



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
QUERÉTARO
FACULTAD DE DERECHO**

***“LA RACIONALIDAD ARGUMENTATIVA EN LA PRUEBA PERICIAL:
UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA PROBATORIA
CONTEMPORÁNEA”***

TESIS

QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS PARA OBTENER EL GRADO DE

DOCTOR EN DERECHO PRESENTA

FAUSTO PACHECO SILVA.

DIRIGIDO POR
DR. JUAN ALBERTO PICHARDO HERNÁNDEZ

CENTRO UNIVERSITARIO
QUERÉTARO, QRO



Universidad Autónoma de Querétaro

Facultad de Derecho

DOCTORADO EN DERECHO

Tesis

LA RACIONALIDAD ARGUMENTATIVA EN LA PRUEBA PERICIAL:

UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA PROBATORIA

CONTEMPORÁNEA

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de:

Doctor en Derecho

Presenta:

Fausto Pacheco Silva

Dirigido por:

Dr. Juan Alberto Pichardo Hernández

Dr. Juan Alberto Pichardo Hernández
Presidente

Dr. Ramsés Samael Montoya Camarena
Secretario

Dr. Raúl Ruiz Canizales
Vocal

Dra. Margarita Cruz Torres
Suplente

Dr. Norberto Alvarado Alegría
Suplente

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
Abril, 2022

Resumen:

La presente investigación tiene por objetivo principal establecer que la valoración de la prueba pericial y la prueba científica deben fundarse en una argumentación razonada y coherente. Para lograrlo, se utilizan los métodos analítico-deductivo y teórico-descriptivo, pues a través de estos se refleja que la racionalidad argumentativa es la vía adecuada para conciliar la verdad y la justicia, como fuentes epistémicas del proceso judicial. Para ello, se abordan tres aspectos fundamentales que se encaudan sobre los objetivos específicos de esta investigación. El primero es determinar el fin epistemológico del proceso jurídico, a través del estudio detallado de la teoría de la prueba y, su relación con la racionalidad probatoria. El segundo aspecto es fincar la defensa a través de una revisión de la moderna teoría de argumentación jurídica sobre hechos, como parte necesaria de la motivación robusta que deben externar los tribunales judiciales. El tercer punto consiste en precisar las diferencias y similitudes teóricas y prácticas que existen entre prueba pericial y prueba científica; luego, se revisa la interpretación constitucional en materia de valoración de estas pruebas y, al final, se mencionan los retos y tensiones que se exigen en la valoración de dichas pruebas.

(**Palabras clave:** Argumentación jurídica, justicia, prueba científica, prueba pericial, verdad.)

Abstract

The main objective of this research is to establish that the assessment of the expert evidence and the scientific evidence must be based on reasoned and coherent argumentation. To achieve this, the analytical-deductive and theoretical-descriptive methods are used, since both methods help reflect that argumentative rationality is the appropriate way to reconcile truth and justice, both considered as epistemic sources of the judicial process. Three fundamental aspects emerge from the specific objectives of this study. The first one is to determine the epistemological purpose of the legal process, through the detailed study of the theory of evidence and its relationship with evidentiary rationality. The second aspect is to establish the defense through a review of the modern theory of legal argumentation grounded on facts, as a necessary part of the robust motivation that the judicial courts must express. The third point consists of specifying the theoretical and practical differences and similarities between expert evidence and scientific evidence. Then, the constitutional interpretation regarding the evaluation of evidence is reviewed and, finally, the challenges and tensions that are required in the evaluation of the evidence are also discussed.

(Keywords: Legal argument, justice, scientific evidence, expert evidence, truth.)

Dedicatoria especial a mis queridos hijos.

1., 2., 3.,

Diego Al Fayud

Fausto Aldair

Edur Habid.

A mi familia,

Los amo.

En memoria de mi bisabuelo Petronilo Camacho. "Nilo".

Por su inducción al estudio del Derecho.

Dedicatoria:

A los catedráticos doctores mis profesores con gran estima.

Por el aprendizaje recibido de Ustedes.

A mi querida facultad de Derecho, sus aulas sus jardines y su gente.

A las maravillosas personas que me impulsaron, por los ánimos recibidos.

A mis compañeros de generación del doctorado, grandes amigos.

A la UNIVERSIDAD AUTONOMA DE QUERETARO.

A mi director de tesis Dr. Juan Alberto Pichardo Hernandez

A mis sinodales: Dr. Ramsés Samael Montoya Camarena

Dr. Raúl Ruiz Canizales

Dr. Norberto Alvarado Alegría

Dra. Margarita Cruz Torres

Contenido

Introducción.....

Capítulo 1

La lectura epistémica de la racionalidad probatoria

1.1 Introducción.....

1.2 Epistemología jurídica.....

1.3 Teoría de la prueba.....

1.4 Estándares racionales de la prueba.....

1.5 Conclusiones.....

Capítulo 2

La prueba científica: bases para una sólida argumentación

2.1 Introducción.....

2.2 Prueba y verdad.....

2.3 El proceso racionalizador de la prueba científica.....

2.4 La motivación de los hechos.....

2.5 Conclusiones.....

Capítulo 3

La prueba pericial: retos y tensiones para la racionalidad argumentativa

3.1. Introducción.....

3.2 Distinciones entre prueba científica y prueba pericial.....

3.3 Los estándares de valoración probatoria.....

3.4 Los retos y tensiones para la valoración de la prueba científica y pericial...

3.5 Conclusiones.....

Conclusiones.....

Bibliografia.....

Introducción

El mundo de la prueba dentro del derecho ha tomado una dimensión significativa a partir de la motivación suficiente que se exige como método de racionalización del derecho judicial. Los modernos cambios en la teoría de la democracia obligan a los jueces a dar razones objetivas para sostener todos aquellos efectos y consecuencias jurídicas que imponen las decisiones públicas que afectan a las personas en sus bienes, derechos y libertades.

El deber de motivar es una expresión de los principios de racionalidad, certeza, transparencia, rendición de cuentas y correspondencia con la verdad. En este sentido, se vuelve prácticamente inescindible y evidente la relación que es necesaria entre los conceptos de verdad e impartición de justicia. El reto entonces, a partir del escenario teórico sobre la prueba, se eleva como un reto de paz y justicia por parte de los tribunales, operadores jurídicos y expertos en materia de prueba que participan dentro de los procesos judiciales.

La jurisdicción abreva de estos principios y se apoya en los diversos actores que propician el desarrollo adecuado sobre la actividad probatoria y los efectos que todo ello conlleva, buscando por lo tanto arropar la garantía constitucional de evitar la arbitrariedad a través de una cultura democrático-constitucional que confía y da voz a la verdad, la justicia y la sana convivencia social.

Así, la vertiente endo-procesal del deber de motivar a través de una actividad probatoria racionalizada y racionalizante implica también un efecto extra-procesal que legitima el escenario de poder jurisdiccional como una expresión fiel al voto de confianza que se deposita en sus decisiones y, maximiza el poder de control y ejecución del que precisan las decisiones desde fines instrumentales hasta sustantivos, para dar congruencia y cuerpo al entramado constitucional bajo el cual se desarrollan.

La impronta de la premisa menor como referente a los hechos se ha pensado como un aspecto infalible, neutral y objetivo, pero existen varios problemas de calificación que, desde el punto de la demostración racionalizada de los hechos, pasa por una serie de problemas de índole filosófico, teórico y práctico, porque los

hechos no son independientes de los enunciados que los plantean, como tampoco lo son de quienes los aprecia y, de quienes dentro de la maquinaria de un proceso judicial, tiene que verlos a través de una serie de principios y exigencias probatorias, que posteriormente serán trasladados al mundo de la calificación jurídica. En esta simbiosis de diversas actividades y transformación compleja de información que se intercambia en el proceso, lo habitual que es dejar un peso abstracto al valor de la demostración de los hechos, dejando por sentado su valor.

Mucho de ello sucede en la mayoría de las pruebas, pero ocurre con mayor frecuencia tratándose de las pruebas periciales o las pruebas científicas porque al fundarse estas en una serie de técnicas, principios, métodos y conocimientos de distinta índole, gozan de un aura de garantía epistémica que trasluce como una suerte de convicción automática sobre los hechos que intentan explicar; sin embargo, la literatura especializada ha dado cuenta de que en estas pruebas también caben una serie de tensiones y retos que imponen, al igual que en las demás, un deber reforzado de motivación de las decisiones que surgen del proceso judicial, habida cuenta que su aura de científicidad no necesariamente es una garantía de racionalidad y razonabilidad.

Por ello, es de especial interés conocer las exigencias que demanda un razonamiento jurídico en materia de hechos, propio de las jurisdicciones democráticas que ponen un acento especial al mundo de la justificación y la motivación, como vías de acceso universal al conocimiento y explicación demostrativa que permite controlar las deficiencias. En ese sentido, la teoría moderna en materia de argumentación sobre hechos ha colocado la mirada en una serie de problemas y explicaciones que pasan desde lo epistémico, teórico, procesal y práctico, para aterrizar en la vía comprensiva, cuál es el propósito de razonar adecuadamente en materia de hechos.

