



LA PERICIA EN EL PROCESO ORAL

Prof. Rodrigo Rivera Morales

LA PERICIA EN EL PROCESO ORAL

Prof. Rodrigo Rivera Morales¹

Resumen

Entre los diversos medios que disponen las partes, se encuentra la pericia. Puede ser definida como la actividad realizada por terceros ajenos al proceso, aplicando conocimientos especializados, ya de carácter científico, artístico, técnico o práctico, en el estudio y valoración de un objeto de prueba. Se ven dos aspectos: el primero, la actividad que despliega el experto o perito sobre unos hechos determinados que interesan al proceso; el segundo, llevar esa apreciación mediante un dictamen al conocimiento judicial. En el juicio oral la prueba se forma en el debate oral. La pericia para que sea apreciada tiene que ser debatida en la audiencia oral.

Claves: pericia, objeto de prueba, conocimiento especializado, debate oral

Abstract

Among the various means available to the parties, is the expertise. Which can be defined as the activity undertaken by third parties outside the process, applying expertise as a scientific, artistic, technical or practical in the study and evaluation of a test object. This can be seen from two aspects: first, the activity displayed by the expert or expert on certain facts of interest to the process, the second assessment that lead to knowledge through a judicial knowledge. At trial the evidence is in oral form. The expertise to be assessed has to be discussed at the hearing.

Key: expertise, subject of proof, trial

¹ Doctor en Derecho Universidad de Salamanca. Estudios Superiores de Derecho Constitucional Universidad Salamanca. Maestría en Planificación y Desarrollo Regional. Especialista en Derecho Procesal. Especialista en Derecho Constitucional. Especialista en Derecho Penal General. Especialista en Derecho Penal Especial. Profesor de la Universidad Católica del Táchira. Profesor invitado de Postgrado de Universidad Central de Venezuela, Universidad de Salamanca, Universidad de Medellín de Colombia, Pontificia Universidad Católica de Perú, Miembro del grupo de excelencia de Investigación IUDICIUM Universidad Salamanca. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia-España. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Coordinador en Venezuela del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Autor de varias obras jurídicas.

Introducción

Los medios probatorios son los mecanismos que permiten la traslatividad de las fuentes al proceso dirigida a verificar las afirmaciones sobre los hechos realizadas por las partes y producir convicción al juez sobre la verdad de aquellas². Mediante esos medios la inteligencia a través de una operación epistemológica llega al descubrimiento de la verdad.

Entre los diversos medios que disponen las partes, se encuentra la pericia. La cual puede ser definida como la actividad realizada por terceros ajenos al proceso, aplicando conocimientos especializados, ya de carácter científico, artístico, técnico o práctico, en el estudio y valoración de un objeto de prueba³. De esto se puede ver dos aspectos: el primero, la actividad que despliega el experto o perito sobre unos hechos determinados que interesan al proceso⁴; el segundo, llevar esa apreciación mediante un dictamen al conocimiento judicial.

El Código Procesal Civil Colombiano en su artículo 233 establece: La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos⁵. En Venezuela en el Código Civil se instituye en el Artículo 1.422: Siempre que se trate de una comprobación o de una apreciación que exija conocimientos especiales, puede procederse a una experticia. Se puede afirmar que lo esencial es el aporte que hace el tercero de conocimientos especiales para verificar la existencia, relaciones y características de hechos que son relevantes en el proceso.

² CHIOVENDA, G (1977). *Principios de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Reus, p. 281
MONTERO AROCA, Juan (2005), *La prueba en el Proceso Civil*, Navarra. Editorial Aranzadi, p. 46.

³ PICÓ I JUNOY, Joan (2001), *La prueba pericial en el proceso civil español*, Barcelona: Editorial J.M. Bosch editor, p. 51.

⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1991), *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª Edición, Madrid: Editorial EDERSA, p. 473, "para conocer o apreciar algún hecho".

⁵ En el proyecto que se discute en el Instituto Colombiano de Derecho Procesal se conserva la misma definición, pero si prevé nuevas formas en la aportación y trámite de la pericia (arts. 222 al 231) Tomado de www.icdp.org.co/esp/actividades/proyecto.html

Para el examen de la pericia como medio probatorio –así está regulado en las leyes procesales- debe tenerse en cuenta que ella tiene dos fases bien definidas: la primera, consistente en el examen que hace el experto del objeto de su actividad, esto es, los hechos que le han sido señalados para examen, por supuesto, con relación al debate en el proceso –es obvio que el experto en su examen del hecho bruto puede ver lo oculto o no observable-; la segunda, el dictamen o conclusiones que realiza mediante operación racional aplicando los conocimientos sobre los datos empíricos obtenidos en el examen del objeto. Esto último es lo que se traslada al proceso. Las actividades técnicas, científicas, experimentales, observaciones no son repetibles o realizables en el debate probatorio, más no se excluye el examen de algunos elementos materiales –evidencia material- para verificar o determinar algunos hechos.

Precisados estos aspectos, es forzoso concluir, que una fase de la pericia se realiza al margen del debate. Es decir, se practica fuera de la sede el órgano jurisdiccional, en lugares y condiciones apropiadas. Realizada esa fase los expertos aportan al tribunal su dictamen. De manera, que se debatirán los aspectos del dictamen, sus periféricos, incluso pudiéndose debatir los procedimientos, instrumentos y métodos utilizados.

Por otra parte, hay que señalarse que para la práctica y apreciación de la prueba pericial es necesario satisfacer unos requisitos subjetivos y objetivos. Los requisitos subjetivos comprende: la idoneidad de los conocimientos, habilidades y destrezas de los expertos acorde con la naturaleza del objeto de la prueba –en el actual es implícito, conforme al artículo 453 CPC-; y la objetividad e imparcialidad de los expertos –actualmente artículo 90 CPC y 1106 C.Com puede presentarse recusación-. En cuanto a los requisitos objetivos consiste cuando sea necesario el examen de un hecho (art. 451 CPC) –incluso para conocer el contenido o el sentido de una prueba o para proceder a su más acertada valoración⁶- relevante

⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel y PASTOR, José Martín (2005), *Derecho Procesal Civil*, 6ª Edición, Navarra: Editorial Aranzadi, p. 396. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (1999), *El control de la Fiabilidad Probatoria: Prueba sobre la Prueba en el Proceso Penal*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, p. 95.

para el proceso, para lo cual sean indispensables conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos.

