limitándose exclusivamente a las iniciativas probatorias de las partes y a sus intereses. Es más, las necesidades cognoscitivas del caso pudieran surgir precisamente a partir de la presentación de pruebas de las partes, dado que, por ejemplo, es fácil imaginar que un juez pudiera tener dudas relevantes sobre una prueba pericial de parte, y ¿cómo resolvería el juez entonces tales dudas? Si atamos de manos a los jueces, muy probablemente estaremos incentivando algunas prácticas perversas como, por ejemplo, en el mejor de los casos, que los jueces acudan a expertos fuera del proceso judicial para asesorarse y *comprender* lo que los expertos de las partes afirman, o, en el peor de los escenarios, que los jueces decidan de forma totalmente irracional. No podemos obviar que en nuestra sociedad, cada vez más especializada y tecnificada, resulta necesario que los jueces tengan herramientas adecuadas que ayuden a dotar de racionalidad su decisión.

Por otro lado, es posible prever también ciertos mecanismos institucionales de control sobre lo que hacen los individuos que participan como peritos en un proceso judicial. Quizá el ejemplo más paradigmático de ello es el historial institucional sobre lo que cada experto ha realizado cuando es llamado como perito a un proceso judicial. En esta línea, me ha sorprendido muy gratamente la convocatoria para integrar la lista de expertos que pueden fungir como peritos ante los órganos del Poder Judicial de la Federación en 2017, pues uno de los requisitos para la renovación en el listado corres-

ponen en funcionamiento una vez terminada la facultad de derecho, sin pasar por ningún filtro adicional que certifique aptitudes mínimas para el litigio.

Por no hablar de las prácticas corruptas en el gremio. Al respecto, por ejemplo, es preocupante la opinión del abogado José Mario de la Garza Marroquín, miembro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados: [https://www.youtube.com/watch?v=uIg\\_kim0ae4](https://www.youtube.com/watch?v=uIg_kim0ae4).

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

pondiente es, precisamente, señalar “el número de juicio o causa penal, juzgado, tribunal o centro de justicia penal federal” en el que el solicitante fue requerido. Ignoro los efectos que tal información tenga para renovar (o no) el registro, así como lo que la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal haga con tal información; lo que me interesa enfatizar aquí es precisamente su utilidad como control institucional *cualitativo* y lo que entonces debería hacerse con ella. Así pues, primero, para que constituya un control institucional cualitativo debería recogerse información relevante y estructurada adecuadamente en un sistema que informe genuinamente a los jueces sobre lo que los peritos oficiales han hecho en los diversos casos en que han participado, e incluso la opinión que ha generado en los jueces correspondientes su actuación en casos particulares. Segundo, con tal información disponible los jueces podrían evaluar mucho mejor que un supuesto experto efectivamente *sabe cómo* llevar a cabo cierto tipo de operaciones periciales a efectos de nombrarle como experto en un caso. Esta dinámica, a diferencia de la que parece persistir actualmente, donde los jueces lo único que saben es que el perito ha satisfecho formalmente un conjunto de requisitos más administrativos que sustantivos, podría incentivar mejores prácticas entre todos los sujetos implicados. Claro está que no puede aplicarse el mismo razonamiento a los peritos de parte, puesto que si bien pudiera también llevarse un registro similar sobre los peritos de parte, no sólo sería más complejo sistematizar la información correspondiente, sino que el nombramiento de éstos no podría limitarse, como cuando de un perito oficial se trata.

Entonces, tanto la satisfacción de necesidades epistémicas de un caso como los controles que sobre los peritos oficiales pueden realizarse me lleva a abogar por una interpretación del artículo 103 que faculte a los jueces a nombrar expertos en algunos casos, reconociendo así la persistencia del perito oficial junto al perito de parte.

Además de los peritos, el artículo 136 del CN regula otra figura procesal digna de analizar en este contexto, los llamados “consultores técnicos”, cuya labor es *auxiliar* a las partes científica, artística o técnicamente en las audiencias en atención a las circunstancias del caso; por ello, los consultores constituyen otra forma de allegar información experta al proceso judicial.

LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

El ordenamiento penal mexicano no es el único en regular terceros expertos diversos al perito propiamente dicho. Por ejemplo, la *Federal Rule of Evidence* 53 estadounidense prevé al *technical advisor*; no obstante, se trata de auxiliares de los jueces, no de las partes y, a diferencia del *expert witness* (perito), el *technical advisor* estadounidense no realiza operaciones periciales ni ayuda en la toma de la decisión sobre los hechos del caso, sino que únicamente ayuda a la comprensión de la información ya disponible para el juez, por lo que no es sujeto a *cross examination* por las partes.<sup>17</sup> Ahora bien, el ordenamiento mexicano no establece ningún lineamiento sobre los consultores, dejando abiertas relevantes cuestiones: ¿deben reunir algún(os) requisito(s) semejante(s) a los de un perito?, ¿pueden intervenir directamente en las audiencias?, ¿son susceptibles de algún tipo de control?

En mi opinión, dado que el código establece que auxiliarán a las partes artística, técnica o científicamente, por supuesto que deben satisfacer requisitos formales mínimos sobre su *expertise* para realizar tal labor, como deben hacerlo también los peritos de parte. Aquí el problema radicará, probablemente, en controlar en el transcurso de un juicio cuándo sus credenciales le permiten auxiliar al abogado de las partes y cuándo no; por ejemplo, si el consultor es un grafólogo y quien está deponiendo es un médico cirujano, ¿cómo podría aquél auxiliar al abogado de la contraparte en el contrainterrogatorio correspondiente? Situaciones así constituirían un problema no sólo para las partes, sino para el propio sistema, dada la cantidad de ruido que pudiera generar este tipo de prácticas; por no hablar de una potencial sustitución del abogado por un supuesto experto.

Por otro lado, además de las credenciales, ¿habrá otras maneras de controlar lo que hacen los consultores, sobre todo sus afirmaciones? Y aquí la respuesta podría depender de si se les permite o no participar directamente en la audiencia, si se les faculta para preguntarle directamente, por ejemplo, al perito de la contraparte, creo que al menos en algunos casos deberían ser susceptibles de algún

<sup>17</sup> Al respecto puede verse The Harvard Law Association, "Improving Judicial Gatekeeping: Technical Advisors and Scientific Evidence", *Harvard Law Review*, vol. 110, núm. 4, 1997, pp. 941-958.

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

tipo de concontrinterrogatorio sobre el fundamento de sus afirmaciones expertas independientes a los hechos del caso; en cambio, si su participación se limita a aconsejar directa y exclusivamente a los abogados, no hay manera siquiera de saber exactamente qué es lo que está afirmando el consultor en juego. En todo caso, parece que el CN dota a las partes de una nueva herramienta, pero al dejar completamente abierta su puesta en práctica, no se sabe muy bien cuán útil y/o peligrosa puede resultar.

Ya para finalizar este apartado, además de los peritos correspondientes y los consultores técnicos, también es posible que los conocimientos expertos se puedan filtrar al proceso judicial por medio de otra figura no tan evidente como son los hechos notorios; el ejemplo paradigmático sería quizá la ley de la gravedad. Ahora bien, el derecho con muy buen tino *excepciona* de prueba a los llamados hechos notorios; que, dicho sea de paso, son necesariamente hechos públicos, por lo que, a mi entender, el inciso c) del artículo 346 es repetitivo al hablar de “hechos notorios y públicos”. De cualquier manera, el legislador mexicano llamó a esto “necesidad”, que a su mejor luz debería ser entendida como una necesidad jurídica; es decir, que jurídicamente *se exige* (o no) *prueba* del hecho.<sup>18</sup> Pero ¿cuándo un hecho es notorio? O, mejor dicho, ¿cuándo los jueces están justificados en asumir un hecho como notorio, considerando que su asunción tendrá efectos en la decisión judicial?