Bajo estas razones, el presente texto se propone explicar tres aspectos fundamentales. El primero consiste en detallar lo que sucede en la dimensión epistemológica del proceso jurídico y cuál es la conexión que esto tiene con la teoría de la prueba. El segundo punto radica en defender una posición objetiva del conocimiento de la verdad mediante el proceso judicial y, el deber de motivar que

debe atenderse para la racionalidad de esa verdad. Finalmente, se pone especial cuidado en el estudio de la prueba pericial y la prueba científica, para determinar que aun cuando estas pruebas gozan de cierta garantía cognoscitiva, virtud de la metodología en que se funda, también es necesario poner en estudio lo que arrojan, bajo la argumentación razonada y coherente.

Con estos objetivos, se buscan responder tres preguntas de interés para el escenario global de los juristas que se dedican a la práctica, pero también a la teoría y filosofía del derecho ¿Cuál es el propósito final del proceso judicial, en materia probatoria? ¿Cuál es la vía idónea para lograr ese propósito? ¿Las pruebas con cierto grado de garantía metodológica (pericial y científica), están exentas de seguir esas vías?

De suerte que estas preguntas son el hilo conductor de los capítulos y, son abordadas de forma amplia en cada uno de estos. De hecho, el desarrollo de esta discusión vinculada con esas preguntas está inmersa en los grandes debates contemporáneos que hoy importan a la filosofía del derecho a través del mundo de la argumentación, el estado constitucional de derecho y la teoría del proceso judicial; debido a que concentra su atención en el binomio que está siempre latente en los contextos de la vida jurídica: la verdad y la justicia. Una acompañada de la otra hacia el propósito final de la existencia misma del fenómeno jurídico.

Para lograr esta explicación, la investigación se ha desarrollado en tres capítulos. Cada uno de ellos se ocupa de establecer una respuesta coherente en razón de las preguntas previamente formuladas, de forma que exista una metodología que pase por lo filosófico, lo teórico y abunde en lo práctico, como un reflejo de cómo las discusiones de estas dimensiones, pasan a conformar la manera en que se ejerce la práctica jurídica en materia probatoria.

En el primer capítulo se detallan dos puntos fundamentales. La primera parte se destina a explicar el punto de arranque y apoyo del estudio epistemológico en la dimensión del proceso jurídico y su relación directa con la función de descubrimiento de la verdad. La segunda parte se destina al desarrollo temático de la teoría de la prueba y su deslinde con los estándares de racionalidad probatoria, cuyo punto de

conexión guarda una profunda dependencia con la argumentación jurídica en materia de hechos.

El segundo capítulo tiene un doble propósito. En la primera parte se establece la posición cognoscitivista del proceso judicial en la correlación prueba y verdad, por lo que se toman de apoyo los apuntes teóricos de la escuela moderna en materia de argumentación jurídica sobre hechos. La segunda sección se dedica a explicar la conformación de la prueba científica y su conexión necesaria en la motivación judicial, como parte constitutiva del proceso de racionalización que se exige actualmente a los tribunales.

El capítulo final se divide en tres apartados. En el primero, se precisan las diferencias y similitudes teóricas y prácticas que existen entre prueba pericial y prueba científica. En la segunda parte, se describen los estándares necesarios para la valoración probatoria, a partir de dos aspectos: la teoría de la prueba y la interpretación constitucional que ha desarrollado la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Finalmente, la tercera sección dedica atención a la valoración de la prueba pericial en documentoscopia y grafoscopia, para reflexionar sobre los retos y tensiones que se exigen en esta materia en particular.

Mi máximo agradecimiento a mi Máxima Casa de Estudios la Universidad Autónoma de Querétaro así como a todas las personas que directa e indirectamente me han permitido desarrollar reflexiones de interés para el mundo de la prueba de los hechos y la teoría de la argumentación jurídica con especial interés en el área de la prueba científica y la prueba pericial porque ha partir de su retroalimentación he podido identificar áreas de oportunidad que nos convocan a nuevas respuestas y debates dentro del fascinante entorno de las pruebas, la verdad y la justicia.

Capítulo 1

La lectura epistémica de la racionalidad probatoria

El capítulo se ocupa de dos puntos fundamentales. La primera parte se destina a explicar el punto de arranque y apoyo del estudio epistemológico en la dimensión del proceso jurídico y su relación directa con la función de descubrimiento de la verdad. La segunda parte se destina al desarrollo temático de la teoría de la prueba y su deslinde con los estándares de racionalidad probatoria, cuyo punto de conexión guarda una profunda dependencia con la argumentación jurídica en materia de hechos.

1.1 Introducción

La reflexión sobre los propósitos del proceso jurídico se ha encaminado bastante hacia su función epistémica en el descubrimiento de la verdad. El camino de esta área de interés finca su tamizaje en los problemas sobre la prueba, su metodología de análisis y racionalización a través de los operadores jurídicos. La perspectiva de la prueba mediante el foco epistemológico y teórico ha producido una serie de discusiones de especial relevancia porque permiten abrir paso al problemático escenario de las finalidades del procedimiento porque de la relación entre verdad y justicia dependen en gran medida la legitimación que el derecho reclama a la identidad del proceso judicial.

Taruffo considera que el proceso es un lugar en el que se aplican normas, se realizan valores, se aseguran garantías, se reconocen derechos, se tutelan intereses, se efectúan elecciones económicas, se enfrentan problemas sociales, se asignan recursos, se determina el destino de las personas, se tutela la libertad de los individuos, se manifiesta la autoridad del Estado y se resuelven controversias por medio de decisiones deseablemente justas.¹

En este horizonte confluyen los dos rostros más emblemáticos de lo que se espera del derecho: la verdad y la justicia. Este rasgo identitario no es fácil de

¹ Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010, p. 156.

concretar y mucho menos tiene un camino previamente definido. El método que propone la ruta de éxito sobre ambos se encuentra bajo un examen crítico de interpretaciones, tensiones, conflictos, contradicciones y retos que deben resolverse.

El mundo del derecho no se reduce a normas, precedentes, valores y principios; también tiene un importante campo de estudio en lo que ocurre sobre el proceso jurídico que se ocupa de establecer los efectos, consecuencias, limitantes y problemas sobre las acciones, conductas, relaciones de causalidad, etcétera, para poder definir el derecho aplicable. Los hechos, como materia de estudio a través de la teoría de la prueba, tienen una importante función en la actividad probatoria, desde su valoración y, en ello está inmersa la teoría de la argumentación jurídica porque la racionalización de la valoración de las pruebas se establece a partir de razones justificadas que motiven la aplicación del derecho.

Por esto, resulta de primer orden abordar el enfoque epistémico del proceso jurídico, con el fin de establecer sus finalidades y, la forma en que estas pueden cumplirse; además, debe hacerse un deslinde importante sobre la teoría de la prueba y sus estándares de racionalidad; con el objetivo de mostrar con claridad el nivel de importancia que cobra en la actualidad la argumentación jurídica en materia de hechos, como la expresión máxima del corazón que hace latir la aplicación del derecho en la vida de las personas.

La estructura que exige adentrarse en estos temas es desde, lo que Lagier denomina, *una mirada filosófica*, puesto que los problemas del conocimiento de los hechos en el proceso judicial pueden estudiarse a partir de los problemas que plantea el conocimiento general de los hechos, por lo que para ello, son elementales la epistemología y la filosofía de la ciencia, como lo mismo ocurren para abordar los temas que impactan a la teoría de la prueba, por ejemplo, las nociones de acción, omisión, causalidad, etcétera; en la medida en que el campo de la filosofía los ha sujetado constantemente a discusión, por ello, desde estas aproximaciones, se desarrolla el presente capítulo, con la finalidad de que el recorrido descriptivo

profuzca una cobertura explicativa más amplia, como elemento de coherencia y sistematicidad, para los fines del presente texto.²

1.2 Epistemología jurídica

La epistemología que exige el proceso jurídico en la vía judicial se preocupa de caminar hacia la verdad y la justicia. Su campo de estudio no se reduce a la cuestión de las normas; o mejor dicho, a ver los problemas de la prueba como problemas de la actividad interpretativa de las normas jurídicas que regulan la actividad probatoria dentro del proceso judicial.

De tal suerte, Taruffo comparte con Marina Gascón que el análisis epistemológico es el que permite comparar diversos sistemas probatorios desde el punto de vista de su mayor o menor eficiencia para la determinación de la verdad.³ Por ello, también es importante el método que se emplee; es decir, el conjunto de forma a través de las cuales se selecciona, controla y utiliza la información que sirve para demostrar la verdad de las conclusiones.

De esa manera, el ámbito epistemológico no se reduce al aspecto cognoscitivo de obtención de la verdad, sino que también, pero no de manera exclusiva, a las cuestiones normativas, pero desde el enfoque en que estas sean útiles para el propósito de verdad que persigue el procedimiento judicial. Lagier lo explica del siguiente modo:

“[...] mientras los filósofos de la ciencia se han ocupado exhaustivamente de la posibilidad de conocer el mundo y de los métodos para ello, los filósofos del derecho, y los juristas en general, se han preocupado más por los problemas de interpretación de las normas que por los problemas de prueba. Y ello a pesar del consenso cada vez más extendido sobre la necesidad de que la justificación de una decisión judicial no sólo abarque a las cuestiones de Derecho

² Inclusive, González Lagier también nos indica que ignorar las discusiones filosóficas con que deban enfrentarse algunos de los problemas del derecho nos acaba obligando a repetir esfuerzos ya realizados. González Lagier, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, México, Ed. Fontamara, 2013, p. 13.

³ Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, op. cit., p. 159.

relacionadas con el caso, sino también a las cuestiones de hecho
[...]"⁴

De esta forma, los problemas de verdad en el proceso no se agotan en el aspecto puramente normativo, como tampoco en el plano estricto y exclusivamente epistemológico. Lagier, cuando retoma a Taruffo da cuenta de que el rechazo de la verdad en el proceso judicial ha obedecido a tres razones: a) la de tipo escéptica porque se rechaza la posibilidad de su conocimiento en general; b) la de tipo ideológico porque se basa en la idea de que el proceso no debe perseguir la verdad y; c) la de tipo técnico que se sustentan en que el juez no puede tener conocimiento directo de la realidad, por limitaciones como el tiempo o circunstancias. Detrás de estas ideas, se fincan dos tipos de problemas, aquellos que cuestionan la objetividad epistémica en materia de hechos y aquellas que desde el modelo normativo ven problemático los fines del proceso a partir de sus reglas.⁵

En tal sentido, la oportunidad del conocimiento de los hechos y su deslinde con la aplicación de las reglas probatorias exige tener por sentado que los hechos son distintos a los objetos físicos como también diferentes de las creencias. Además, existen hechos genéricos y hechos individuales, estos últimos ocurren en tiempo, espacio y circunstancias determinadas y, son susceptibles de demostrarse. Los otros son aquellos que circunscriben su descripción en las normas jurídicas y, a partir de ello, se les puede adjudicar alguna consecuencia jurídica si es que son demostrados.

La determinación de los hechos no pasa por una objetividad pura, por el contrario, Lagier sostiene que no es posible entender los hechos como datos en frío transmitidos y apropiados por medio de la objetividad ontológica o la objetividad epistemológica, debido a que la realidad de los hechos externos pasa por la percepción y la interpretación propia de los sujetos porque a través de ello, se puede entonces establecer su demostración y relevancia para el derecho.⁶ Además,

⁴ González Lagier, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, op. cit., p. 15.

⁵ Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, op. cit., p. 341-344 y González Lagier, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, op. cit., p. 16.

⁶ La definición que aporta Lagier es la siguiente “[...] llamaré hecho externo al hecho como acaecimiento empírico, realmente ocurrido, desnudo de subjetividades e interpretaciones; hecho

existen una serie de problemas de percepción que es oportuno dilucidar para lo anterior.

En efecto, la percepción pasa por diversos grados de apropiación sea por la agilidad de los órganos sensoriales, el conjunto de experiencias asociadas a lo que se aprecia, la posibilidad de que la percepción se influya por las creencias y la interrelación que existe entre percepción e interpretación porque ambos condicionan en un mismo acto lo que pasa por nuestros sentidos y la forma en que se entiende a partir de la red de conceptos, categorías, máximas de experiencia, recuerdos, etcétera, que conforman la interpretación del agente. De esta manera, la percepción e interpretación de los hechos se aleja precisamente de esa objetividad ontológica u objetividad epistemológica, debido a que la percepción no es pasiva, pues el agente selecciona, decide, procesa información, etcétera.

El conocimiento de los hechos; es decir, su apropiación epistémica tiene de vehículo al conocimiento y experiencia de quien los aprecia. De suerte que en el proceso judicial, la guía epistémica de la verdad, exige que el juez no solo se asegure de que las percepciones de quienes desahogan pruebas sean correctas, sino también de que las suyas pasen por el control de interpretación, a partir de decisiones conscientes. Lagier plantea al menos tres tipos de dudas que pueden filtrar el razonamiento sobre hechos, por parte de los jueces:

En primer lugar, la relatividad de las interpretaciones respecto del trasfondo que se traduce en la información previa que se tenga; en segundo término, la ausencia o vaguedad de los criterios de interpretación, para establecer qué interpretación es correcta frente a una incorrecta, para no arropar conocimiento de hechos arbitrarios y, en tercer lugar, la dificultad misma de las interpretaciones, para la que se exige una habilidad para advertir la complejidad de las acciones y con ello su interpretación, sea porque se requiere más información como porque ello conlleva un más alto grado de corrección dentro del proceso de argumentación.

De esta manera, Lagier sostiene:

percibido al conjunto de datos o impresiones que el hecho externo causa en nuestros sentidos; y hecho interpretado a la descripción o interpretación que hacemos de tales datos sensoriales, clasificándolos como un caso de alguna clase genérica de hechos. González Lagier, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, op. cit., p. 20.

“[...] los problemas de percepción y de interpretación plantean un problema al juez, al menos en dos momentos: por un lado, el juez debe asegurarse de que las percepciones y las interpretaciones de los hechos que se le presentan en el proceso son correctas; por otro, debe asegurarse de que sus propias percepciones e interpretaciones de las acciones realizadas por las partes para probar los hechos del caso son también correctas. Dicho de otra manera: la distinción entre hecho externo, la percepción de un hecho y la interpretación de un hecho no sólo se da entre la realidad y, por ejemplo, los testigos, sino también entre las declaraciones de los testigos (u otros medios de prueba) y el juez [...]”⁷

Esta postura no comparte espacio con el escepticismo radical, como lo hacía Feyerabend, para quien los hechos son construcciones puramente del observador;⁸ por el contrario, ante tal situación se opta entre la tendencia procesalista moderna, a considerar que la relación entre hechos, proceso y averiguación de la verdad surge de la posibilidad de probar las afirmaciones sobre los hechos. Por ejemplo, para Miranda Estrampes, los enunciados son susceptibles de demostración, aunque estos no se formulan de manera aséptica porque proponen una visión subjetiva de los hechos en lo que detrás existe una valoración previa, para presentarlos de esa manera.⁹

Por tal motivo, el juicio en el proceso recae en la verosimilitud de lo enunciado con lo demostrado y, para ello Lagier propone acompañar la anterior idea la del objetivismo crítico; es decir, que se sea consciente de las dificultades para el conocimiento de los hechos, sin caer en la desilusión radical acerca de que no existen parámetros objetivos para conocer la realidad; por ello, propone que para utilizar esta herramienta se sigan los siguientes pasos. De esta forma, el objetivista crítico debe someter a los hechos a un riguroso análisis para determinar en qué

⁷ *Íbidem*, p. 24.

⁸ Feyerabend, Paul, *Philosophical papers*, vol. 1, p. X, 1981, citado por Bunge, Mario, *Racionalidad y realismo*, Barcelona, Ed. Alianza Universidad, 1985, p. 59.

Íbidem, p. 24.

⁹ Miranda Estrampes, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Ed. J.M. Bosch Editor, 1997, pp. 34 y 35.

medida son independientes y en qué medida construcciones del observador, así como en qué casos podemos conocerlos con objetividad.¹⁰

1.3 Teoría de la prueba

En gran parte de las discusiones teóricas sobre la argumentación en materia de hechos se ha establecido con claridad que el objeto funcional y prioritario de la prueba judicial es demostrar procesalmente que el marco fáctico de una controversia tiene empíricamente un fundamento histórico; es decir, que el desdoblamiento del derecho a través de sus consecuencias jurídicas en las partes, toma de apoyo la proposición empírica del entorno que las rodea.

Ese marco fáctico está descrito en el proceso judicial por las partes a través de afirmaciones y enunciados lingüísticos que generalmente, por virtud de sus emisores, no están deslindados de cargas psicológicas, estratégicas y prudenciales. De suerte que estas cargas son correlativas al propósito que persiguen en el mundo jurídico-procesal.

De esta manera, entonces, los hechos llevados a un juicio, regularmente han ocurrido antes del proceso; es decir, se verificaron fuera del contexto procesal y, ante esta característica *ex ante*; por ello son relatados en aseveraciones lingüísticas, y por ende, son esos enunciados los sujetos a comprobación empírico-epistémica.

En esto radica en gran parte, la importancia de la prueba, porque la verificación de los hechos que son derivados de las afirmaciones son la condición necesaria para que la norma tenga los efectos jurídicos que ésta prevé mediante el ejercicio de traslación al marco jurídico de lo que los hechos producen en el mundo fáctico y material.

La directriz epistémica de la averiguación de la verdad confluyen precisamente en relación con estas narrativas, porque si los hechos no se establecen de manera veraz, aunque el proceso se haya desahogado correctamente y la norma sea

¹⁰ González Lagier, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción, op. cit.*, p. 28.

interpretada de modo válido; la decisión carece de sustento empírico, racional y legítimo.¹¹

La decisión que se toma en el proceso judicial está dotada de autoridad por el orden jurídico, por lo que el establecimiento de los hechos probados goza de un sentido constitutivo de racionalidad y de efectos jurídicos consecuentes. Por este motivo, especialistas en la materia, como Jordi Ferrer consideran que en teoría de la prueba son determinantes tres momentos de la actividad probatoria dentro del procedimiento judicial.