En el ordenamiento jurídico colombiano y venezolano vigente -artículo 236 CPCC y artículo 451 CPCV- se contempla la prueba de la pericia desde el punto de vista judicial, pues, se requiere la petición de parte dentro del proceso. En Colombia, los proyectistas actuales, han considerado la necesidad de incorporar la prueba pericial extrajudicial, sea unilateral o de común acuerdo entre las partes –vid proyecto artículo 222⁷-, en la LEC española, en principio, rige la aportación de parte (arts. 335-336 LEC), pero puede hacerse en la vista por petición de parte (art 339.3 *ejusdem*) o excepcionalmente por el tribunal (art. 339.5 *ejusdem*), a los efectos de facilitar el ejercicio de la libertad de medios probatorios y aligerar el trámite de un medio probatorio que requiere, por lo general, de períodos de tiempo largos, o también debido a la imposibilidad de disponer algunos hechos o circunstancias para el momento del juicio, pero que han dejado vestigios, huellas, marcas, signos o símbolos.

Debe indicarse que las reglas vigentes que regulan la pericia o experticia fueron concebidas para el proceso escrito. Las partes pueden conocer el dictamen de los expertos y sobre él, podrán realizar las observaciones u objeciones que juzguen pertinentes, o pedir aclaraciones o adiciones. Es un procedimiento que de alguna manera tiende a alargar la duración del proceso. No hay duda que hay diferencias notorias con relación al examen pericial en el proceso oral.

En este escrito trataremos de abordar la pericia desde la oralidad. En principio, enmarcaremos algunas pautas generales sobre la oralidad y las funciones que cumple como una técnica procesal, posteriormente se examinan las formas específicas que han adoptado algunos ordenamientos para regular la prueba pericial en el procedimiento oral.

La oralidad

La administración de Justicia en Latinoamérica, se ha dicho repetidas veces, se encuentra en entredicho y baja credibilidad, debido a los problemas crónicos que arrastra: lentitud, formalismo, baja formación jurídica de los jueces, corrupción y complejidad. Para muchos la clave se percibe en la urgencia de cambiar el tradicional sistema escrito por un sistema oral. ¿Es ésta realmente la solución o es sólo un espejismo?

⁷ www.icdp.org.co/actividades/proyecto.html

Tanto CHIOVENDA⁸ como CALAMANDREI⁹ manifestaron en la primera mitad del siglo XX que la expresión oralidad, en su correcta acepción jurídica procesal, recoge sintéticamente un conjunto de principios inseparables. Los plantearemos sumariamente, pero con énfasis en lo probatorio, ellos son:

- a) Inmediación:** La oralidad es la presencia contextual de los inter locutores permitiendo el contacto entre los sujetos procesales. De esta manera, se establece contacto entre el juez y las personas cuyas declaraciones debe recoger y valorar. En definitiva se trata de la presencia de las partes y el juez en la formación de la prueba mediante el contradictorio¹⁰. Se ha afirmado que sólo el juez que ha asistido directa y personalmente a la práctica de la prueba puede pronunciar la sentencia, sin intermediarios como los jueces instructores o actuarios. No obstante, debe re-contextualizarse el concepto de inmediación. El autor IACOVELLO¹¹ dice que “la oralidad-inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método de convencimiento del juez”. Pero esa proximidad temporo-espacial para captar datos observables, no puede ser excusa para no razonar, ni mucho menos para que los superiores se nieguen a considerar la interpretación de los hechos¹².
- b) Concentración:** El proceso debe realizarse en el menor tiempo posible y con la mejor unidad, sin que tenga que sacrificarse el derecho de las partes a la defensa y el ejercicio de los recursos. Se garantizan por cuanto las comunicaciones escritas entre personas lejanas están separadas por intervalos que permiten la respuesta correspondiente, mientras que entre los presentes que hablan la respuesta sigue a la pregunta. El debate oral es contextual y no admite interrupciones o reenvíos. A diferencia, el proceso escrito es disperso y desconcentrado, se fracciona en una serie de fases o episodios con la posibilidad de impugnar separadamente las resoluciones interlocutorias.

Este principio tiende a lograr la inmediación, la continuidad y la celeridad procesal. Pues, todo ello requiere que los actos procesales se lleven a término sin interrupciones y con conexión. También, garantiza la identidad física, puesto que, si el proceso se desarrolla en una serie de etapas o fases prolongadas y distantes entre sí se corre el riesgo que el juez decisor cambie por incapacidad, vacaciones,

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe (1924), *La Oralidad y la Prueba*, en la revista *Di Diritto processuale*, Volumen I, parte I. Cedan – Padua, Italia. “...el proceso oral, es el método más natural, más simple, menos dispendioso para definir la controversia...”

⁹ CALAMANDREI, P. (1973), *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tr. de Sentís Melendo, de la 2ª edición italiana, Buenos Aires: Editorial EJE, Volumen I, pp. 383-384

¹⁰ IBÍDEM, p. 330: “inmediación significa presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar, y, por consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse oralmente sus comunicaciones”.

¹¹ IACOVELLO, F.M. (1997), *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano: Ed. Giuffrè, p. 151.

¹² Vid ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (2007), “Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica), en la obra *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 159. Vid. IGARTUA SALAVERRIA, Juan (2008), “Algunas incidencias de los principios de contradicción e inmediación en el razonamiento probatorio”, en obra colectiva *Oralidad y Proceso*, Medellín: Universidad de Medellín-Sello Editorial, p. 35.

muerte, traslado, ascenso o retiro. Lógicamente, la concentración alcanza las cuestiones incidentales que deben resolverse en las audiencias en que está concentrado el proceso. La concentración constituye la característica exterior emblemática de la oralidad y realiza los principios de celeridad, sencillez y economía.

La concentración, en relación a la actividad probatoria, comporta que ésta se desarrolle en una sola audiencia, o de ser imposible, en varias próximas en el tiempo al objeto de que no desaparezcan de la memoria del juez los actos orales que él ha presenciado¹³. La causa se debe sustanciar en un período único que incluya una sola audiencia o el menor número posible de audiencias sucesivas y, significa, especialmente, el dictado de la sentencia después de la clausura del debate oral.

c) La contradicción: El principio del contradictorio es entendido, en términos generales, como la posibilidad real y efectiva para las partes de cuestionar preventivamente todo aquello que pueda influir en la decisión. El principio del contradictorio tiene la particularidad de que, además de ser garantía que protege la libertad de las partes en el proceso, facilitan la tarea del conocimiento sobre los hechos¹⁴. El contradictorio es el único método que permite contestar adecuadamente la demanda o acusación, controlar los medios probatorios ofertados y participar activamente en la formación de la prueba. Es claro que el principio del contradictorio adquiere mayor dinamicidad en el proceso oral.