Cuando se trata de hechos notorios de carácter experto, por ejemplo, McCormick ha sugerido que se utilice el ahora famoso criterio de la “aceptación general de la comunidad experta relevante”<sup>19</sup> a fin de que los jueces asuman un hecho como notorio. Es decir, en aquellos casos donde la comunidad experta relevante tenga una especie de consenso, imagino lo suficientemente amplio, sobre la verdad de determinada teoría, como es el caso de la teoría de la gravedad, entonces esto sería razón suficiente para que un juez deba asumir un

<sup>18</sup> Volveré sobre esta cuestión más adelante al hablar sobre los criterios de admisibilidad de las pruebas.

<sup>19</sup> Desde 1923, en la experiencia estadounidense este criterio ha estado en juego para decidir sobre la admisibilidad de las pruebas periciales y, a partir de ahí, su empleo se ha extendido por muy diversos sistemas jurídicos. Al respecto, puede consultarse Vázquez, Carmen, *De la prueba científica...*, pp. 92-96.

## LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

hecho como notorio. Ello, desde luego, supondría cierta interacción de los jueces con las comunidades expertas, pero también cierto grado de deferencia ante éstas.<sup>20</sup> Esto último puede ser problemático, entre otras razones, porque si le preguntamos a la comunidad de “expertos” en la lectura de los pozos del café si sus “teorías” son aceptadas por la generalidad de sus miembros, probablemente ofrecerán una enfático “sí”, pese a la total ausencia de fiabilidad de la lectura de los pozos de café. Así pues, aunque un criterio como “la aceptación general de la comunidad experta relevante” no está exento de problemas, es indispensable tener algún criterio intersubjetivo que permita no sólo dotar de racionalidad la decisión judicial sobre los hechos notorios, sino que permita también controlarla efectivamente en apelación.

Como ha podido observarse hasta ahora, aún queda mucho por discutir sobre la adquisición y/o ofrecimiento de información experta para la decisión judicial en los procesos penales. Tal discusión debe guiarse, por las razones que se argumentaron al inicio del trabajo, por la búsqueda de la verdad. Es decir, la mejor interpretación del CN y la mejor puesta en práctica de la regulación procesal nacional asumiría que la averiguación de la verdad es uno de los objetivos fundamentales del proceso penal en general o, de forma más concreta, de toda la institución probatoria en particular.

### *2. El perito, el informe pericial y la prueba pericial*

Una de las afirmaciones que últimamente he escuchado con suma frecuencia por parte de diversos operadores jurídicos mexicanos es que los jueces no deben tener acceso al informe pericial realizado por el experto,<sup>21</sup> sino que se deben limitar exclusivamente a valorar

<sup>20</sup> Lo que no es baladí, pues no podemos olvidar que la ciencia, y las comunidades de expertos, puede(n) tener en juego valores distintos a los jurídicos. Al respecto, *cfr.* Schauer, Frederick, “Can Bad Science be Good Evidence?”, *Cornell Law Review*, vol. 95, pp. 1191-1219.

<sup>21</sup> Según la literalidad del artículo 337 del CN, las partes sí deben tener acceso al correspondiente informe. Volveré sobre este punto más adelante al hablar del descubrimiento probatorio.

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

lo que el perito afirme durante el juicio oral. Al menos tres argumentos se pueden plantear para sostener lo anterior: la oralidad en sí misma; que sólo la información brindada en juicio oral es susceptible de valoración por parte del tribunal de enjuiciamiento, y la imparcialidad del tribunal.

Respecto de la oralidad, el argumento que se puede plantear viene a decir básicamente que el cambio de sistema supone que “todo debe ser oral”, una afirmación que puede tener un carácter normativo o fáctico. Si se trata de una afirmación normativa, analizando el CN es una afirmación falsa, pues se regulan varios actos escritos; si, en cambio, se trata de una afirmación fáctica, sería una cuestión netamente contingente, dependiente no sólo de la práctica de ciertos operadores jurídicos, sino posiblemente también del caso concreto en discusión. Y ello sucede no sólo en el ordenamiento mexicano, sino en prácticamente cualquier sistema, puesto que la oralidad es una cuestión netamente gradual, es decir, hay sistemas con más o menos actos orales y sistemas con más o menos actos escritos; en tal sentido, el objetivo de la oralidad no es tan burdo como que todo sea literalmente hablado.

Por lo que hace al argumento sobre que sólo las afirmaciones realizadas por el perito en la etapa del juicio oral serán valoradas por el tribunal de enjuiciamiento y/o podrán fundar la decisión sobre los hechos, son relevantes los artículos 259 y 402 del CN, que establecen que para dictar la sentencia serán valoradas las pruebas *desahogadas* en la audiencia y/o *incorporadas al debate*. ¿De ello puede inferirse, entonces, que los jueces sólo deben valorar lo afirmado por el perito en el juicio oral? Diría que no, sino que tales artículos refieren a un lugar común en la teoría procesal y probatoria: que las pruebas que han sido admitidas y practicadas deben ser valoradas. Y, si esto es así, el punto clave en el juicio oral es precisamente la práctica de los elementos de juicio admitidos; y aquí cobra sentido preguntarse qué significa que una prueba pericial sea practicada. En el viejo sistema, en México y en muchos otros lugares, se suponía que el juez en la soledad de su despacho “analizaba” el informe respectivo y realizaba la valoración de las afirmaciones contenidas; por el contrario, la oralidad tiene una gran ventaja sobre aquel sistema, y es que abre la posibilidad para que tanto el juez como las partes puedan pedir mayores explicaciones sobre lo afirmado en el informe y, por

## LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

supuesto, contradecir lo ahí afirmado. Entonces, podría concluirse, una correcta práctica la prueba pericial no es la mera repetición en juicio oral del informe escrito,<sup>22</sup> sino una *profundización* del mismo, que sólo tiene sentido si previamente todos los sujetos implicados tienen acceso a éste.<sup>23</sup>

Finalmente, por lo que hace a la imparcialidad del juez, tercer argumento antes aludido, se considera que para salvaguardar esta garantía los jueces no deben tener información “adicional” que pueda contaminar su reflexión respecto de lo afirmado por el experto durante el juicio oral. Sin embargo, este argumento supone lo que hay que probar: que la prueba pericial sólo está constituida por las afirmaciones del perito en juicio oral, mientras el resto es “adicional”. ¿Qué querría decir que es adicional? No puede querer decir que “no ha entrado al proceso judicial”, porque, como se ha mencionado antes, el legislador obliga a las partes a presentar sus informes periciales; y “adicional” tampoco podría querer decir “irrelevante”, porque si fuera así, entonces el juez de control no debería haberla admitido. Por lo tanto, estamos ante información no sólo disponible en el proceso judicial, sino relevante.

Si atendemos a lo anterior, entonces, debemos considerar como objeto de valoración judicial todas las actividades y/o afirmaciones que el perito realice una vez que ha sido admitida la prueba correspondiente; es decir, desde las operaciones periciales cuando son llevadas a cabo *durante* el proceso judicial, pasando por el informe pericial y terminando con sus afirmaciones durante el juicio oral. Y ello es así por una cuestión más sustantiva que procedimental: se trata de información relevante para la toma de decisión.