La toma de decisión dentro del sistema jurídico con efectos constitutivos pasa por estos tres episodios de actividad lógica independiente pero sucesiva. Se trata de a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; b) la valoración del conjunto de estos elementos y, c) la adopción de la decisión, en sentido estricto.¹²

El primero se conforma por una serie de pasos organizados en el proceso. Por lo que se trata de la etapa del aporte y admisión de los elementos de prueba. El espacio de decisión solo puede tomarse y hacer constitutiva a través de aquello que obra públicamente en el proceso, sin poderse decidir a partir de aquella información, datos o elementos de los que se disponga desde la secrecía.

La especificidad de la prueba es primordial desde esta óptica, no solo para la racionalización objetiva alcanzable por todos los que se involucran en ella, sino también porque propicia una actividad argumentativa transparente que mediante rendición de cuentas legitima las decisiones que se toman en los tribunales. Ante tales finalidades que arrojan esta primera etapa, la cuestión epistemológica vuelve a adquirir gran relevancia porque promueve el conocimiento de los hechos relevantes del caso.

En tal sentido, la admisión de toda prueba debe aportar información relevante para los hechos controvertidos, así que este filtro de inclusión probatoria en el marco de las hipótesis fácticas enfrentadas; asimismo, en vía negativa funciona como

¹¹ Véase Taruffo, Michele, *La prueba*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2008.

¹² Jordi Ferrer es quien desarrolla los tres episodios de la actividad probatoria que se toman de referencia. Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2007, pp. 40-49.

directriz excluyente donde las reglas jurídicas determinan cuáles pruebas no son admisibles, por ejemplo, prueba ilícita u obtenida con violación a derechos fundamentales, pruebas sobreabundantes, pruebas que impidan la práctica del contradictorio, pruebas que impidan al sujeto o agente desahogarse (abogados por secreto profesional, familiares directos por información incriminatoria, etcétera), pruebas ofrecidas sin seguir la ruta, tiempos o condiciones legales necesarias.

Hay casos atípicos donde las pruebas que se excluyen también condicionan su incorporación al proceso, por motivos de conflicto axiológico, donde la averiguación de la verdad, como factor epistémico entra en contacto controversial con otros valores de igual importancia para la justicia, por ejemplo, la intimidad, la privacidad, la autonomía individual, las relaciones familiares, etcétera. En cuyos casos, además de las reglas jurídicas de observancia para su inclusión procesal, también exigen una posición argumentativa sólida del decisor que las excluye o admite.

Desde estas cuestiones, la conformación del conjunto de elementos de prueba en un juicio puede ser variable, de acuerdo a las reglas procesales existentes, como a la actividad de racionalización argumentativa que deba mediar en su justificación admisorio o excluyente. En cualquiera de los dos casos, la máxima que también adquiere una importancia fundamental es aquella en que el decisor está obligado a que las decisiones sobre hechos estén revestidas de un alto estándar de racionalidad acerca del valor epistémico que aportarán al proceso, ya que esto permite, en términos de probabilidad, un mayor control y reforzamiento de la motivación de la decisión final.

La posibilidad legal, real y racional de la fiabilidad epistémica en el proceso depende directa y proporcionalmente de que el apoyo empírico que la respalde, sea de tal calidad que permitan desarrollar un alto estándar de demostración que sustente la decisión. De esa manera, la congruencia y coherencia sistemático-valorativa tendrá un grado de avance superior, en la medida en que se elimine todo resquicio de falta de fiabilidad; o bien, se controle judicialmente la idoneidad de las pruebas disponibles necesarias.

La segunda cuestión atinente a la valoración del conjunto de estos elementos se compone, bajo la teoría de la prueba, de una serie de factores de implicación jurídica

que constituyen la gama de reglas que asignan resultados de valor a las pruebas y otros de implicación discursivo racional en donde el operador tiene libertad de valoración y cargas importantes de justificación. Asimismo, hay deberes de completitud y coherencia que guían la actividad valorativa, con el objeto de sumar credibilidad, persuasión racional y consistencia de fines y medios, al acto de confirmación de la hipótesis fáctica que motiva el resultado de la decisión.

En toda la actividad valorativa aparece con importancia el ejercicio hermenéutico, pues como lo indica Mendoca, el resultado de la valoración probatoria siempre es contextual porque está referido a un determinado conjunto de elementos de juicio.¹³ La situación del contexto prima en el resultado porque cualquier cambio, por mínimo aparente, puede variarlo por completo. Asimismo, el juego de la libre valoración, aunque tiene un espacio de libertad, también obedece reglas jurídicas, de lógica y de racionalidad, cuyo resultado aunque no sea concluyente, si supone un filtro de corroboración empírico-epistémica.

Jordi Ferrer explica que en gran parte se piensa que es en la conformación de los elementos de juicio; esto es, en el primer episodio de la actividad probatoria, donde hay una mayor regulación específica de reglas sobre inclusión probatoria, entonces, el segundo momento es donde la brújula de actuación viene dada por la racionalidad, en estricto sentido porque se trata de evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una determinada hipótesis o a su contraria.¹⁴

Gascón coincide con que la operación de valorar las pruebas es una parte de ejercicio racional que no difiere en nada de la experiencia sometida a las reglas jurídicas específicas, donde imperan también controles de racionalidad en general y existen grados de control para su revisión.¹⁵

De igual forma, en esta parte de la actividad valorativa, el operador se apoya de distintos valores como directrices. La averiguación de la verdad es un elemento

¹³ Mendoca, Daniel, *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 1997, pp. 77-79.

¹⁴ Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 46.

¹⁵ Gascón, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1999, p. 49.

constitutivo de la actividad, pero no es el único. Aunque estos otros elementos axiológicos tienen visibilidad en la primera y tercera etapa, en especial esta última que es donde se determinan las consecuencias jurídicas dirigidas al destinatario de la decisión.

El episodio final es la adopción, *per se*, de la decisión, en donde la valoración permitirá adjudicar un determinado grado de confirmación a la hipótesis que corresponda, en cuyo caso nunca será igual a la certeza absoluta. En gran medida, el proceso de corrección del análisis de valoración y, por ende, de la pretensión de verdad y justicia de la decisión, dependerá de que el estándar de prueba que se utilice; aunque ello depende también del sistema jurídico en que se actúe. Por ejemplo, es regla general que en materia civil una hipótesis está probada si su grado de confirmación es mayor que la hipótesis contraria y, en el ámbito penal opera un sistema que supera la demostración por encima del principio de presunción de inocencia o de duda razonable.

Entonces, es fundamental que en forma conexas con la actividad de valoración probatoria, para las consecuencias jurídicas de la decisión, se tenga en cuenta, dentro del tercer episodio, el estándar de prueba que se exige, de acuerdo al sistema normativo que se aplique y la materia en que se emplee. La intermediación del estándar de prueba viene a ser un elemento de estricta importancia porque hay circunstancias de especial cuidado en esta etapa por ejemplo tratándose de la prueba científica, al fincarse más una tendencia de estándar probatorio de tipo científico que jurídico. Por lo que, si el razonamiento científico es generalmente inductivo y, su carácter es probabilístico; al resultado de la prueba se le aplicará también ese resultado, para determinar si, apoyado en ese conocimiento científico inductivo, se encuentra demostrada o no, la hipótesis fáctica sujeta a discusión.

Lo que muestra es que no necesariamente el estándar científico va en consonancia con el estándar jurídico, ya que puede ser que el resultado alcanzado por el primero no sea suficiente para el segundo; o a la inversa, en que sí sea suficiente para tener por demostrada el hecho, con eficacia jurídica para el derecho, cuando por ejemplo, las reglas jurídicas autorizan el estándar de prueba de la probabilidad prevaeciente. De suerte que la última etapa de los episodios que

importan a la actividad probatoria, deben asumir estas dificultades en cada caso particular, de acuerdo al estándar de prueba que se exija.

En estos términos, las credenciales de relevancia, credibilidad y peso probatorio son ingredientes principales en la actividad probatoria. Todos apuntan al grado de confirmación en la certeza del resultado que arroja esa valoración. En la credencial de relevancia deben diferenciarse la prueba directamente relevante de la indirectamente relevante, en el entendido de que las segundas son pruebas auxiliares al razonamiento probatorio. En la credencial de credibilidad imperan los principios de autenticidad, exactitud y fiabilidad, para poder determinar bajo estos, los datos que fidedigna, real y de forma confiable, pueden proporcionar las pruebas. En adición, el principio de objetividad es también complementario de los anteriores porque permite descartar las subjetividades que contaminan las pruebas.