Ahora bien, el contradictorio tiene su mayor relevancia es en la formación dialéctica de la prueba. En este sentido, la parte contra la cual se postula, se opone o aporta una prueba, debe conocerla. La prueba producida no se puede apreciar si no se ha celebrado con audiencia o con conocimiento de esa parte -cfr. el sistema norteamericano denomina *adversary system* o el sistema alemán¹⁵. Al proceso no pueden ingresar pruebas en forma subrepticia, clandestina, o a espaldas de la contraparte¹⁶. El principio del contradictorio exige que la prueba se rinda con conocimiento de la otra parte para que tenga oportunidad hacer valer sus derechos de refutación y contrapueba en el debate probatorio.

Así pues, el principio contradictorio asume un significado concreto que se articula en una triple vertiente: 1) en el control de la identificación del material

¹³ PICÓ I JUNOY, Joan (2004), "El principio de oralidad en el proceso civil español", ob. cit. p. 6.

¹⁴ GUZMÁN, Nicolás (2006), *La verdad en el proceso penal: Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 137.

¹⁵ Es una relación directa de la aplicación del principio de la bilateralidad del proceso. En el *adversary system* el juez debe inhibirse de fundar su decisión en una prueba cuya proposición no ha sido conocida por el adversario y no ha tenido oportunidad de contradecirla.

¹⁶ JURISPRUDENCIA. C.S.J. de Colombia. Sent. 18-07-85: "Entre los principios que han de observarse en la producción y aportación de la prueba al proceso, se halla el de la contradicción, según el cual la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, la prueba debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes". Tomado en PARRA QUIJANO, J. (2001), *Manual de Derecho probatorio*, ob. cit. p. 57.

probatorio (proposición y admisión de la prueba), 2) en la formación de la prueba y, 3) en el control previo para influir en la valoración de las pruebas. Estos tres aspectos se resumen en la doctrina italiana de las “dos almas del contradictorio”¹⁷, una objetiva y otra subjetiva. La primera, aspecto objetivo, se refiere al contradictorio como método de conocimiento basado en la confrontación dialéctica –identificación y formación de la prueba.

d) La publicidad: La oralidad posibilita un proceso abierto que permita el control de la actividad jurisdiccional y forense por las partes y la opinión pública, esto es, que refuerce la confianza del pueblo en la justicia. Como expresa MÓNICA BUSTAMANTE¹⁸ *“La oralidad favorece el principio de publicidad teniendo en cuenta que a partir de ella los interesados en particular y la comunidad en general, adquieren conocimiento del contenido del proceso, del sentido y fundamento de las decisiones judiciales, garantizando un control respecto a la guarda de las garantías procesales”*.

La publicidad en el sentido procesal es hacer público -acceso y lugar- los actos del proceso. En esta acepción la publicidad del proceso puede existir o bien respecto de las partes o con relación a terceros. Respecto a las partes, consiste en que los actos a través de los cuales se desenvuelve la relación procesal, deben necesariamente ser visibles para todos los sujetos de ella. En especial, la actividad probatoria debe ser pública, pues, por una parte, las personas sometidas a juicio tienen derecho a conocer porque se les enjuicia; por la otra, la sociedad tiene derecho a conocer el sustento del fallo judicial.

En resumen tenemos que las actuaciones judiciales de pruebas deben ser públicas, factibles de ser presenciadas por todos y, en especial, que debe permitirse a las partes intervenir en la evacuación de la prueba para poder hacer las observaciones y objeciones que considere más conveniente para sus derechos e intereses. Expresa el profesor PARRA QUIJANO¹⁹ que “la prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona; ya que, proyectada en el proceso, tiene un carácter “social”: hacer posible el juzgamiento de la persona en una forma adecuada y segura. Agrega el ilustre procesalista que es de interés para ejercer el control democrático del proceso, por ello en la sentencia “los hechos y la prueba de ellos debe ser explícita, de tal manera que toda persona pueda entender, que fue lo que pasó desde el punto de vista fáctico y como se probó”. La regulación del proceso oral exige que las pruebas no tratadas en el debate oral no puedan ser consideradas para la decisión final, lo contrario acarrea nulidad del acto decisorio, por ejemplo en Venezuela en el nuevo proceso penal se establece en el artículo 14 COPP, que sólo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia oral.

Oralidad vs. Escritura

¹⁷ CONTI. V. (2002). “*Le due anime del contraddittorio nel nuovo articolo 111 Cost*”, *Rivista penale processuale*, N° 2, pp. 196 y ss. Idea que ha sido recogida por la Corte Constitucional Italiana.

¹⁸ BUSTAMANTE, Mónica (2008), “Presentación”, en obra colectiva *Oralidad y Proceso*, Medellín: Universidad de Medellín-Sello Editorial, p. 7.

¹⁹ PARRA QUIJANO, Jairo. (2001), *Manual de Derecho Probatorio*. ob. cit. p. 10.

En el debate actual entre las reglas de oralidad y escritura, el mismo se reduce a un problema de preferencia o de límites más que de total exclusividad, ya que es muy difícil concebir un proceso totalmente escrito o totalmente oral.

En efecto, la discusión entre oralidad o escritura no puede respaldarse en posiciones extremas, ya que no puede concebirse –desde un punto de vista práctico- un proceso únicamente oral. Por ello, lo adecuado es que estemos hablando si un proceso tiene una connotación mayor escrita que oral o viceversa.

Los litigantes sabemos que la justicia no depende de la forma en que se siga un procedimiento. No necesariamente, no axiomáticamente. Un procedimiento judicial, sea oral, o sea escrito, puede ser injusto y puede ser ineficaz. Puede ser lento y tortuoso con oralidad y puede ser ágil siendo escrito. E incluso, sabemos que, el hecho de que el juez escuche de viva voz del demandado o imputado, los planteamientos de defensa o de acusación, y que emita un veredicto en ese mismo momento, no garantiza que la decisión sea más o menos justa, que si analiza los posicionamientos en un expediente, y dicta su sentencia, no a las partes, sino a una mecanógrafa. Sabemos también, que tampoco es cierto, que el hecho de que un procedimiento se siga en forma escrita, implica necesariamente que las decisiones tomadas en él sean injustas. Por ende, lo repetimos, no es absolutamente cierto que un juicio oral, por ser más transparente, sea necesariamente más eficaz, y que por el contrario, un procedimiento escrito sea la antonomasia de la injusticia.