<sup>22</sup> Hago alusión al informe escrito porque, si atendemos al artículo 337 del CN, parecería que la admisión de una prueba pericial de parte exige precisamente que éstas hayan presentando un informe, pues de otra manera no se les podría garantizar el descubrimiento probatorio que dicho numeral prevé.

<sup>23</sup> Sobre todo considerando que puede tratarse de afirmaciones expertas complejas, donde está en juego no sólo el derecho de defensa de las partes, sino la comprensión del juzgador para poder realizar racionalmente su labor y, con ello, respetar el debido proceso de aquéllas.

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

### III. LOS JUECES Y SU ROL

Una de las grandes novedades del CN es la aparición del juez de control, como un agente distinto al juzgador de los hechos, que decidirá en la llamada etapa intermedia qué material conocerá este último para su decisión.<sup>24</sup> Vale la pena enfatizar aquí el objetivo que tiene esta etapa de preparación del juicio; es decir, la simplificación del objeto del juicio oral para que éste pueda realizarse de forma concentrada. Ello depende, a su vez, de una correcta fijación de los hechos controvertidos que ameritan prueba, y es, precisamente este punto, el presupuesto indispensable para una buena decisión sobre la admisión de las pruebas. Veamos cómo el CN contribuye o, mejor dicho, debería contribuir a ello.

#### 1. *El juez de control y los criterios de admisibilidad*

Los criterios de admisibilidad de los elementos de juicio están regidos por el artículo 346 del CN, en mi opinión, uno de los artículos peor redactados y que más problemáticas confusiones puede ocasionar; lo que no es una cuestión menor, ya que constituye el fundamento para determinar el material probatorio con el que un caso será decidido. A la letra, en lo que aquí interesa, éste dice:

Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el Juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que *no se refieran* directa o indirectamente al objeto de la investigación y *sean útiles* para el esclarecimiento de los hechos,<sup>25</sup> así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos:

<sup>24</sup> Además de autorizar los mal llamados “acuerdos probatorios” previstos en el artículo 345. Digo mal llamados porque si son acuerdos poco (o nada) tienen que ver con la prueba, y si son probatorios nada tienen que ver con un acuerdo.

<sup>25</sup> Este es un clarísimo ejemplo de la mala técnica legislativa de los redactores del CN; si se está hablando de exclusión, lo lógico es que se refiera a las pruebas *inútiles* para el esclarecimiento de los hechos, y no, como se hizo, a las pruebas útiles.

## LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

I. Cuando el medio de prueba se ofrezca *para generar efectos dilatorios*, en virtud de ser:

a) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones;

b) Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o

c) Innecesarias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos;

II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales;

III. Por haber sido declaradas nulas; o,

IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo.

Una buena forma de empezar el análisis de este artículo quizá sea distinguiendo dos preguntas: ¿qué hechos están en juego? y ¿cómo probar esos hechos en juego? Responder a la primera cuestión nos lleva a preguntarnos por la relevancia de los *hechos*; en cambio, responder a la segunda nos aboca a la relevancia de las *pruebas*. Sobre la relevancia de los hechos, evidentemente es indispensable saber en cada caso el *thema probandum* delimitado por el derecho penal sustantivo; pero, además, los hechos irrelevantes, es decir, los que no requieren prueba, como los hechos notorios o los hechos no controvertidos por las partes. Ahora bien, una vez descartados estos últimos, resta aún la trascendental cuestión sobre la prueba de los hechos relevantes. Así pues, siguiendo esta bifurcación, en mi opinión, una mejor redacción de la parte del artículo aludida, sobre todo mucho más simple y didáctica, sería: *No son susceptibles de prueba los hechos notorios y los hechos no controvertidos por las partes. Se excluirán los medios de prueba irrelevantes (o impertinentes) e inútiles, así como aquellos obtenidos en violación de los derechos fundamentales o que han sido declarados nulos.*<sup>26</sup>

Vale la pena resaltar que el orden de aplicación de los criterios debe ser precisamente el enunciado. De nada serviría entrar a discutir la relevancia de un elemento de juicio o su utilidad en un conjunto de pruebas si el hecho no es susceptible de prueba. También sería

<sup>26</sup> No insistiré en la ilicitud y la nulidad, pues dada su complejidad ameritarían un trabajo independiente.

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

una pérdida de tiempo valorar la utilidad o la licitud de información irrelevante para los hechos a probar. En todo caso, la primera condición necesaria, aunque no suficiente, para admitir como prueba cierta información es su relevancia o pertinencia. Y, en palabras de Taruffo, determinada información será relevante “si, y sólo si, permite fundar en él (por si sólo o conjuntamente con otros elementos) una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar”.<sup>27</sup>

De la definición ofrecida por Taruffo pueden desprenderse dos elementos: la relación (directa o indirecta) con el tema de prueba y la posible influencia en la toma de decisión sobre los hechos. Sin embargo, no debe perderse de vista que la decisión sobre la relevancia de las pruebas es, precisamente, una decisión judicial que se caracteriza por ser individual; es decir, el juez decide sobre cada uno de los diversos elementos de prueba;<sup>28</sup> de todo-nada, al menos a efectos procesales es categórica, dado que el resultado de calificar a una prueba como relevante o irrelevante sólo puede ser su admisión o su exclusión; y dinámica, porque depende de las circunstancias concretas de cada caso existentes al momento de determinar la admisibilidad.

A diferencia de la relevancia que se trata de un juicio individual; es decir, sobre cada uno de los elementos de prueba, el criterio de la utilidad supondría un juicio comparativo; esto es, poniendo un elemento de prueba concreto en el conjunto probatorio para saber si afecta de alguna manera la probabilidad de la hipótesis o la com-

<sup>27</sup> Taruffo, Michele, *La prueba*, trad. de Laura Manríquez, y Jordi, Ferrer Beltrán, Marcial Pons, 2007, p. 38.

<sup>28</sup> Esto, sin embargo, hace surgir un atomismo no siempre justificado, ya que algunas pruebas resultan relevantes únicamente en vinculación con otras pruebas, es decir, si se adopta una concepción más bien holista. El ejemplo quizá más clásico son aquellas pruebas que se presentan en un proceso judicial con el objetivo de cuestionar la fiabilidad de otras pruebas ya presentadas (conocidas como prueba sobre la prueba) que, pese a no tener relación directa con los hechos del caso, son relevantes para la valoración adecuada de pruebas que sí tienen relación directa con éstos. Al respecto, *cfr.* Gascón Inchausti, Fernando, *El control de fiabilidad probatoria: 'Prueba sobre la prueba' en el proceso penal*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 1999, p. 10. Sobre el atomismo y el holismo, *cfr.* Haack, Susan, “Proving Causation. The Holism of Warrant and the Atomism of Daubert”, *Journal of Health & Biomedical Law*, 2008, vol. IV, núm. 2, pp. 253-289.

LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

pletitud de dicho conjunto. Si interpretamos de esta manera el criterio de la utilidad, entonces, el caso de la exclusión de las pruebas sobreabundantes estaría cubierto.