Finalmente, en la credencial del peso probatorio hay una tendencia general a aceptar que se trata de una cuestión de grado porque la confirmación de una hipótesis funciona en términos de probabilidad y, por ende, es aceptable y válido del cálculo de probabilidades desde una dimensión racional correctiva y controlable. Su conformación está constituida por una cadena de inferencias que toman de apoyo el peso específico que otorga el ordenamiento, como aquél del que surge la racionalidad misma del tramo argumentativo que lo justifica. De esta conformación, el valor total y unido de cada una de las pruebas, repercute en el peso o fuerza probatoria, por ello, su combinación deber ser en clave de consistencia y exhaustividad, para ocuparse detenidamente de cada uno de los elementos traídos al proceso judicial.¹⁶

El conjunto de especificaciones se traducen en canales que deben también considerarse en los episodios de la actividad probatoria porque se armonizan con la expectativa epistémica de la verdad y, hacen funcional la directriz explicada entre la inescindible relación entre hechos y derecho, bajo el manto justificatorio que se exige en la motivación racional del resultado que ofrece el tribunal para sostener con buenas razones las consecuencias jurídicas que se imponen coercitivamente

¹⁶ Anderson, Terence, Schum, David y Twining, William, *Análisis de la prueba*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2015, pp. 93-107.

mediante su decisión. En ese sentido, la teoría de la prueba, al tenor de estos parámetros es lo que conduce a transparencia, racionalidad, rendición de cuentas y legitimación de la autoridad judicial, en los términos que así lo exigen las democracias de los estados constitucionales de derecho, en donde el derecho es un instrumento racionalizador del poder, con absoluto respeto a los principios que fundan sus fines valiosos.

1.4 Estándares racionales de la prueba

La primera cuestión para determinar la racionalidad en materia probatoria es deslindar las diferencias entre cuestiones de hecho y cuestiones normativas que se autoimplican con las cuestiones de hecho. De esta forma, es distinta la premisa fáctica de un proceso judicial a partir del que se califica jurídicamente su relevancia frente al proceso de selección de la premisa normativa, de cuya interpretación, se adjudican efectos y consecuencias a los hechos del proceso judicial. En cualquiera de ambos casos, los hechos que interesan al proceso judicial son los hechos interpretados, producto de su desenvolvimento probatorio en el procedimiento mismo.

Para calificar la relevancia jurídica de un hecho, el hecho pasa por ser interpretado y, se detecta su nivel de alcance al escenario normativo, para establecer si su calificación amerita alguna consideración jurídica. Asimismo, la operación de adjudicar consecuencias jurídicas, toma de sustento el hecho interpretado y, avanza en la interpretación que admita la norma en cuestión, para determinar sus efectos.

De esta manera existe una interrelación entre normas jurídicas y la prueba de los hechos y viceversa, porque, como lo sostiene Lagier, la prueba de los hechos no es una operación solamente empírica, como tampoco se niega que la existencia de los hechos sea independiente de las normas. En tal sentido, existen hechos jurídico-institucionales en que las normas dan propiedad constitutivas a los hechos (un matrimonio, un testamento, etcétera); además, existe la posibilidad de prueba de acciones no intencionales y la consecuencia que, en sentido causal, produce

como efecto en el derecho, para lo cual se requiere necesariamente la interpretación de los hechos y, así determinar la prueba de hechos que sea útil al efecto.

La distinción entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho no es tan clara. La calificación jurídica opera con hechos, pero es una operación interpretativa que no puede hacerse sin las normas; además, las pruebas también están diseñadas por normas. De esta forma, se puede entender que la prueba de los hechos externos en los que se basan las distintas interpretaciones sobre las que a su vez, dice Lagier, operará la calificación jurídica, son lo que producen que los hechos interpretados tengan una adjudicación de efectos normativos.¹⁷

El gran avance que se obtiene de esta aclaración es que la noción de argumentación jurídica en materia de hechos adquiere una significativa relevancia en el proceso de racionalización de la prueba dentro del proceso judicial porque hay una interrelación entre lo fáctico y lo normativo que es de ida y vuelta. De suerte que la argumentación, en el escenario de la motivación de los hechos y el derecho, trascienden en ofrecer razones justificadas que permitan su evaluación y apreciación de forma objetiva (objetivamente crítica), para sostener si el curso de acción que se ha ordenado a través de la decisión se funda en una valoración razonada de los hechos a través de las pruebas, con la finalidad de tener parámetros racionales de contraste ante una decisión judicial.

1.5 Conclusiones

La complejidad de los procesos judiciales de la actualidad demanda una constante reivindicación de la importancia que tiene el análisis de los hechos, su demostración y racionalización dentro de dicho procedimiento. Su comprensión arranca por establecer la conexión necesaria entre epistemología y teoría, como fundamento originario de la relación entre verdad y justicia que proponen los modelos procesales modernos.

La identidad de los procesos judiciales modernos se proyecta hacia la depuración de un método adecuado, en el que el sistema jurídico promueva una

¹⁷ González Lagier, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, op. cit., pp. 30-36.

ruta de consonancia y armonía con estos valores de verdad y justicia; por eso, la prueba en materia de hechos adquiere una dimensión sustantiva en el complejo mundo jurídico, al perseguir una pretensión de corrección a partir de ambos valores. Esta pretensión solo puede lograrse cuando existe un sostén filosófico de lo que se exige en la comprensión epistémica de los hechos.

La forma en que se conocen los hechos tiene una confluencia entre la objetividad y la interpretación sin incurrir en el relativismo radical o el escepticismo puro; asimismo, esa objetividad al dar espacio a la interpretación, no guarda culto a la objetividad ontológica o epistemológica, pues da cuenta de una serie de factores que atraviesa la comprensión, apropiación y explicación de los hechos, dado que estas acciones atienden también a un ámbito del sujeto, su conocimiento, sus conceptos, categorías, máximas de experiencia, recuerdos, etcétera, que conforman la interpretación del agente.

Ante ello, el método que se propone para dar un cauce adecuado al conocimiento y comprensión de los hechos es a través del objetivismo crítico, en que el agente que los valora y evalúa sea consciente de las limitantes empíricas que la realidad impone, como de las suyas propias que pueden condicionar el significado de los hechos, mediante una interpretación subjetiva. Por ello, el equilibrio que impone este tipo de objetivismo es una ruta metodológica de comprensión de los hechos, interpretados, pero de forma consiente.

La teoría de la prueba aporta un camino de reflexión que se conforma por una serie de etapas, pasos y niveles de importancia para la función epistémica del proceso judicial. Su campo de aplicación no se limita al simple ejercicio lógico deductivo de la aplicación de las reglas porque en la materia de su estudio, en cualquiera de los episodios del desarrollo probatorio, también confluyen discusiones axiológicas y de coherencia sistemática como de consistencia fáctica que ponen en constante tensión la exigencia argumentativa que se espera de los tribunales.

En los diversos episodios de la actividad probatoria se pueden encontrar valores definitorios del proceso judicial y constitutivos del derecho, como sistema normativo apegado a la razón práctica. En cada etapa existen reglas jurídicas, elementos de racionalidad y fines valiosos. La nota final del valor epistémico de la verdad se

legítima con otros como la justicia y la equidad, a partir de los cuales, el grado de certeza adquiere una dimensión formal y material porque no afectará solamente el mundo puramente procesal, dado que expandirá sus efectos jurídicos hasta aquellas realidades concretas sobre las que se pronuncie con fines de coherencia axiológica.

El cierre en que se conecta la epistemología de la prueba con la teoría de la prueba ancla su andamiaje en la posibilidad de racionalizar los valores y criterios de corrección en que se fundan. De esa forma, en la argumentación jurídica encuentra su principal punto de apoyo, para ofrecer un cobijo racional a la actividad probatoria, concentrándose en dos aspectos fundamentales: el primero, la inescindible relación que existe entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho y, el segundo, la necesidad de hacer visibles las razones correctas, de cómo esa interrelación es la que condiciona de forma adecuada, la adjudicación de consecuencias normativas en las acciones de las personas.

Capítulo 2

La prueba científica: bases para una sólida argumentación

El segundo capítulo tiene un doble propósito. En la primera parte se establece la posición cognoscitivista del proceso judicial en la correlación prueba y verdad, por lo que se toman de apoyo los apuntes teóricos de la escuela moderna en materia de argumentación jurídica sobre hechos. La segunda sección se dedica a explicar la conformación de la prueba científica y su conexión necesaria en la motivación judicial, como parte constitutiva del proceso de racionalización que se exige actualmente a los tribunales.

2.1 Introducción

La teoría de la prueba ha comenzado desde hace poco más de dos décadas, a preocuparse de forma vigorosa sobre los diferentes problemas que invitan a establecer una serie de discusiones necesarias para darle el peso que amerita aquél tramo del proceso que conecta con la verdad, la justicia y los fines del ordenamiento jurídico.

Asimismo, Taruffo ha señalado que no se pueden tratar de forma independiente la discusión de que la prueba va más allá del proceso judicial y la relativa a que el tema de la prueba, desde la teoría, es algo diferente a la jurídica porque esta división ha provocado en diversos espacios, el efecto de ovildar tanto filósofos como por juristas que entre normas y aspectos de hechos, existe una autocondicionante que los implica; lo cual, indica el filósofo italiano ha tenido como consecuencia graves limitaciones y distorsiones relevantes en la cultura filosófica como en la jurídica, en relación con la decisión de los hechos.¹⁸

¹⁸ Así lo expresa Taruffo en el prólogo al señalar inclusive lo siguiente "[...] en la literatura procesalista, pero también en la filosófica, permanece en el misterio el significado de expresiones como 'el hecho *p* está probado', 'se ha obtenido la prueba del hecho *p*', etc. A pesar de que se trata, obviamente, de una cuestión fundamental en cualquier proceso, sobre este punto se encuentran a menudo respuestas vagas y genéricas. Algunos autores hacen referencia, pero casi siempre de forma superficial y acrítica, a la probabilidad o la verosimilitud, pero qué significan esas expresiones queda normalmente en la incertidumbre. Hay, en realidad, especialmente en Estados Unidos, autores que aplican el cálculo de la probabilidad a los problemas de la prueba, pero con resultados que suscitan muchas dudas y son, en cualquier caso, extraños a la cultura media de los juristas [...]" Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005, p. 12.