En otro sentido, es también falso que la naturaleza escrita de los procedimientos sea en sí misma dañina para la justicia. No es justificado engañar a la sociedad en ese sentido. No menos cierto es que la formación de expediente –por aquello de que lo escrito, escrito queda o conforme al bocado romano *quod non est in acta non est in mundo* - tiende precisamente a que se cumplan las leyes y a que se haga justicia con algo de certeza jurídica. La integración de un expediente es evidentemente un medio. Nunca fue, ni es, ni será un fin. Como tampoco la oralidad puede serlo. El fin de los procesos, orales o escritos, es y debe ser siempre el cumplimiento de la ley, y la buena administración de justicia.

El problema no está entonces en que en los procedimientos escritos el juez pueda estar o no en una audiencia, porque legalmente ahí debe estar. El problema es que actualmente son pocos –muy pocos – los jueces dispuestos a cumplir cabalmente con esa obligación legal –y en algunos casos constitucional- de presidir las audiencias de cada juicio, que además tengan el tiempo suficiente, por su poca carga de trabajo, para atender individualmente a cada asunto. Los litigantes conocemos que la ausencia de los jueces en las audiencias, depende más de la carga de trabajo, de la falta de organización, o de la falta de interés en un asunto, que de la característica escrita de un procedimiento jurisdiccional.

Es finalmente muy cierto, que probablemente un procedimiento oral, pero sobre todo transparente, reducirá al mínimo los incentivos a la corrupción y acelerará la eficiencia de los procesos, elevando así la calidad de la justicia. Debe tomarse

conciencia que no todo lo que se dice sobre juicios orales, es absolutamente cierto.

Debe advertirse que la oralidad no es el único sistema de impartición de justicia que garantice la protección de los derechos esenciales, pero sí facilita de mejor manera la realización de tales fines, ya que permite entre otras cosas la inmediación y contacto directo de los sujetos del proceso con los elementos probatorios, bajo las reglas de concentración y continuidad; hace realidad el principio del “contradictorio”, es decir, que los sujetos intervengan controlando, discutiendo o “contradiciendo” las pruebas y argumentos unos de otros. Obviamente, en la escritura también es factible, aun cuando muy lentamente, la contradicción, la inmediación y la publicidad²⁰.

Así las cosas debemos señalar que en la actualidad no tendría sentido seguir discutiendo entre oralidad o escritura; sino que la discusión pasa por escritura enfrentada con la tecnología e infraestructura, estos últimos como medios e instrumentos necesarios para poder implementar de alguna forma o introducir la oralidad en los procesos. En efecto, la tecnología e infraestructura se presenta como condición imprescindible para por introducir “eficazmente” la oralidad en el proceso –ejemplo, equipos de reproducción de imagen y sonido-.

Únicamente de dicha manera podemos llegar a aceptar que la “oralidad” es un método o técnica de debate “moderno”. En efecto, la oralidad de moderno no tiene nada, ni como forma de comunicación entre los seres humanos, ya que su aparición es anterior a la escritura, como tampoco en la instrumentación de los procesos para la solución de los conflictos entre los humanos. Cuando éstos dejaron de utilizar la fuerza para suplirla por la razón, aparece como técnica de debate la oralidad, el diálogo. La oralidad en sí no es método moderno, sino que será moderno en la medida que este acompañado de una tecnología apropiada, que posibilite el manejo de variables espacio-temporales en forma virtual.

La afirmación que para salvar al proceso de los males de la escritura, se propone –como se dijo- a la oralidad como la “solución” -la salvación de todos los males-, también es una manifestación del desconocimiento de la realidad. Lo dicho no quiere decir o afirmar que no sea correcto introducir cambios y modernizar los procesos, pero para ello tenemos que contar con los medios y la tecnología apropiada. Lo que no podemos aceptar es la afirmación que solo implementando la oralidad -cambiar un código procesal escrito por uno oral- vendrá la solución. Esto de la reforma a la oralidad tiene que ir mucho más allá, con buena infraestructura física y tecnológica excelente capacitación de jueces y personal, ampliación del número de tribunales y simplificación y unificación de algunos procedimientos.

Oralidad y prueba

²⁰ NIEVA FENOLL, Jordi (2007), “Los problemas de la oralidad”, en obra colectiva *Pruebas y Oralidad en el Proceso*, VII Congreso Venezolano de Derecho Procesal en San Cristóbal-Venezuela, Barquisimeto: Editorial Librería Jurídica Rincón, pp. 304 y ss.

Debe advertirse que si bien la temática en materia de prueba es en esencia la misma en procesos escritos que en procesos orales o por audiencias, en estos últimos se aprecian diferencias de grado que permiten incorporar a la actividad probatoria y sus resultados, las más modernas directivas de la ciencia procesal, aplicar los principios más apreciados por el procesalismo universal, “*aggiornar*” la prestación del servicio de justicia y mejor contemplar el derecho a probar inherente en las garantías de la defensa y del debido proceso, así como la obligación y necesidad de alcanzar una más pronta y eficiente administración de justicia.

Uno de los aspectos que ha incidido en la desacreditación del sistema escrito es, justamente, en materia probatoria debido al distanciamiento del juez con respecto a la prueba. Pues bien, dejando al margen el primer tema de momento, es imprescindible la celebración de una vista para la práctica de los medios de prueba que la precisen, fundamentalmente las declaraciones de personas, las pruebas periciales en cuanto a la declaración del perito, y la prueba de reconocimiento judicial. En ellas tiene que adoptar el Juez una postura activa, preguntando a los intervinientes lo que no le sea accesible de cuanto observa, haciendo de ese modo que el destinatario de la prueba no sea un simple convidado de piedra, sino un auténtico juez que no sólo juzga en la sentencia, sino que va formando su juicio paulatinamente, conforme va avanzando el proceso.

Es evidente, que para que el juez asuma una posición activa en el proceso una de las tareas que debe realizar es la preparación de la audiencia oral, que implica básicamente la necesaria toma de conocimiento de la causa. Podríamos preguntar ¿el Juez puede concurrir sin haber leído antes el proceso?, debe expresarse que no, debe tener conocimiento de la causa. El juez en la recepción de la prueba es “director” de la audiencia y puede tener que decidir cualquier debate que se suscitare entre las partes -por ej.: pertinencia de una pregunta, vinculación de éstas con los hechos controvertidos y conducentes-, resulta imprescindible que conozca la causa.

Hemos afirmado que el contradictorio cobra mayor dinamicidad en el proceso oral debido que se da simultáneamente un reacción dialéctica entre las partes. Por supuesto, en el debate probatorio oral alcanza mayor plenitud, pues, brinda el espacio para que opere como principio para la formación de la prueba y para el control de la prueba ya producida²¹, en cuanto a su aceptabilidad y autenticidad.