Por otro lado, según el artículo 368, en la admisibilidad de las pruebas periciales entra en juego además el criterio de “necesidad”. A efectos de analizar este criterio, vale la pena introducir también su carácter relacional y preguntarse entonces para qué o cuándo una pericial resulta necesaria. Teniendo como posibles respuestas las siguientes:

- a. Una prueba pericial sería necesaria cuando aporta información para conocer los hechos del caso, lo que equivaldría a la relevancia probatoria. Es decir, todas las pruebas relevantes son necesarias y todas las pruebas necesarias son relevantes; siendo entonces meros sinónimos y, por ello, el CN resultaría simplemente repetitivo.
- b. Una prueba pericial sería necesaria cuando prueba suficientemente los hechos, es decir, cuando es *determinante*. Se trataría entonces de una muy fuerte exigencia como filtro de admisión; incluso parecería que estamos pidiendo a las partes que ya en la etapa de admisión prueben los hechos y con un solo tipo de prueba. Por ello, descartaría esta interpretación.
- c. Una prueba pericial sería necesaria sólo cuando tiene relación directa con los hechos controvertidos. Lo que a todas luces resulta inadecuado, pues excluiríamos, por ejemplo, las llamadas “prueba sobre las pruebas”, tan importantes para la determinación de la calidad de otros elementos de juicio y, precisamente por ello, también descartaría esta interpretación.
- d. Una prueba sería necesaria si y sólo si el juez considera que le provee de información que de otra manera no tendría, lo que termina resultando ampliamente subjetivo pues, por ejemplo, una prueba pericial podría ser considerada innecesaria para *un* juez porque él *cre*e que ya tiene los conocimientos adecuados para conocer de un hecho y que no requiere de los conocimientos expertos ofrecidos por el perito. Dado el fortísimo

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

carácter subjetivo de esta interpretación, también la descartaría.<sup>29</sup>

Descartadas todas las interpretaciones anteriores, queda una última que, en mi opinión, es la más plausible: una prueba pericial es innecesaria cuando afecta a la función jurisdiccional de los jueces. Un ejemplo claro al respecto sería la admisión de pruebas periciales sobre el derecho nacional; si consideramos que una de las expectativas que tenemos de nuestros jueces profesionales es precisamente que conocen el derecho que aplicaran, admitir una prueba al respecto interfiere con la función de los jueces de aplicar el derecho. Otro ejemplo que en los últimos años ha cobrado relevancia es la prueba pericial psicológica sobre la confiabilidad de un testimonio,<sup>30</sup> cuando precisamente la valoración de la confiabilidad de un testimonio corresponde a los jueces. Sin embargo, a diferencia del ejemplo anterior, aquí vale la pena hilar más fino, porque en aquellos casos en que haya información empírica sobre la fiabilidad de las afirmaciones psicológicas respecto de la credibilidad del testimonio es importante que los jueces (y todo el sistema) la tengan en cuenta en su labor;<sup>31</sup> pero lo que no puede ser de ninguna manera es que sea el perito quien termine decidiendo sobre la confiabilidad del testimonio en un caso concreto.

<sup>29</sup> Tal subjetividad tiene varios problemas, además del obvio de hacer depender de los criterios de una persona una decisión judicial, es que en el proceso penal mexicano pueden conocer de los hechos del caso varios jueces. Al menos está el juez de control, el tribunal de enjuiciamiento y la segunda instancia; pero también podría darse el caso de que éstos cambien en el transcurso de un proceso judicial en concreto. Por ello, las necesidades subjetivas de un juez podrían variar considerablemente en atención al cambio mismo de éstos.

<sup>30</sup> Aquí vale la pena enfatizar que estoy pensando exclusivamente en la llamada psicología del testimonio y no en otro tipo de pruebas sobre la prueba que pueden cuestionar también la fiabilidad del testimonio, como aquellas relacionadas con la visión de una persona o los trastornos de personalidad que afectan las capacidades de percepción.

<sup>31</sup> Como parece suceder, por ejemplo, con la psicología del testimonio infantil en casos de delitos sexuales. Una decisión muy interesante al respecto la ha ofrecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo en revisión 3797/2014.

## LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

Como se ha visto hasta ahora, los criterios que rigen la admisión de pruebas suponen un trabajo serio y concienzudo, no sólo de interpretación de la confusa norma que regula esta etapa, sino de aplicación de tales criterios al caso concreto por los nuevos jueces de control, cuya tarea, hay que insistir, será determinante para la siguientes etapas procesales.

### *2. El contradictorio como herramienta cognoscitiva del tribunal de enjuiciamiento*

Pese a que es el principio de la oralidad el que más difusión ha tenido y en el que de hecho se ha centrado aparentemente toda la reforma mexicana, en sí mismo no tiene efectos epistemológicos; es necesaria su conjugación con otros principios para potenciar la mejora del sistema. Así, por ejemplo, la oralidad podría permitir una mejor contradicción, pero podría regularse de manera tal que no se aprovechen las oportunidades que ofrece para una mejor práctica de las pruebas admitidas, por ejemplo, si el legislador obligara a formular y seguir una lista cerrada de preguntas sin posibilidad de re-preguntar o limitara la contradicción para las partes al concebir al juzgador en una actitud pasiva; lo que, afortunadamente, el legislador mexicano no hizo. Y precisamente es en la conjugación oralidad-contradicción en la que vale la pena centrarse.<sup>32</sup>

Al tratar al principio del contradictorio hay que distinguir sus dos posibles facetas: como garantía de las partes y como herramienta cognoscitiva del juez. En los últimos años la mayoría absoluta de sistemas jurídicos han reconocido a las partes la posibilidad de contradecir las pruebas presentadas por su contraparte; sin embargo, como bien afirma Taruffo:

<sup>32</sup> Los otros principios, desde el punto de vista epistemológico, tienen una importancia más discutible. Por ejemplo, el principio de intermediación ha recibido una fuerte crítica en aquellos sistemas jurídicos en los que lleva tiempo reconocido y en funcionamiento básicamente por usarse como una especie de pretexto para no razonar. Al respecto puede verse Andrés Ibáñez, Perfecto, "Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)", *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 462003, pp. 57-67.

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

... [I]dealmente las partes deberían poder influir sobre la decisión, en la medida en que someten al juez hipótesis racionales, aunque obviamente distintas, de valoración de pruebas.

Está claro, no obstante, que esto no sucede y que se abren espacios indefinidos de discrecionalidad incontrolada, siempre que la contradicción entre las partes se transforma en una lucha sin exclusión de golpes o en un ejercicio de retórica dirigido a influir en el juez más que a someterle a argumentos racionales.

En ciertos aspectos, el juez necesita la racionalidad de las partes para ser, a su vez, racional en la valoración de las pruebas: si las partes no utilizan correctamente las posibilidades que ofrece el principio de contradicción la garantía se reduce a una mera ocasión de litigio y el juez tiene menos razones para ser, en solitario, racional.<sup>33</sup>

Lo anterior sirve para afirmar que una concepción del principio de contradicción como herramienta de control de las partes, en definitiva, debe completarse con la faceta como herramienta cognoscitiva del juzgador de ese mismo principio. Y, por ejemplo, en la práctica de la prueba pericial de parte, aunque no sólo en ésta, este doble aspecto es fundamental,<sup>34</sup> pues en esta etapa es donde el juez

<sup>33</sup> Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 1992, pp. 434 y 435.

<sup>34</sup> Sobre este doble aspecto en materia civil, *ibidem*, p. 427; en materia penal, Ubertis, Giulio, "Prova e contraddittorio", *Cassazione penale*, 2002, XLII, y, en general, Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, p. 87.