Por tales aspectos, la racionalidad de la prueba pasa por un escenario explicativo donde la demostración de los enunciados empleados en el proceso jurídico, con la fuerza que los distinga a través de las pruebas aportadas, se acerca a la identidad de la averiguación de la verdad como una directriz alcanzable a través de prueba y reglas procesales, para sostener una sólida fundamentación probatoria de los enunciados sobre los hechos que determinan las consecuencias jurídicas del proceso judicial.

Además, es fundamental hablar de la relación de prueba, verdad y proceso jurídico porque su racionalización es fundante de la justificación y motivación que exige la valoración de pruebas que sirve, bajo la premisa fáctica, de presupuesto para la aplicación de las normas jurídicas. El problema de la selección de las premisas fácticas ha sido materia de constante debate desde Jerome Frank hasta Neil MacCormick, pues el problema de la determinación de los hechos al final de todo cauce jurídico es el problema de la aplicación misma del derecho.

En esta visión amplia sobre teoría de la prueba, surgen dos áreas de interés: la primera radica en explorar todos aquellos puntos en que converge la prueba con la verdad y, la cercanía que en ello guarda la ciencia y, la segunda se dedica a profundizar en el estudio justificatorio de las decisiones que pasan por expandir los horizontes de la valoración de la prueba más allá de las fronteras normativas de tasación probatoria, para profundizar la reflexión acerca del razonamiento judicial en materia de ponderación de las pruebas.

En esa dirección, la premisa fáctica del razonamiento judicial amplía su interés a la justificación racional de las decisiones que seleccionan las premisas de los hechos que impactarán en la determinación de la aplicación del derecho. Por este deslinde es importante identificar que la materia de la prueba y la acción de probar, como acciones justificatorias racionales, son distintas, pero se imbrican en diversos procedimientos de la actividad judicial. Así lo explica Canelutti:

“[...] de forma general, probar significa, en efecto, demostrar la verdad de una proposición afirmada. En cambio, en el ámbito jurídico, el contro de los hechos controvertidos por parte del juez puede no realizarse mediante la búsqueda de su verdad, sino mediante los

procedimientos de fijación formal [...] Si la ley da cuenta de esos procesos bajo el nombre de prueba, esto supone que el contenido propio del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y se deforma. Probar, en efecto, ya no significará demostrar la verdad de los hechos controvertidos, sino determinar o fijar los hechos mediante determinados procedimientos [...]"¹⁹

A estos procedimientos, viene concitada una actividad dialéctica, crítica y persuasiva por parte de los tribunales, al pasar de la convicción a la racionalización de los hechos probados, cuando se hace explícito el deber de motivación a través del cual se cumple con una directriz constitucional moderna que refrenda la confianza al deber de transparencia que impera en dichos órganos judiciales y, convoca a una actividad funcional discursiva que puede evaluarse a partir de su lógica interna, en términos de coherencia normativa, hacia el interior del sistema jurídico y, de lógica externa, en una práctica de consistencia e integridad fáctico-valorativa, cuando se persigue en la motivación la justificación inductiva de los hechos.²⁰

Dice Andrés Ibáñez:

"[...] No puede haber duda, motivar un enjuiciamiento en materia de hechos es, como ha escrito Ferrajoli, justificar una inducción. Pues del modo como está (aquí la inducción judicial a través de la actividad probatoria) se haya desarrollado, dependerá la calidad del resultado, es decir, de la convicción: que tendrá que ser de certeza práctica para que, como conclusión, pueda establecerse que determinadas afirmaciones de hechos han sido probadas [...]"²¹

2.2 Prueba y verdad

Jordi Ferrer explica que hay dos temas fundamentales entre prueba y verdad. La cuestión conceptual que siendo mayoritaria en el ámbito académico aboga

¹⁹ Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, Buenos Aires, Ed. Dykinson, 2018, p. 55.

²⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pp 140-144.

²¹ Ibáñez, Perfecto Andrés, *Los hechos en la sentencia penal*, México, Ed. Fontamara, 2007, p. 139.

porque la verdad de una proposición es condición necesaria, pero no suficiente, para que pueda decirse que esa proposición está probada; se trata de la tesis acerca del concepto de prueba que en términos generales señala que una proposición está probada si es verdadera y existen elementos de juicio suficientes a su favor. La otra versión es de índole teleológico porque no adjudica a la verdad un papel definitorio de la prueba, sino que considera que es el último objetivo necesario de la actividad probatoria.

Con esa distinción se puede ver que la actividad probatoria tiene por misión llegar a la averiguación de la verdad sobre los hechos ocurridos, para implicarse ahí el razonamiento decisorio que aplica los efectos y consecuencias normativas. En otras palabras, se aleja del fin en sí mismo, de sostener que un acto acabado de prueba es porque constituye la verdad de las proposiciones. La primera versión entiende el binomio prueba-verdad como un resultado. El segundo enfoque propone una actividad probatoria que supone un esfuerzo superior al resultado, pues apuesta a la construcción del razonamiento.

El análisis de las versiones tiene el reto de que el proceso se aleje de la verdad y, las partes tengan plena libertad de construir lo que sea mejor para sus intereses, aunque ello no coincida precisamente con la verdad; también provoca la manipulación del material probatorio, sea por vía de acción o mediante la omisión de aportar los datos relevantes. Asimismo, la cosa juzgada reporta una discusión importante porque reporta una dificultad reabrir a la discusión y determinación de los hechos que han sido probados dentro de un juicio; además, de la valoración de estos en una etapa posterior, debido al principio de inmediación, donde ya no existe esa posibilidad de recoger con más proximidad directa las pruebas por quien las presencié en su desahogo. Una cuestión adicional es que las reglas de las pruebas contienen varias implicaciones que definen el resultado probatorio, dado que hay una abstracción de la realidad del caso, suplantada por el valor otorgado a las pruebas, en ese mecanicismo de resultado.

La clásica discusión entre verdad material y verdad formal radica en que en ocasiones pueden encontrarse probados enunciados de hechos falsos; o bien, no

tener un razonamiento justificativo apropiado que permita probar los hechos afirmados verdaderos.

Al efecto, se ha enunciaron este par de conceptos, para salir del problema. La verdad material entendida como aquella que se habla fuera del proceso judicial; donde los enunciados tienen correspondencia con el mundo y, de la que muchas veces, hay detrás la idea de que es inalcanzable. La verdad formal es la que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. El problema es que pueden o no, coincidir entre ambas. Sin embargo, la segunda es la que interesa a los fines del proceso porque será la que tenga efectos constitutivos y de adjudicación en el juicio, para fundar la sentencia del tribunal. Hay términos intermedios, como cuando el ordenamiento le impone al juez, indagar la verdad ocurrida, como un espectro de la verdad material.²²

Carnelutti ha sido de quienes no ha estado de acuerdo con estas distinciones, al exponer que la verdad no puede ser más de una, de forma que la verdad formal o jurídica o bien coincide con la verdad material; o en todo caso, se trata de una verdad que diverge y, entonces es una no-verdad.²³ Por ello, la salida que proponen los especialistas es que frente a esta situación, cuando un enunciado no está demostrado, en lugar de calificarlo de falso, se establezca la distinción de no demostrado. Ante tales dilemas, Jordi Ferrer ha expresado:

“[...] En realidad, puede plantearse la distinción entre verdad formal y verdad material de otra forma. Así, puede decirse que el objetivo (o uno de los objetivos) de cualquier tipo de proceso judicial es la determinación de los hechos de acuerdo a la verdad material, esto es, que los enunciados fácticos incorporados al razonamiento de la decisión judicial se correspondan con el mundo. Por su parte, puede denominarse verdad formal a la declaración judicial de hechos probados. Puede añadirse también que es importante que esta verdad formal coincida con la material, aun reconociendo que ello no siempre es así. La divergencia entre los dos tipos de verdades, o entre lo que

²² La discusión ampliada puede revisarse en Ferrer, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 55-78.