No cabe duda que el interrogatorio, bien sea de testigos o de expertos, nunca es plenamente neutral, por ello para que sea realmente eficaz debe ser oral y contradictorio, es decir, que se presente contraposición, que las preguntas sean formuladas por las partes, en algunas circunstancias, también, por el juez. Por ello, se afirma que en la oralidad halla pleno despliegue el contradictorio pues permite el debate en el sentido de someter a prueba la tesis de la demanda o acusación, con la posibilidad de la refutación. Así, mientras más exigentes sean los exámenes a que es sometida una fuente de prueba, más elevada será la

²¹ TARUFFO, Michelle (2002), *La prueba de los hechos*, Madrid: Editorial Trotta, p. 378.

posibilidad de conocer sus errores o falsedades, de la misma manera que será mayor el nivel de credibilidad si ha superado satisfactoriamente esos exámenes.

Pericia y oralidad

Como se expresó en páginas anteriores en la legislación colombiana y venezolana está concebida la pericia desde la visión del proceso escrito y bajo el carácter judicial. En el proyecto de reforma que adelanta el Instituto Colombiano de Derecho Procesal hay una nueva propuesta, asumiéndose la forma nueva que contempló la LEC española. Se avanza hacia nuevas formas de oferta y el dictamen para tramitación oral.

En el proceso oral, siguiendo la tendencia moderna se admiten los dos tipos de pericia²²: la extrajudicial y la judicial. La primera, la realización es encomendada por las partes –unilateral o de mutuo acuerdo- fuera de juicio. La segunda se formula petición o solicitud al tribunal.

En España, en el artículo 335.1 de LEC se establece: *Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.* Más menos bajo el mismo concepto los proyectistas del Instituto Colombiano de Derecho Procesal han establecido lo siguiente: Artículo 222. —Procedencia y clases. *La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Podrá ser judicial o extrajudicial, y ésta última, unilateral o de común acuerdo.* Artículo 223. —*Dictamen aportado por una de las partes. La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en alguna de las oportunidades para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo antes de la audiencia inicial.* Puede observarse que la legislación española y el proyecto admiten la pericia

²² Es preciso señalar que no debe confundirse los peritos o expertos que realizan la actividad de pericia o experticia, con la presencia en el debate de un **testigo experto**. Este último es un testigo que, sin que preste la función de perito –porque su testimonio no constituye estrictamente una pericia, o bien por que el núcleo de su declaración no la requiere- , tiene, sin embargo, un conocimiento especializado sobre determinada materia.

extrajudicial y la forma de ofertarla al proceso es con la demanda, excepcionalmente en el período de promoción de pruebas.

Nótese que el juez no podrá denegar la admisión de los dictámenes que se aporten con la demanda y la contestación, pero sí cuando se oferte en el lapso de promoción de pruebas y sea impertinente o de obtención ilícita. También, mírese que si es solicitado como pericia judicial el juez en ese momento si puede desecharlo por impertinente o porque no sea necesario.

Debemos detenernos en algo, concretamente, en la misión o labor que cumplen los expertos. En abstracto, los peritos van a examinar el objeto bajo conocimientos especiales. Es obvio, que en ese examen utilicen métodos, procedimientos o instrumentos para obtener datos empíricos objetivos. Con base a estos elementos, que llamaremos indicadores o hechos indicadores, los expertos realizarán inferencias con sustento en el cuerpo de conocimientos de ciencia o arte específico, para obtener conclusiones.

Bajo la idea de certeza o validez científica se debe expresar que la pericia debe ser clasificada en: pericia de apreciación u opinión, para la cual no es necesario el empleo de instrumentos y métodos avanzados de la ciencia, por ejemplo, valoración de un inmueble, catar un vino, evaluar los daños materiales de un bien, etc.; la otra, sería, la experticia científica, esto es, aquella que requiere avanzados y complejos conocimientos especializados y el uso de métodos e instrumentos científicos, cuyos resultados sean verificables empíricamente y exista posibilidad de repetición de los experimentos y actuación sobre el objeto²³.

Señala TARUFFO²⁴, sucede cada vez con mayor frecuencia, de hecho, que circunstancias relevantes para las decisiones judiciales deben ser averiguadas y valoradas con instrumentos científicos, y por tanto, se reduce proporcionalmente el

²³ ARAZI, Roland (2008), "Prueba ilícita y prueba científica. Conceptos generales", en obra colectiva *Prueba ilícita y prueba científica*, dirigida por Rolan Arazi, Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 13.

²⁴ TARUFFO, Michelle (2005), Conocimiento científico y estándares de prueba judicial, México: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVIII, núm. 114, septiembre-diciembre 2005, p. 3

área en la que el juicio sobre los hechos puede ser formulado solamente sobre bases cognoscitivas no científicas. El empleo de la prueba científica se hace más frecuente en el proceso, sea civil o penal, o en materia ambiental, o también, en materia laboral como son en las causas de enfermedad o accidente laboral.

En la realidad se observa que la primera fase o momento de la pericia que es el examen del objeto, bien sea en pericia de opinión, o bien de pericia científica, los expertos aplican sus conocimientos sin la participación de las partes ni el juez, es más, éstos no tienen, por lo general, los conocimientos sobre ese procedimiento. Obviamente, esto no excluye que las partes puedan formular sus observaciones, pero son básicamente fácticas y de información.

En mi criterio en la pericia hay dos momentos, determinando uno al otro. El primer momento, es la aplicación de los procedimientos, técnicas o métodos al objeto de la experticia –observación, caracterización, instrumentación y operacionalización, contrastación y verificación-; el segundo momento, es el dictamen o conclusiones. El primero determina el desarrollo del segundo, tanto en su contenido como en su validez. En este sentido la naturaleza de la experticia se escinde en dos aspectos jurídicos probatorios: En el primero, hay una actividad probatoria práctica, propiamente dicha, pues se está aplicando el método científico –específico del campo de conocimiento de que se trate-, de allí se obtendrán unos resultados que son objetivos, por ejemplo, una mancha rojiza al someterse a procedimientos técnicos específicos, nos dirá si es sangre, de que tipo sanguíneo, y establece un perfil identificatorio. El segundo momento, es el de la conclusión, en cuyo caso aplica otros métodos y compara con otros elementos que disponga, y dirá la mancha de sangre no es de la víctima y es de *PGH* si es que dispone muestras de ese sujeto.