Ferrer Beltrán explícitamente sostiene que "la práctica de la prueba en cumplimiento del principio de contradicción es (también) una garantía epistemológica para la determinación de la verdad de los enunciados fácticos a probar", y esto lo hace, según él, en contraposición a "[l]a doctrina que ha puesto el acento de forma ampliamente mayoritaria en el principio de contradicción como garantía procesal de derecho de defensa". Sin embargo, cuando plantea los tipos de control probatorio que podrían hacerse mediante el principio de contradicción, parece estar pensando únicamente en éste como garantía de defensa de las partes, pues alude únicamente al control sobre las reglas probatorias aplicadas en la admisión, a la práctica de la prueba de forma contradictoria, a la posibilidad de proponer pruebas contrarias a las ofrecidas por la otra parte y a la posibilidad de proponer pruebas que impugnen la fiabilidad de pruebas ofrecidas por la contraparte. Nada dice, pues, sobre cómo es que el contradictorio podría asumirse como garantía epistemológica desde el punto de vista del juzgador.

## LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

tendría la posibilidad de disipar algunas de sus dudas sobre la información experta presentada por las partes.

Además de su fundamento epistemológico, el principio del contradictorio como herramienta cognoscitiva del juez encuentra su fundamento jurídico en la última parte del artículo 372 del CN que, al regular el desarrollo del interrogatorio, dice que "...el Órgano Jurisdiccional podrá formular preguntas para aclarar lo manifestado por quien deponga".

Ahora bien, el contradictorio se podría ejercer tanto de una prueba pericial en concreto como de una prueba pericial en relación con otras pruebas también periciales o de otro tipo. Sobre la contradicción de una prueba pericial específica cobran relevancia los artículos 372 y 376. El primero de éstos en su última parte dice:

al perito se le podrán formular preguntas con el fin de proponerle hipótesis sobre la materia del dictamen pericial, a las que el perito deberá responder atendiéndose a la ciencia, la profesión y los hechos hipotéticos propuestos.

Obviamente, las partes podrían formularle este tipo de preguntas al perito de su contraparte, o incluso al perito de confianza del juez, mediante su propio perito o bien mediante asesores expertos que aconsejen a su abogado. En cambio, el juez tendrá que poner en juego su *background* para desarrollar este tipo de conainterrogatorio.<sup>35</sup> En esta línea, uno podría esperar que la experiencia jurisdiccional de nuestros jueces profesionales, a diferencia de los juzgadores legos, al ser *repeat players*, les permitiera hacerse una idea general sobre distintos aspectos relevantes de las pericias que van conociendo, o incluso que su nivel cultural promedio, en principio superior al ciudadano medio (dadas las exigencias formativas para acceder a la carrera judicial, permanecer y avanzar en ella) les supusiera tal información, a efectos de plantear preguntas adecuadas a los expertos para comprender lo que afirman.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Otra posibilidad pudiera ser el conainterrogatorio por parte del perito de confianza del juez; sin embargo, el legislador niega esta posibilidad al obligar a que los peritos, como los testigos, depongan por separado.

<sup>36</sup> Desde luego, la situación ideal es que los jueces reciban formación adicional

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

Las preguntas que se pueden plantear no exigen conocimiento experto, insisto; basta con poner en juego la cultura media de los jueces. Por ejemplo, consideremos el caso de Cabdiwelli Cabullahi,<sup>37</sup> donde se discute la mayoría de edad de éste a efectos de aplicarle (o no) la ley penal española por cuestiones de piratería; donde el experto que realizó el peritaje correspondiente, entre otras cosas, parte de al menos dos supuestos independientes a los hechos del caso:

- a. La determinación de la edad de un joven sin ningún registro oficial al respecto sólo puede llevarse a cabo mediante estimaciones sobre su edad biológica a partir del grado de maduración de ciertas estructuras anatómicas.
- b. Existe consenso entre los expertos de la necesidad de utilizar varias técnicas de diagnóstico, cada una con sus propios medios auxiliares, y en combinar el resultado de todas ellas para sustentar un diagnóstico fiable.

¿Qué preguntas aclaratorias podrían formularse aquí? Por ejemplo: ¿la maduración anatómica puede verse afectada por alguna enfermedad? ¿Tal maduración depende del grupo étnico de los individuos? O, concretamente sobre la segunda afirmación: ¿es indiferente la variación y mezcla de las diferentes técnicas de diagnóstico? ¿Cómo se determina el grado de probabilidad de la “mezcla” de técnicas? ¿Cómo se conoce el rango de error de dicha “mezcla”? Ninguna de ellas exige conocimiento experto del juez (o de los abo-

a la jurídica; por ejemplo, mediante cursos de capacitación continua *con* científicos y otros expertos. Como bien afirma Cossío Díaz en *Derecho y ciencia*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2015, p. 24: “en un proceso de cambio científico y sobre todo de aplicaciones tecnológicas tan amplias como el que vivimos, es muy difícil que uno pueda tener una idea de todo, así sea somera. La única manera de comprender un fenómeno es hablando con quien lo entiende para, una vez que se logra un nivel razonable de comprensión, tratar de elaborar sentencias que no destruyan o deformen un entendimiento satisfactorio de los asuntos, sino al contrario, que ordenen y articulen ese tipo de temas”.

<sup>37</sup> Al respecto puede verse el auto del 2 del noviembre de 2009 de la Audiencia Nacional española, sala penal.

## LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

gados), sino cierta actitud crítica ante lo que el experto está afirmando y una exigencia de aclarar cuestiones para comprender el alcance de ello.

Dicho lo anterior, vamos ahora al contradictorio que puede realizar el juez de una prueba pericial en relación con otras pruebas periciales y nopericiales. Para ello, acudamos al artículo 376 sobre la lectura para apoyo de memoria o para demostrar o superar contradicciones en audiencia:

Durante el interrogatorio y contrainterrogatorio del acusado, del testigo o del perito, podrán leer parte de sus entrevistas, manifestaciones *anteriores*, documentos por ellos elaborados o cualquier otro registro de actos en los que hubiera participado, realizando cualquier tipo de manifestación, cuando fuera necesario para apoyar la memoria del respectivo declarante, superar o evidenciar contradicciones, o solicitar las aclaraciones pertinentes.

Es probable que el legislador haya tenido como destinatario del artículo anterior a las propias partes y no al juez; sin embargo, creo que en ejercicio de la última parte del artículo 372 antes aludido, los jueces, a efectos de *formular preguntas para aclarar lo manifestado por el deponente*, pueden utilizar al menos cierto tipo de manifestaciones anteriores del perito. Entre ellos estarían las afirmaciones realizadas por el mismo perito en otros casos semejantes al que se está discutiendo; por ejemplo, el juez podría preguntar por qué en el caso actual el perito X no realizó, como sí lo hizo en un caso anterior, los estudios A, B y C.<sup>38</sup>

Es evidente que ante un escenario como el que sugiero en un sistema adversarial como el que supone la reforma penal en México, una pregunta esencial sea referente a los necesarios límites para el juez. Es decir, aceptando que necesitamos jueces activos para que comprendan adecuadamente las afirmaciones periciales realizadas y puedan valorarlas racionalmente, ¿cuáles son los límites a ese activismo

<sup>38</sup> Como en el caso Cabdiwelli Cabullahi, donde el experto después de afirmar que el consenso en la comunidad experta era realizar un conjunto de estudios, nunca dijo nada sobre si había un concreto grupo de estudios (o no) y/o por qué él optó por el grupo de estudios que realizó y no otro, etcétera.