²³ Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, 2018, p. 29.

ha ocurrido en el mundo y lo que se declara en el proceso puede deberse a cualquiera de las limitaciones procesales que han sido expuestas en este y en el anterior capítulo [...] De este modo, si se mantiene que el objetivo del proceso es la determinación de los hechos de acuerdo con la verdad material, no se produce el problema de la infalibilidad ni se cae en una versión constitutivista de la declaración de los hechos probados: podrá decirse siempre que aquello que es verdadero formalmente (que ha sido declarado verdadero en el proceso) no se corresponde, como debería, con la verdad material. En cambio, queda una crítica, si se quiere terminológica: no se entiende bien la razón por la que vale la pena seguir llamando verdad formal a la declaración de hechos probados realizada por un juez en su decisión y no simplemente prueba, distinguiendo así entre prueba y verdad y no entre distintas verdades [...]”²⁴

Con esta apreciación, la prueba es un conjunto de operaciones por medio de las cuales, el juez entra en el proceso de convicción acerca de los enunciados que se proveen con datos procesales que se une con la actividad argumentativa de la situación proposicional que guarda la función de averiguación de la verdad en el proceso, como parte de la conformación racionalizadora de la justificación de la decisión que no se agota en la descripción de las pruebas o la afirmación tautológica de los resultados que a partir de estas, se llega al convencimiento sino al complejo proceso de verbalizar de forma racional y persuasiva, el complicado arte de dar por demostrados los enunciados afirmados, sin aseveraciones excluyentes de falibilidad.

De esta manera, la prueba como una actividad propia del proceso judicial tiene la función de comprobar la producción de los hechos afirmados como pretensiones de las partes, con el fin de determinar el valor de proximidad graduable con la verdad de los enunciados que los condicionan como efectos constitutivos de derecho; sin dejar de lado que la verdad no es la única finalidad funcional de la prueba porque

²⁴ Ferrer, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, op. cit., pp. 65 y 66.

existe valores y principios de protección de la justicia, la equidad y la igualdad que trazan similar trascendencia para los sistemas jurídicos modernos expresados a través de la constitucionalización, lo cual se traduce en una forma legítima de racionalizar el uso del poder, para evitar la arbitrariedad, mediante soluciones pacíficas e imparciales.

2.3 El proceso racionalizador de la prueba científica

Antes de explicar lo que será materia de otro apartado posterior, acerca de la identidad de la prueba científica. Existe una serie de aspectos de previa importancia que permitan colocar en su justa dimensión racionalizadora a dicha prueba que tiene por objetivo la vinculación relacional con la verdad. Por lo cual, es necesario ocuparse antes de estos presupuestos que rodean a la prueba científica.

De algún modo, ya se indicó que la finalidad de la prueba más que la comprobación de la verdad, es la investigación judicial para reconstruir hechos pretéritos, recreándolos a través de los sentidos de las personas (naturalmente fallibles),²⁵ como sucede en la prueba testimonial que lleva los hechos a los oídos del juzgador, nacidos en el contexto procesal por la aseveración de las partes y apreciados bajo un complejo procesal que deberá ser verbalizado en la justificación.

De esta forma, la conciliación entre la verdad formal y la verdad material pasa necesariamente por un proceso que fija un parámetro de probabilidad sobre la reputada verdad de los hechos. Con estas ideas, se ha dicho inclusive por los especialistas que el juez desarrolla dos roles: de historiador, cuando se apoya en el conocimiento de datos concretos en el tiempo y, con carácter clínico,²⁶ porque se apoya en pruebas (información nunca concluyente) que se verifican de acuerdo a las reglas jurídicas, deontológicas y protocolos que lo guían por la información disponible, para que tras su valoración, pueda adoptar un diagnóstico.

En materia de prueba científica ha habido debates de interés porque muchas veces escapa de su atención la serie de criterios para la admisión y valoración

²⁵ Kielmanovich, Jorge, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 59.

²⁶ Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2007, pp. 49-52.

porque se piensa que detrás de la cientificidad existe una garantía incuestionable que presupone una situación de razonamiento automático en la demostración de los enunciados sujetos a prueba dentro del proceso judicial.

Lo mismo ha ocurrido con la prueba pericial, aunque esta pueda diferenciarse en cierto grado con la prueba científica porque existen pruebas periciales que no gozan de cientificidad. Por este conjunto de problemas, antes de definir cuál es el significado diferenciador entre prueba pericial y prueba científica, es necesario que exista un método que suministre una serie de pasos, criterios, filtros y exigencias, para que su llegada al proceso, su desahogo y, su eventual ponderación eviten ese dogmatismo automatizado de conceder plena certeza a lo que en estas se sostiene.

De esta forma, conociendo que la serie de normas que traducen a las pruebas desde la llegada al proceso hasta su valoración, en una metodología normativa que goza de ciertos filtros que promueven la racionalidad, entonces, se puede observar que estas directrices regulativas sobre las pruebas en su obtención, medios, contenido, desahogo, calificación, tasación, etcétera, son los instrumentos procesales a través de los cuales se vale el juez para arribar al objeto de la prueba y, poder contar con criterios racionales de su llegada y valoración en la decisión.

Por estas razones, dichos instrumentos implican que la prueba debe practicarse en un escenario de legalidad, para que los derechos fundamentales no sean vulnerados con su práctica y, tampoco deben anticiparse resultados automáticos a las pruebas, aunque estas gocen de cierta metodología, cientificidad u otros elementos donde la ciencia tiene apariencia de certeza absoluta.

De esta forma no se pierde de vista que toda la regulación probatoria tiene fines expresos con razones de segundo grado que persigue, en el contexto del proceso, la finalidad de tener datos para valorar la demostración del marco fáctico en que se inserta la controversia y, en esa averiguación de la verdad, en el reclamo de justicia sean tutelados los derechos controvertidos entre las partes, porque esa es la apuesta final en la funcionalidad judicial en un proceso; unido al hecho de que esta es la razón legítima que se promueve sobre la existencia del derecho, en la medida

en que sirve para someter la fuerza y poder arbitrario a la razón; esa es la premisa estructural del Estado constitucional de derecho.²⁷

Para tal efecto, es necesario tener plena claridad de cuáles son los principios que lógicamente y proporcionalmente regulan la prueba, para integrar un procedimiento judicial que sea funcional y correspondiente con los fines que persigue el estado constitucional de derecho; los más importantes son:

En primer lugar, se tiene el *principio de necesidad* el cual consiste en la necesidad de que los hechos en que deba sostenerse a través de los enunciados afirmados dentro de todo proceso judicial deben acreditarse en cualquier decisión judicial con las pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o el juez.

En segundo término, el *principio de eficacia jurídica* significa que una prueba necesaria, debe tener eficacia jurídica para llevar al juez certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio; es decir, deben gozar de plena seguridad al debido proceso y las normas así deben regularlo para su incorporación al debate.

En tercer punto, el *principio de unidad* se traduce en el conjunto probatorio en el juicio forma una unidad de forma que es una visión global de la integración de las pruebas, y como tal debe examinarse por el juez, para: confrontar las pruebas, puntualizar su concordancia y discordancia, advertir la consistencia fáctica, la coherencia narrativa, la probabilidad universal y las condiciones de refutación; porque con ello se genera el efecto funcional que guía la certeza del juez sobre los hechos.

En el cuarto lugar, se encuentra el *principio de comunidad* bajo el cual la prueba no pertenece ni beneficia solo a quien la aporta, pues su inclusión en el proceso se dirige a la demostración de un hecho o la inexistencia de éste; por ende, esta prueba ya conforma un interés público de racionalidad procesal y, de esta manera, una vez integrada al conocimiento del juicio constituye un patrimonio procesal común.

²⁷ Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho"; en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ra. ed., Madrid, Ed. Trotta, 2006, p. 12.

El quinto aspecto es el *principio de interés público* referido especialmente a que la función y operatividad de la prueba es llevar certeza al juez para que su fallo tenga como fin último la justicia; con lo cual, este sentido amplio de justicia tiene la misión de conciliarse con el propósito epistémico entre verdad y justicia, en ese sentido, prevalece un interés público de que tal función refleje implícitamente la consecución del principio de justicia.

Un sexto aspecto es el *principio de igualdad* a través del cual las partes involucradas se encuentren en idéntica oportunidad para ofrecer cualquier prueba, sea para demostrar algún hecho o contradecir las aportadas por el contrario; de modo que exista una igualdad de armas cubierta bajo el debido proceso, en su dimensión sustantiva.

El séptimo principio se subdivide en dos consistentes en los *principios de formalidad* y legitimidad; en razón de que van unidos por la funcionalidad que representan para el proceso judicial. En primero hay dos aspectos: que para la validez de la prueba, ésta sea llevada al proceso conforme a los requisitos procesales establecidos en la ley y con su aportación no se vulnere el patrimonio moral de alguna persona; por su parte, el segundo prescribe que la prueba provenga de un sujeto legitimado para tal efecto, pues solo de este modo se justifica válidamente bajo las normas regulativas, el hecho de que la prueba forme parte de la comunidad procesal.

En el octavo punto se encuentra el *principio de libertad* a través del que se propicia la funcionalidad a la prueba (certeza de los hechos al juez), por lo que hay libertad para que las partes y, así el juez puedan obtener todas las que estimen pertinentes respecto a su relevancia en la demostración de los hechos (salvo las limitaciones del principio de formalidad). Este principio es de importancia adicional porque tiene implicados dos aspectos de relevancia:

a) *Lo relativo a la libertad de medios de prueba* que implica que la ley no debe limitar los medios de prueba admisibles, para dejar en manos del juez la calificación de si lo solicitado tiene relevancia probatoria y, por ende, puede probarse todo hecho que influya en la decisión del proceso. De suerte que esta libertad amplia, solo se limita en la medida en que el propio ordenamiento así lo dispone.

b) *Lo relativo a la libertad de objeto* que evita la limitación a priori de la ley sobre la actividad probatoria, porque ello sería atentar los derechos de: debida defensa, contradicción efectiva e igualdad de oportunidades. Por ello, su espacio de aplicación se extiende más allá del hecho mismo del objeto de probar, sino de la posibilidad real de hacerlo, como una condicionante de la validez del debido proceso.