Por otro lado, está el dictamen que son los juicios que hacen los expertos sobre los resultados obtenidos, si se quiere se trata de valorar los resultados de la prueba practicada como experticia en el objeto concreto –por ejemplo, las columnas resentidas de un edificio-, se hizo cálculo de resistencia y el resultado es..., se hizo prueba del material en cuanto a su ... y el resultado es...., se

examinaron los planos y se... -nótese que hay una actividad de verdadera investigación de los hechos-; y finalmente, con base a esos elementos se concluye que.... –en este caso formula un juicio-.

Es conveniente precisar que la llamada *prueba científica* ocupa un lugar mitológico en el saber común, y justamente por la ausencia de conocimiento sobre el tema específico el juez y los abogados –no asesorados- tienden a aceptarla a pie de letra de los dictámenes. Hoy día se reconoce que ha existido fraude en la aplicación de la prueba científica, véase el caso del médico forense en USA que falsificaba las autopsias y colocaba lo que la policía sugería, lo que ha llevado a configurar el concepto de *junk science*. Obviamente, este no solo incluye la mala praxis -*legis artis*- sino también la pseudo ciencia o procedimientos que pretenden ser ciencias, como la grafología, el análisis de huellas dactilares, el polígrafo u otras máquinas denominadas de la verdad²⁵.

Así pues, que los expertos una vez concluido el examen del objeto deben establecer su dictamen por escrito. Hay diversas razones para justificar el informe escrito, entre ellas porque facilita al juez el estudio detenido del informe, así como también permite que en alzada pueda ser estudiado, todo redundando en garantías a los litigantes. El dictamen debe ser motivado, esto significa que deberán expresar todas las consideraciones que fundamentaron sus conclusiones, por supuesto, que son relativas a los conocimientos especiales que les fueron solicitados. Deben de alguna manera explicar los razonamientos y motivos que emplearon para llegar a tales condiciones²⁶. La motivación consiste en una explicación destinada a demostrar porque la conclusión, las técnicas utilizadas, los procedimientos, los

²⁵ TARUFFO, Michele (2008), *La prueba*, Madrid: Editorial Marcial Pons, p.98. En nota de pie de página 197 “En realidad, son diversas las *ciencias forenses* que no pueden ser consideradas verdaderas ciencias de acuerdo a los estándares generalmente aceptados”.

²⁶ JURISPRUDENCIA. “La palabra “circunstancia” usada en el art. 1.425 CC, a continuación de la frase entre coma “debe ser motivado”, es una aposición de dicha frase que, por estar en singular, requeriría también este número en la palabra “circunstancia”. Si el legislador hubiese querido referirse a todos los requisitos enumerados en dicho artículo, habría usado el plural “circunstancias”. En consecuencia, la nulidad se refiere sólo a la experticia que no esté motivada y no a aquella en que falte la firma de todos los expertos (cfr. Sent. 6-8-69 GF 65 2ª E, p. 365; reiterada en Sent. 19-10-72, cit por BUSTAMANTE, Maruja. Tomado de HENRÍQUEZ LA ROCHE, R. Comentarios al Código de Procedimiento Civil de Venezuela. tomo III, p. 467.

resultados obtenidos; en los principios que se fundamentan, los argumentos de carácter científico, técnico o artístico, según el caso. Si no hay motivación la experticia carece de valor, pues no forma una pieza de convicción.

La doctrina está conteste en la forma que deben ser presentados los resultados de la experticia. El dictamen debe contener la explicación clara y lógica de las razones técnicas, científicas o artísticas que los expertos tomaron en cuenta para adoptar esas conclusiones y los detalles que permitan identificar las personas, cosas o bienes que hayan examinado, es decir, debe aparecer debidamente fundamentado, claro, preciso y convincente, pues de lo contrario carecerá de eficacia probatoria. En el informe deben ir, si es el caso, planos, croquis, dibujos o esquemas explicativos, fotografías, videos o diskettes en los cuales existan elementos concernientes al dictamen²⁷.

Esquemáticamente, puede señalarse que el dictamen de los expertos puede estar estructurado²⁸ en las siguientes partes:

a) La descripción de los hechos u objetos que fueron examinados con base al encargo judicial de la experticia.

b) En caso de haberse recolectado muestras, la forma y procedimientos como se recogieron, los criterios de muestreo, la muestra testigo y la cadena de custodia.

c) Los métodos, procedimientos, experimentos, exámenes y técnicas que fueron utilizados; así mismo las consultas o verificaciones científicas o técnicas encomendadas a terceras personas, explicando de igual manera los métodos y procedimientos y las razones de la confiabilidad; en fin todo aquello que establezca sin lugar a dudas la aplicación de los conocimientos especiales requeridos.

²⁷ DEVIS ECHANDÍA, H. (1993), *Teoría general de la prueba judicial*, Medellín: Editorial DIKE, tomo II, ob. cit. p. 404.

²⁸ RIVERA MORALES, Rodrigo (2009), *Las pruebas en el derecho venezolano*, Barquisimeto: Editorial Librería Jurídica Rincón, Capítulo XIV.

d) Las conclusiones a las que arribaron, expresando las razones técnicas y la fuerza argumentativa de las mismas.

El dictamen debe ser firmado por todos los expertos y debe ser auténtico, en el sentido que debe constar la certeza que fue elaborado por los expertos y no otras personas.

El conocimiento de las partes del dictamen obra, o bien porque haya sido aportado por la parte que había encomendado la realización y lo emplea como fundamento o apoyo a su pretensión, o bien porque solicitada la pericia al tribunal los expertos han presentado su dictamen y el tribunal ha ordenado traslado a las partes o estará en secretaría a la disposición de éstas.

Para la contradicción del dictamen la oportunidad es la audiencia oral. Hay una problemática aún no resuelta en la experticia ordenada por el tribunal, cuál es acerca de la posibilidad de pedir ampliación o aclaración del dictamen. De verdad, no está prevista esta situación en el proceso oral. Somos del criterio que en caso de presentarse la necesidad de aclaración o ampliación antes del debate oral, debe solicitarse justificadamente al tribunal que se decrete aclaración o ampliación, fijando claramente tales hechos.

Así pues, en este tipo de prueba el inconveniente con el sistema de recepción oral se presenta con su implementación para que pueda ser realizada en la misma audiencia. Para ello el perito debe haber tomado contacto con el tema debatido y el requerimiento que se le hace de su ciencia necesariamente antes de la realización de aquella y su dictamen estar presente para que las partes puedan conocerlo y solicitar explicaciones, ampliaciones o efectuar observaciones que serán brindadas oralmente por el experto.