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

judicial? Pese a haber cuestiones que claramente sobrepasan los límites, como cuando la respuesta a los cuestionamientos del juez supone necesariamente la realización de más operaciones periciales, éstos dependerán del caso concreto, y, por ello, cuando el propio juez no se autocontenga, entonces será tarea de las partes argumentar que las preguntas del juez van más allá de aspectos que ayudan meramente a su comprensión de lo afirmado.

Desde luego, se me podría decir que esto va en contra de la “naturalidad” adversarial del proceso judicial; sin embargo, diría que más allá de preocuparnos por cuidar naturalezas inexistentes, deberíamos ocuparnos por un funcionamiento adecuado del sistema; para ello, y ya para cerrar este apartado, quizá vale traer a colación tres hechos que al menos deberían hacernos reflexionar sobre el papel que pretendemos jueguen nuestros jueces. El primero, como ya se mencionó anteriormente, si el sistema no ofrece las herramientas necesarias para que los jueces comprendan las afirmaciones periciales, los jueces se verán incentivados a buscar extraprocesalmente expertos, introduciendo con ello información que las partes no han tenido posibilidad de cuestionar porque ni siquiera se han enterado de esto.<sup>39</sup> Segundo, al menos al día de hoy, si avanzamos en las etapas procesales y relacionamos los procesos penales con el amparo, los tribunales siguen teniendo la obligación de suplir las deficiencias del proceso realizado, lo que no sólo resulta incoherente con aquellos que pretenden tener “jueces congelados” en el sistema adversarial, sino que a final de cuentas es más costoso, porque posiblemente los casos irán hasta esta instancia para suplir las deficiencias observadas en la primera instancia. Y, tercero, en investigaciones empíricas realizadas con jurados en Estados Unidos, una conclusión sobresaliente es precisamente que permitir a los jurados preguntar, como sucedería en la vida ordinaria, mejoraría su comprensión sobre las cuestiones que están juzgando.<sup>40</sup> Ante ello, sinceramente, no se ve

<sup>39</sup> Un juez activo da la posibilidad a las partes de sondear cómo está razonando el juez; por ejemplo, mediante las preguntas que éste formule, o incluso preguntándole sobre la exhaustividad de las respuestas dadas por el perito, etcétera. Por ello, defendiendo enfáticamente que a efectos de tener más control sobre el razonamiento del juez *in itinere* es estratégicamente mejor para los abogados un juzgador racionalmente activo que uno pasivo.

<sup>40</sup> Al respecto, *cfr.* Penrod, Steven D. y Heuer, Larry, “Tweaking Commonsense:

## LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

por qué deberíamos cometer este error con nuestros jueces profesionales; por el contrario, deberíamos optar por “un derecho probatorio que en su gran mayoría refleje el proceso de razonamiento natural”,<sup>41</sup> y, en general, los procesos cognitivos habituales.

### IV. LAS PARTES Y SU ROL

#### 1. *Además de las credenciales de los expertos*

Sin duda alguna, en un sistema adversarial son las partes las que tienen más cargas, no sólo más facultades, y esto es muy claro cuando se trata de la prueba pericial que están presentando (o contraargumentando), pues deben ser capaces de brindarle al juez toda la información necesaria para su adecuada valoración. En este sentido, en mi opinión, las partes tienen al menos tres líneas argumentativas a desarrollar para defender su propia prueba pericial y/o para cuestionar la prueba pericial de su contraparte, a saber: i) todo aquello relacionado con el sujeto que se pretende presentar (o se ha presentado) como experto; ii) sobre las afirmaciones expertas independientes a los hechos del caso en cuestión que han sido utilizadas por el experto, y iii) respecto la aplicación efectuada de tales afirmaciones a los hechos concretos del caso en cuestión.

Sobre el sujeto que funge como perito, es necesario ofrecer información sobre sus credenciales y su experiencia; y, en su caso, sobre la parcialidad disposicional de éste. Si bien es posible presentar personas cuya única credencial sea su experiencia (artículo 369), cuando la ciencia, arte, técnica u oficio esté reglamentada es indispensable mostrar no sólo los títulos con los que cuenta, sino, además, argumentar la relevancia de éstos para los hechos del caso en cuestión. Aunado a ello, es importante dar cuenta de la experiencia que el sujeto tiene en el análisis del tipo de casos que conocerá, so-

*Assessing Aids to Jury Decision Making*”, *Psychology Public Policy and Law*, 1997, 3, p. 259; Strier, Franklin, “The Road to Reform: Judges on Juries and Attorneys”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1997, 30, p. 1249.

<sup>41</sup> Allen, Ronald, “Taming Complexity: Rationality, the Law of Evidence and the Nature of Legal System”, *Law, Probability and Risk*, 12, 2013, p. 109.

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

bre todo en términos cualitativos y no netamente cuantitativos; tal experiencia podría ser forense; es decir, su actuación como perito en otros tantos casos, o extraprocesal; esto es, su actividad profesional independiente al contexto judicial.

Lo anterior, digamos, son las condiciones mínimas para mostrarle al juez que el sujeto presentado puede ser al menos inicialmente tenido como un experto, pues de lo contrario sus afirmaciones resultarían irrelevantes para el caso. Pero tal condición podría no ser suficiente cuando la contraparte pueda mostrar que el perito tiene una causal de impedimento; es decir, que sufre de cierta parcialidad disposicional por algún tipo de relación con la parte que lo contrató o por un cierto interés en el objeto del litigio, por lo que se puede cuestionar *a priori* su motivación para actuar adecuadamente. No puedo ahondar en este complejo tema aquí;<sup>42</sup> sin embargo, sí me gustaría abrir el debate únicamente planteando dos cuestiones al respecto. La primera tiene que ver con la disposición legislativa respecto de las causales para impedirle a un perito conocer de un caso, que son las mismas que impiden a los jueces y magistrados conocer, ¿cuál es la razón que justifica usar los mismos criterios para impedir la participación de un conjunto de sujetos que tienen poder de decisión sobre los hechos del caso (jueces) que para sujetos que no deciden nada en el caso (peritos)? En segundo lugar, creo que es importante reflexionar sobre los supuestos bajo los cuales el legislador está justificado para limitar a las partes la selección del experto que ellas simplemente decidan, ¿qué argumentos podrían regir la política que se adopte al respecto?

En todo caso, para sustentar la calidad de la prueba pericial no es suficiente, aunque sí necesario, mostrar las cuestiones anteriores sobre el sujeto que se pretende presentar como perito; además, hay que tener (y brindar) información sobre las afirmaciones independientes a los hechos del caso que éste ha utilizado. Si retomamos como ejemplo el caso Cabdiwelli Cabullahi antes planteado, sería ideal que las partes, además de hacer especificaciones sobre qué comunidad de expertos dice qué cuestión sobre los métodos utilizados para la determinación de la edad biológica, acompañaran también

<sup>42</sup> Al respecto, puede verse Vázquez, Carmen, *De la prueba científica*, pp. 92-96.

LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

una explicación no sólo sobre cómo supuestamente deberían funcionar éstos, sino sobre sus fuentes de error y, en el mejor de los casos, información empírica sobre su funcionamiento real.

La información empírica sobre el funcionamiento *real* de los métodos y técnicas empleados por los expertos, por cierto, ha brillado por su ausencia en nuestros sistemas de justicia.<sup>43</sup> Algunas veces no se ve incluso la imperante necesidad de tal información, pues se considera que llevamos tantos años utilizando, por ejemplo, la grafología o la identificación de personas por su dentadura o su mordida, que por ese mero *hecho* ya contamos con información sobre su adecuado funcionamiento. Obviamente, del hecho de su utilización por años en el sistema de justicia nada se deriva sobre su fiabilidad; la fiabilidad es una cuestión medible mediante estudios empíricos que deben realizar las comunidades expertas para decirnos, entre

<sup>43</sup> En este sentido, ha llamado particularmente mi atención una serie de cuadernillos editados en el 2016, entre otros, por la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México, donde participan diversos expertos pertenecientes a la misma institución. En ellos, la explicación sobre el método utilizado por expertos en “incendios, explosiones y explosivos” es “la observación” o en “informática forense”, la “identificación, preservación, análisis y presentación de los resultados”; es decir, cuentan las cuestiones más mínimas que cualquier persona lega sabe que tendrían que hacerse; nada o muy poco nos dicen sobre las herramientas que tienen para observar o los protocolos que deben seguir para preservar las muestras, o sobre cuáles son los avances más punteros en su área, sobre los rangos de error de sus técnicas, etcétera.

Otros ejemplos pueden verse también en un reciente libro coordinado por García Castillo, Zoraida y Goslinga Remírez, Lorena, *Derecho y ciencia forense*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2016. Así, al hablar de la confiabilidad del rodizonato de sodio como prueba, el autor, Isidro Hinojosa López, dice que “debe estar bien sustentada en una metodología integral, confiable técnica y científicamente” (p. 147); pero nada dice sobre cómo podemos saber (o de hecho sabemos) que determinada metodología en ese contexto satisface tales requisitos. O, más evidente aún, al tratar la fiabilidad de la prueba grafoscópica, la autora, María Guadalupe Martínez Flores, afirma contundentemente que “[l]a fiabilidad científica de la prueba es sólida y altamente confiable[,] se maneja en un rango del 95% o superior, siempre y cuando... se haya contando con [ciertos] requisitos necesarios” (p. 231); pero, después de ello, no hay ningún fundamento, primero, sobre la fuente de ese supuesto grado de fiabilidad; y, segundo, tampoco se especifica, más allá de meras generalidades, cuáles serían esos requisitos necesarios.

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

otras cuestiones, la frecuencia de error de sus métodos o técnicas en una serie amplia de casos controlados.<sup>44</sup>

Por otro lado, un experto con buenas credenciales y que ha utilizado información independiente a los hechos del caso justificada, aún se puede equivocar durante su aplicación a los hechos del caso, y por ello es importante atender también a esta cuestión. Por ejemplo, habría que ver si se ha seguido y respetado la cadena de custodia correspondiente, si la información del caso tomada en cuenta es lo suficientemente completa, o incluso comparar qué ha hecho el experto en otros casos similares pasados con lo que ha hecho en el caso actual. Si volvemos una vez más al caso Cabdiwelli Cabullahi, podría considerarse que la presentación de información completa sobre el caso transita por decir si y cómo se ha tomado en cuenta el origen africano del acusado a la hora de practicar las diferentes pruebas efectuadas, entre otras, en su estructura ósea y su dentadura. Ello es importante, porque estos estudios suponen ciertos “estándares tipo”, que podrían tener variaciones relevantes de acuerdo con el origen étnico del examinado.

En fin, todas estas cuestiones deben ser exigidas a las partes como fundamento de las pruebas periciales que presenten, tanto por la contraparte en atención, por ejemplo, a los numerales 372 y 373 del CN, como por el juez, a efectos de comprender cabalmente lo que los expertos están afirmando. En esa misma línea, sólo me resta decir que el legislador falló al no establecer una especie de careo o debate entre los peritos, en lugar de regular su separación equiparándolos injustificadamente con los testigos; sin duda alguna, habrá casos en que el contradictorio, tanto de las partes como aquel que pueda hacer el juez, funcionaría mejor teniendo a ambos expertos a la vez debatiendo sobre sus posibles desacuerdos, en lugar de tener únicamente a un juez que busca adivinar por qué desacuerdan o a las partes enfatizando el mero desacuerdo.

<sup>44</sup> Un ejemplo sumamente interesante al respecto es el trabajo desarrollado por el físico Luis Mochán sobre los detectores moleculares gt200, en el cual demostró empíricamente la no fiabilidad de tales instrumentos mediante los correspondientes experimentos controlados. *Cfr.* Mochán, Luis y Ramírez Solís, A., “Effectiveness of the GT200 Molecular Detector: A Double-Blind Test”, en <https://arxiv.org/abs/1301.3971>.

## LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

### 2. *El descubrimiento probatorio*

Ya he mencionado antes que en un sistema adversarial las partes tienen la iniciativa probatoria, y por ello los jueces tomarán la decisión fundamentalmente a partir de la información que éstas presentan. En este escenario cobra suma importancia una figura jurídica por muchos desconocida y a la que hasta ahora se le ha prestado poca atención, incluso teórica:<sup>45</sup> el descubrimiento probatorio. Como bien afirma Allen (2016: 30):

Mientras se enfatiza el compromiso con la búsqueda de la verdad, [se deja] de lado que la búsqueda de la verdad solo puede ocurrir si hay fácil acceso a las pruebas, lo que parece ser sistemáticamente negado a los litigantes en muchos escenarios.... La Corte Suprema Federal alemana ha llegado tan lejos como para decir que una «parte no tiene ninguna obligación de poner a disposición de su oponente para su victoria el material que no esté a disposición [de éste]». Solo diré aquí que es un misterio cómo puede emerger la verdad sin acceso a las pruebas. Cualquiera sea el costo del *discovery* tiene el beneficio de acercarnos a decisiones correctas de las disputas; su ausencia obviamente hace que las decisiones “verdaderas” de las disputas sean improbables en todos los casos en los que una parte es lo suficientemente desafortunada como para no tener pruebas importantes.

El *discovery* o descubrimiento probatorio está regulado en el artículo 337 y, según el CN, consiste en “la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio”. ¿Qué ganamos con poner sobre la mesa antes del juicio oral toda la información disponible? La parcialidad de los abogados puede suponer cierta ter-

<sup>45</sup> Una de las pocas referencias que he encontrado al respecto en la literatura mexicana es Lara González, Héctor, *La etapa intermedia en el proceso penal acusatorio*, México, Bosch, 2014, pp. 42-58. Sin embargo, sólo realza la obligación de presentar las pruebas para permitir el derecho de defensa; nada dice sobre la completitud probatoria y la importancia de ésta para la racionalidad de las decisiones fácticas; y, por otro lado, sólo describe cómo debe llevarse a cabo; no alude en ningún momento a los límites que el adecuado funcionamiento del descubrimiento probatorio supone.

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

giversación de la información que aun cuando pudiéramos asumir, al menos hasta cierto punto, que la contraparte debería ser capaz de evidenciarlo mediante el contradictorio, ésta podría verse sorprendida, no estando adecuadamente preparada para rebatirlo en el corto tiempo que supone el juicio oral. La falta de información relevante puede no sólo generar pérdidas de tiempo en la preparación de un caso que finalmente no sería exitoso, sino que además produce una genuina incerteza en los resultados del mismo, lo que evidentemente dificulta, por ejemplo, la toma de acuerdos racionales entre las partes. Y, por último, si atendemos al principio de concentración, para que las audiencias se puedan llevar en el menor tiempo posible y de forma sustantivamente adecuada, es indispensable que se llegue ahí con la información lo más depurada posible; de lo contrario, la concentración sólo conllevará caos, sobre todo en los asuntos más complejos.