En cuanto a la prueba científica, propiamente dicha, el juez tiene que cumplir un papel de filtró como de *gatekeeper*, evitando la entrada al proceso de conocimientos carentes de validez y fiabilidad científica.

PERICIA Y CONTRADICCIÓN

El dictamen debe ser presentado en la audiencia oral. El perito o peritos deberán acudir a la audiencia oral para que pueda ser debatido el dictamen.

El rol del dictamen del experto es entregarnos la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado. En este sentido, el objetivo es explicar su significado en términos comunes y exactos dirigidos a generar convicción del tribunal sobre aquella²⁹. Se trata de precisar, por ejemplo, si el hecho ocurrió, cuáles son sus características, porque las evidencias son manifestaciones de ese fenómeno, si hay relación causal, etc. Es importante aclarar que sobre estas circunstancias nombradas debe darse razón con base a conocimientos especiales.

Esto significa que dicho conocimiento puede ser sometido a control de calidad. Esto plantea una problemática cuando se trata de la prueba científica. Pues, por definición se trata de un área que está más allá del sentido común, las máximas de experiencia no técnicas y la percepción directa del lego.

La doctrina³⁰ ha señalado que es de universal aceptación que cuando se trata de pruebas declarativas, la valoración de la misma presenta dos facetas: la acreditación/desacreditación del declarante -en la pericia del experto- y la acreditación/desacreditación de la declaración -en la pericia del dictamen-. Así, en la primera faceta se trata la acreditación/desacreditación es en el plano científico, es decir, si posee idoneidad profesional e intelectual -conocimientos- para rendir su declaración, todo ello independiente de su calidad personal -más no excluyente, porque puede ser que sea un profesional con muchos títulos pero se ha dedicado a la droga o alcohol y esto disminuye su capacidad; o también, en relación a su imparcialidad-; la segunda faceta, en cuanto a que el dictamen concuerde con el conjunto de conocimientos validos en la comunidad científica.

²⁹ BAYTELMAN A., Andrés y DUCE, Mauricio (2005), *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica, p.324.

³⁰ Por todos IGARTÚA SALAVERRIA, Juan (2004), "Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas), en obra colectiva *Responsabilidad por daños: modelos de sujeto y estándares de enjuiciamiento*, Universidad del País Vasco.

Sobre este último aspecto deben examinarse cuatro requisitos: a) La controlabilidad y falsabilidad de la teoría sobre la que se funda la prueba, b) La determinación del error de la teoría sobre la que se funda la prueba; c) La existencia de un control ejercido por otros expertos a través de la *peer review*, y d) La existencia de un consenso general en torno a la validez de la teoría y/o técnica en la comunidad científica.

Las partes en la audiencia oral tienen derecho a examinar a los expertos, tanto desde el punto de vista de su idoneidad, imparcialidad e interés, como desde el dictamen. En primer lugar, pueden establecer defectos de formación o experiencia o sembrar la duda sobre esa capacidad profesional; pueden igualmente demostrar parcialidad o interés en la causa; en segundo lugar, determinar la inconsistencia de la teoría, error en el procedimiento, error en la muestra o toma de la misma, falacia en las conclusiones, error en el alcance de la conclusión, o incluso falta de determinación específica del error.

En cuanto al examen en la audiencia de los expertos, desde el punto de vista de la forma procesal, son las mismas reglas para el examen de los testigos comunes. No obstante, hay ciertas particularidades. No olvidarse que el dictamen debe ser conocido antes de la audiencia oral, no puede ser presentado intempestivamente.

Normalmente, después de juramentarse el experto, el tribunal le concede la palabra para que exponga brevemente el contenido y conclusiones de su dictamen, terminada su exposición permitirá el interrogatorio por las partes. Debe advertirse, que no es contrario a la ley, ni a la oralidad que el experto en vez de exponer directamente, se declaración se preste por vía del examen de preguntas de la parte que lo ha promovido.

En esa relación dialéctica que se da en la oralidad el promovente del experto tiene que dirigir sus primeras preguntas a acreditar la idoneidad profesional y experiencia del experto, posteriormente hacia el tema central tratando de conducir para que en forma clara y sencilla se exponga lo que se

desea acreditar como probado. Esto supone que el litigante ha diseñado una estrategia clara para la práctica de medio probatorio.

En cuanto al contra examen, es obvio, que la parte contraria tratará de desacreditar tanto al experto como al dictamen. Se puede, en líneas generales, definir que la parte contraria debe basar su estrategia, según el caso: a) en primer lugar, demostrar la existencia de interés, por ejemplo, haber cobrado remuneración por encima a la del mercado, o tener interés en las resultados del litigio; b) en segundo lugar, atacar su la imparcialidad demostrando que es un experto parcial al servicio de la parte contratante; c) en tercer lugar, en cuanto a su idoneidad profesional, que no tiene la suficiente experiencia, o tiene experiencias negativas o miente en cuanto a su idoneidad; d) en cuarto lugar, con relación a su informe, desde que no ha sido objetivo –por ejemplo, no es confiable la muestra-, o que no puede afirmar con certeza lo que dice, es decir, es una hipótesis no verificada, o se contradice con el cuerpo de la ciencia establecida.

Informe pericial y oralidad

Por lo general, se mantiene una confusión con relación al dictamen pericial. No solo a nivel del proceso civil, sino en el proceso penal a pesar de estarse inmerso en un sistema acusatorio. En el proceso penal, las pericias realizadas en el período o fase de investigación, se toman como prueba anticipada e incluso como prueba preconstituida, cuestión que indudablemente afecta el debido proceso y quebranta garantías procesales del imputado. En realidad, estas pericias, que se hacen en la fase investigativa o de preparación, son verdaderos actos de investigación y los mismos sólo podrán tener eficacia si concurren los expertos a la audiencia oral.

Con base a esa confusión se ha pretendido incorporar el dictamen como si fuese un medio documental, exigiéndose la lectura. Esto deteriora fuertemente principios básicos del juicio oral –formación de la prueba-, así como a los principios de la contradicción e intermediación. La confusión radica en que la pericia

como medio de prueba, no es el informe o dictamen, sino la declaración personal del experto que realiza en la audiencia oral. El dictamen es simplemente un informe que realizan los expertos para que las partes se enteren de sus conclusiones y bajo que métodos y procedimientos arribaron a ellas, de manera que en la audiencia oral puedan examinar su declaración.