Pues bien, asumiendo que todo esto es así, cuando se trata de la prueba pericial, la importancia del descubrimiento probatorio se incrementa, dado que las partes necesitan tener toda la información relevante sobre ésta a efectos de ver satisfecho su derecho a la defensa y al contradictorio posterior, pues no sólo se trata de conocimiento que sale de su cultura media, sino que, a efectos de que su propio perito pueda realizar su labor con éxito, se puede llegar a requerir información detallada que sólo tiene la contraparte. Por ello, no es sorprendente que el propio CN haga referencia explícita a la prueba pericial, concretamente al informe pericial, al regular el descubrimiento probatorio en la última parte del ya citado artículo 337.

Ahora bien, el ordenamiento no hace referencia a la información que debe estar contenida en el informe respectivo; pese a ello, diría que las partes deben dar cuenta de las líneas que delimité en el apartado anterior; es decir, sobre el experto en particular, sus afirmaciones generales independientes a los hechos del caso y la aplicación de sus conocimientos y/o métodos a los hechos del caso en las pericias realizadas.

Vale la pena resaltar, pues, que el descubrimiento probatorio supone brindar acceso a la información que cada una de las partes

## LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

tiene, a efectos de que ambas puedan construir racionalmente su caso, ofrecer toda la información disponible al juzgador y, de alguna manera, coadyuvar a la eficiencia del sistema de justicia evitando pérdidas de tiempo o ganar un juicio simplemente por meras estrategias litigiosas. Uno pudiera argumentar que ya en el viejo sistema los ministerios públicos *de facto* permitían el acceso al acusado al expediente de la investigación; sin embargo, nótese que el descubrimiento probatorio tiene lugar ya en el proceso judicial, no en la etapa de investigación, y, además, que ahora se establece la bilateralidad del mismo, con lo que la defensa también debe descubrir su información.

Finalmente, de nada serviría obligar a las partes a descubrir sus pruebas si ello no va acompañado de serias restricciones para la introducción posterior de más información. Es decir, si se les solicita a las partes que desde el inicio del proceso judicial presenten toda la información de que disponen, el incentivo que se les debe dar para ello es, obviamente, no permitirles presentar más información conforme avance el proceso judicial, salvo excepciones muy claras.

## V. CONCLUSIONES

Como el lector habrá podido notar, la mayor parte de los planteamientos realizados aquí constituyen una invitación a pensar en los “detalles” del sistema adversarial diseñado por el CN en materia de prueba pericial. Insisto en que estamos en un momento histórico ampliamente interesante en nuestro sistema de justicia penal, y que, una vez pasada toda la algarabía institucional que supuso la reforma, queda mucho trabajo por hacer en la construcción del sistema que necesitamos.

Ahora bien, en tal tarea es necesario tener claro hacia dónde queremos ir. Mi sugerencia es que debemos tener como objetivo la averiguación de la verdad en el proceso penal y, por ende, repensar nuestras instituciones probatorias con ese tamiz. La opción de acoplar todo lo necesario para que únicamente cuadre con lo que usted, yo o cualquiera considere que es la “naturaleza” adversarial,

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

me parece no sólo una pérdida de tiempo, sino una renuncia burda y explícita a la mejora en la aplicación del derecho penal.

En cuanto a la prueba pericial se refiere, no podemos obviar que muchos de los problemas que enfrentan quienes pretenden hacer uso de este elemento de juicio son “heredados” del género a la especie; es decir, depende de cómo estén reguladas; por ejemplo, la admisión, práctica y valoración de las pruebas en general. Tal y como al día de hoy lo están en el CN, queda mucho por debatir y aclarar acerca del texto normativo que rige estas cuestiones en general. Así, por ejemplo, una de las deficiencias es la ausencia de reglas que establezcan estándares de prueba intersubjetivamente definidos que rijan la valoración de las pruebas.

De forma más concreta sobre la mejora de la prueba pericial en nuestro país, necesitamos que se trabaje en la obtención de información empírica sobre el funcionamiento real de los métodos y las técnicas empleados por los expertos en el contexto procesal; necesitamos una implicación más sustantiva de las comunidades de expertos y, en general y de forma urgente, necesitamos avanzar en la construcción de una cultura jurídica más acorde al conocimiento empírico. No podemos obviar que el uso judicial que se haga de la ciencia, la tecnología y, en general, de la *expertise*, es un reflejo de la cultura que sobre ésta tenemos socialmente. Y, efectivamente, los retos que supone mejorar el sistema de justicia y la prueba pericial no se agotan ni se abordan exclusivamente a partir de lo que un ordenamiento textualmente dice, sino que van mucho más allá de eso; pero sin un derecho probatorio acorde, todos los otros empeños son excesivamente difíciles, si no imposibles.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ALLEN, Ronald, “Taming Complexity: Rationality, the Law of Evidence and the Nature of Legal System”, *Law, Probability and Risk*, 12, 2013.

LOS RETOS DE LAS PRUEBAS PERICIALES A PARTIR DEL CÓDIGO NACIONAL...

- ANDRÉS I., Perfecto, “Sobre el valor de la inmediatez (una aproximación crítica)”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, 2003, núm. 46.
- CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 11 ed., México, Porrúa-UNAM, 2014.
- CECIL, Joe C. y WILLGING, *Court-Appointed Experts: Defining the Role of Expert Appointed Under Federal Rule of Evidence 706*, Washington, Federal Judicial Center, 1993.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Derecho y ciencia*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2015.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- GARCÍA CASTILLO, Zoraida y GOSLINGA RAMÍREZ, Lorena, *Derecho y ciencia forense*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2016.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *El control de fiabilidad probatoria: ‘Prueba sobre la prueba’ en el proceso penal*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 1999.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal adversarial*, México, Ubijus, 2012.
- HAACK, Susan, “Proving Causation. The Holism of Warrant and the Atomism of Daubert”, *Journal of Health & Biomedical Law*, 2008, vol. IV, núm. 2.
- , *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, Cambridge University Press, 2014.
- LARA GONZÁLEZ, Héctor, *La etapa intermedia en el proceso penal acusatorio*, México, Bosch, 2014.
- LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal*, trad. de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Barcelona, Marcial Pons, 2013.
- MOCHÁN, Luis y RAMÍREZ SOLÍS, A., “Effectiveness of the GT200 Molecular Detector: A Double-Blind Test”, disponible en <https://arxiv.org/abs/1301.3971> (última revisión: 15 de octubre de 2016).
- PENROD, Steven y HEUER, Larry, “Tweaking Commonsense: Assessing Aids to Jury Decision Making”, *Psychology Public Policy and Law*, 3, 1997.

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

- SCHAUER, Frederick, "Can Bad Science be Good Evidence?", *Cornell Law Review*, vol. 95.
- STRIER, Franklin, "The Road to Reform: Judges on Juries and Attorneys", *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1997.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi, Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 1992.
- *La prueba*, trad. de Laura Manríquez y Jordi, Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- THE HARVARD LAW ASSOCIATION, "Improving Judicial Gatekeeping: Technical Advisors and Scientific Evidence", *Harvard Law Review*, vol. 110, núm. 4, 1997.
- UBERTIS, Giulio, "Prova e contraddittorio", *Cassazione penale*, 2002, XLII.
- VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Barcelona, Marcial Pons, 2015.
- "La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales", *Doxa*, 38, 2015.
- "El perito de confianza de los jueces", *Analisi e Diritto*, 2016.
- ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Crimen sin castigo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.