Obviamente, puede realizarse la pericia como prueba anticipada en cuanto a la primera fase es decir, el examen del objeto, pero en este caso deben cumplirse los extremos, como: a) que haya temor de que se pierda el objeto; b) que no este disponible para el juicio oral; c) que la parte contra quien va obrar sea citado y pueda desplegar sus derechos de contradicción, control, defensa e impugnación. En este caso debe ser autorizada por juez competente mediante decisión razonada. En todo caso los expertos deberán presentar su declaración en la audiencia oral, lo que significa o da otra dimensión a lo que se puede calificar sobre este medio probatorio como prueba anticipada.

De manera que el informe o dictamen debe cumplir el papel de ser elemento clave para preparar el contra examen y ser medio, dado que es una declaración previa del experto, para indicar si existen inconsistencias o contradicciones con lo rendido en la audiencia oral. Fuera de estas hipótesis, un uso distinto del dictamen es ilegítimo, agrede al debido proceso y minimiza el juicio oral³¹.

Pericia y valoración

El juez deberá valorar la pericia o declaración del experto en la audiencia oral con base a las reglas de la sana crítica. Tradicionalmente se ha dicho que frente a la experticia el juez actúa como *peritus peritorum*, cuestión que resulta una paradoja³², pues el Juez recurre al científico precisamente porque no tiene los conocimientos necesarios para decidir sobre los hechos del caso concreto, pero así mismo conforme a las normas procesales, se le exige que sea capaz de

³¹ BAYTELMAN A., Andrés y DUCE, Mauricio (2005), *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, ob. cit. pp. 359-360

³² TARUFFO, Michele (2008), "La prueba científica", en *La prueba*, ob. cit. p. 293.

valorar la fiabilidad de los resultados de la prueba científica y atribuirles un peso probatorio según el grado de convicción que le hayan causado. ¿Cómo puede el juez valorar el producto de una ciencia o técnica que le es ajena para determinar si éste aparece fundado en principios técnicos inobjetable? El juez debe entender que la palabra del perito no es de certeza y que debe ser sometido al test de fiabilidad, tanto desde el punto de vista de su idoneidad como del contenido del dictamen.

La valoración del juez y la forma como debe realizarla resulta supremamente importante para garantía de las partes. Porque es incuestionable que con el mito de la predominancia o infalibilidad de la ciencia se corre el riesgo de estar aceptando un nuevo sistema de prueba fundado en la autoridad de los experimentos científicos. Lo que significa que el experto o perito científico asume una facultad decisoria en cuanto concierne a la apreciación de los hechos sujetos a la experticia.

Así las cosas. Indudablemente que lo más álgido sea la valoración de la prueba científica. Sobre esta base la doctrina ha elaborado cuatro criterios básicos que debe tomar en consideración el juez, a saber: a) la controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica o la técnica en la que se fundamenta la prueba; b) el porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes la técnica empleada; c) el control en la comunidad científica a través de la divulgación de la teoría, y d) la existencia de consenso general de la comunidad científica específica³³. Peor también debe mirar los resultados del contradictorio. Del cual puede emerger información sobre el tema.

En definitiva, la validez de una prueba científica (y por consiguiente la fiabilidad de sus resultados) no es algo que haya que dar por de contado, sino que depende de la validez científica del método usado, de que se haya utilizado la tecnología apropiada y de que se hayan seguido rigurosos controles de calidad.

³³ *Ibíd*em 283. Vid VERBIC, Francisco (2008), *La prueba científica en el proceso judicial*,

Incluso hay que mirar el tipo específico de prueba, su alcance, la validez y aplicación a qué universo y el margen de error.

Véase como ejemplo la prueba de ADN. El resultado de la comparación de perfiles genéticos puede ser la exclusión (no coincidencia de los perfiles comparados) o la no-exclusión (coincidencia de los perfiles comparados). Cuando el resultado de la comparación es la exclusión, dicho resultado en principio se puede aceptar como infalible, aunque en la práctica se aconseja repetir la prueba para verificar que no ha habido fallos o errores. Pero si el resultado fuera la no exclusión o coincidencia, habrá que valorar aún esa coincidencia; más exactamente, habrá que valorar la probabilidad de que el vestigio analizado provenga de ese individuo, lo que dependerá del porcentaje de individuos de la población general que presentan ese perfil genético (o ese rasgo del fenotipo). Ello explica la intensa labor de análisis de genética poblacional que se realiza en los laboratorios de genética forense. Para verlo más claramente: si ese porcentaje fuera del 50% (la mitad de los individuos presentan ese rasgo del fenotipo) habría que concluir que el valor probatorio de la coincidencia es bajo; pero si el porcentaje fuera del 1% (uno de cada cien individuos presentan ese rasgo fenotípico) entonces habría que concluir que el valor probatorio de la coincidencia es muy alto. La valoración de la coincidencia no puede realizarse intuitivamente, sino que ha de hacerse mediante un análisis matemático-estadístico (preferentemente por métodos bayesianos) habida cuenta de la frecuencia con la que el perfil genético (o el rasgo del fenotipo) identificado se presenta en la población general³⁴.

Por eso es particularmente importante conocer cuál es el grupo o población de referencia que ha tomarse como población general. Normalmente el perito escoge la población del entorno del caso. Pero a veces esto puede no resultar adecuado. Supongamos, por ejemplo, que el sospechoso pertenece a un grupo étnico distinto al de la población del entorno; o pensemos en las sociedades

³⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina (s/f) "Validez y Valor de las Pruebas Científicas: La Prueba del ADN", Tomado de Dialnet [ww.unirioja.es](http://www.unirioja.es)

esencialmente multirraciales donde conviven distintos grupos étnicos. En estos casos es fundamental seleccionar correctamente la población de referencia, y es el juez quien debe hacerlo, pues el perito no tiene –o no necesariamente– conocimiento directo del caso³⁵.

El juez puede apartarse de las conclusiones del perito. Obviamente, tiene que motivar objetivamente porqué se aleja de dichas conclusiones, especialmente cuando sea resultado de prueba científica. La justificación puede desprenderse de los siguientes motivos: a) porqué del examen se deduce tiene defectos de formación o experiencia lo cual se trasluce en sus conclusiones; b) no hay suficiente fortaleza racional de su dictamen, o hay inseguridad, o incluso hay contradicciones que vislumbran que se miente, y c) los argumentos y conclusiones no tiene el suficiente alcance para sustentar la proposición fáctica discutida, es decir, no tiene suficiente sustentabilidad y aceptabilidad, entendiéndose en sentido como grado de argumentación y probabilidad.

No cabe duda que en la formación del abogado debe incorporarse algo sobre la metodología científica en torno a la validez de sus aplicaciones; por supuesto en la formación judicial tiene que tratarse estos temas con mayor profundidad.

³⁵ Idem.