En noveno lugar, se puede ver el *principio de inclusión probatoria* que tiene diversos filtros, entre los que destaca el de orden epistemológico, que prescribe que la admisión de toda prueba deberá aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan (apoya o refuta alguna de las hipótesis fácticas del caso). Mientras que la regla de exclusión, regula jurídicamente la no admisión de pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales, sobre testigos de referencia y/o aquellas que no puedan practicarse con debida aplicación del principio de contradicción; así como las reglas procesales de su ofrecimiento en un plazo perentorio.²⁸

Entonces, se cuenta con nueve principios con diversos efectos, a partir de los cuales se busca lograr un espacio de racionalidad, seguridad, estabilidad, previsión y aplicación universal de aquello que es relevante para el proceso judicial y sus propósitos; aunque adicionalmente también se encuentran otros elementos (de racionalidad) que integran el derecho a la prueba y se entienden en el siguiente sentido:

a) El derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos afirmados, siempre que sean relevantes, en la medida en que supone que funciona el principio epistemológico: cuanta más información relevante está a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto en la decisión;²⁹ b) que las pruebas sean practicadas en el proceso, pues su no realización es equivalente a una inadmisión a priori; c) valoración racional de las pruebas practicadas, el derecho a un determinado resultado de racionalidad probatoria y, d) obligación de motivar las decisiones judiciales, que se justifica en la

²⁸ Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Bogotá, Ed. Temis, 2002, pp. 107-134.

²⁹ Keynes, J. M., *A treatise on Probability*, London, Ed. Macmillan & Co., citado en Ferrer Beltrán, Jordi, ob. cit., pp. 68-69.

premisa de los hechos probados y los no probados en el proceso,³⁰ que es precisamente de lo que se ocupa el final de este capítulo.

2.4 La motivación de los hechos

El aspecto relacional entre prueba y verdad surge de la identidad de la justificación a partir de un conjunto suficientemente sólido, para establecer los elementos que mantenga dentro de un estándar de buenas razones la relación que existe entre lo aportado con las pruebas y el resultado que de estas se obtienen vía racionalidad argumentativa.

El nivel de aceptabilidad de las proposiciones fácticas a través de su ejercicio de contraste con las pruebas radica en que debe existir un grado razonable de aceptación, convencimiento y persuasión racional de que las condiciones de hechos se originaron y, se cuentan con suficientes elementos de prueba que así permiten aterrizar esa convicción.

Por lo que en esta vía de operatividad argumentativa los estándares de prueba son relevantes, en la medida en que tienen un carácter de racionalidad corroborativa, para establecer la veracidad de la proposición perseguida; o bien, el nivel de correspondencia conforme al proceso de valoración de pruebas. Este nivel de correspondencia no se queda en el ámbito de la suficiencia de pruebas exclusivamente, lo trasciende hasta el espacio del conjunto de criterios de racionalidad que permitan juzgar la corrección de los argumentos de la decisión judicial tras la valoración de las pruebas, como propia de un ejercicio espejo de construcción discursivo-argumentativa.

El proceso discursivo de la valoración probatoria mediante la argumentación, en esta actividad del proceso, bajo las directrices de verdad señaladas, solo puede articularse mediante una sofisticada articulación de enjuiciamiento justificatorio, en el cual, no solo se pide exteriorizar el proceso mental que se lleva a cabo durante el desarrollo de la operación decisoria; de igual forma, es fundamental que exista una reconstrucción clara, precisa y accesible para el uso de terceros, llevandóles

³⁰ *Ibidem*, pp. 54-59.

información racional de la forma en que se desdobra el razonamiento fáctico. En palabras de Perfecto Andrés Ibáñez:

“[...] A este respecto conviene recordar que la inducción judicial opera por la atribución de aptitud convictiva al resultado del empleo de determinados medios de prueba. De donde motivar en esta materia de hechos significa, con Taruffo ‘explicitar, bajo la forma de argumentación justificativa, el razonamiento que permite conferir a una determinada eficacia a cada medio de prueba y, que sobre esta base funda la opción a favor de la hipótesis sobre el hecho que en las pruebas disponibles halla un grado más alto de confirmación lógica’ [...]”³¹

La enumeración o enlistado clásico de los medios de prueba es insuficiente. Su descripción no garantiza que se hayan demostrado los medios adecuados para determinar los hechos probados. La motivación vista desde esa óptica es débil; por eso, la propuesta moderna, a partir de la teoría de la prueba, está en que el contexto de la decisión exprese su justificación con una motivación reforzada, donde no se banalice el complejo proceso de ofrecer razones aceptables, válidas y elocuentes, para sostener la decisión que por los hechos probados, tendrá consecuencias jurídicas.

Lo explica en mejores palabras Ibáñez, al aludir a la motivación racional:

“[...] Lo que está en juego en el campo de la motivación y, en particular, de la motivación de la decisión en tema de hechos es mucho más que una resolución de grado –de más o menos—en la calidad de las resoluciones, es el ser o no ser racional del ejercicio de la jurisdicción, el ser o no ser de la jurisdicción misma. Porque, como ha escrito Marina Gascón ‘La racionalidad jurídica se expresa o desenvuelve a través de una labor de justificación o motivación de las decisiones que hoy tiende a verse no ya como una exigencia técnica, sino como el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces’ [...]”³²

³¹ Ibáñez, Perfecto Andrés, *Los hechos en la sentencia penal, op. cit.*, p. 140.

³² Ibáñez, Perfecto Andrés, *Los hechos en la sentencia penal, op. cit.*, p. 140.

Las ideas con las que cierra sobre la legitimidad judicial son el peso que gravita actualmente en la mayoría de las jurisdicciones de corte constitucional, donde el peso relevante de sus decisiones ha impactado de forma considerable en la operación, creación y funcionamiento del derecho; por lo que esta sentida preocupación se traslada al ámbito de la jurisdicción en general, donde los jueces, por su déficit de democracia representativa, ven una posibilidad de entrar al ámbito democrático a través del discurso dialógico intersubjetivo de protección constitucional porque el deber de dar razones públicas sobre sus decisiones, se traduce en la obligación de motivar racionalmente los efectos que despliega el derecho.

El proceso conformador de racionalidad en materia científica adquiere una especial importancia cuando los jueces, reclamando su legitimidad de forma adecuada, procuran una motivación reforzada, bajo razones válidas, universales, coherentes y consistentes en materia de hechos y de derecho. En efecto, se ha visto que para racionalizar la prueba científica (antes de explicar qué es propiamente), demanda de una serie de principios, etapas, factores y filtros, para su llegada al proceso, como parte de la actividad probatoria propiamente dicha.

Su llegada al proceso, en la etapa de admisión; su entrada al mundo de la valoración en la etapa de la convicción y, su deslance en los efectos constitutivos del ordenamiento jurídico a través de su valoración son etapas que están determinadamente interrelacionadas entre sí y, cuyo mayor acento está en la motivación reforzada, como una expresión de absoluto respeto al estado constitucional democrático de derecho, donde las autoridades judiciales, tienen un deber de transparencia y rendición de cuentas a través de la exposición justificativa de sus sentencias.

La construcción racionalizada de la argumentación jurídica pasa necesariamente por las concepciones formal, material y pragmática que plantea la escuela alicantina de la teoría estándar de argumentación jurídica que liderea Manuel Atienza; en donde confluyen razones de tipo lógico, de carácter sustantivo y de razonabilidad persuasiva. Por ello, la importancia de delimitar apropiadamente el contexto de descubrimiento del contexto de justificación es de una importancia

capital dentro del razonamiento probatorio porque deben colmarse los tres ámbitos que garantizan el estándar de racionalidad deseado.³³

Asimismo, en la valoración hay ciertos tópicos que a partir de la intermediación generan implicaciones que afectan o ayudan en el ámbito racionalizador de la decisión porque pueden enfrentarse con las versiones en conflicto y, se ocupan de utilizar fuentes críticas de fuerte contenido, para que el método de adquisición del conocimiento de los hechos garantice un proceso y producto del razonamiento que sea suficientemente persuasivo y coherente de los enunciados que se consideran demostrados.

En esto, el proceso de selección normativa entonces encuentra su apoyo al establecer mediante la argumentación razonada y motivada de los enunciados que sobre hechos se consideran acreditados para atribuir una serie de consecuencias jurídicas al acto material concreto. La información que se atrae mediante este tipo de razonamiento es la fuente directa de cómo los efectos normativos desplegarán sus contenido en el mundo de las personas. Así, el sentido del hecho no es lo que genera la conclusión normativa; sino el razonamiento establecido mediante una motivación reforzada que logra explicar de forma persuasiva, coherente y consistente, la manera en que el hecho puede trascender al ámbito del derecho en su expresión de aplicación operativa.

El complejo proceso a través del cual el mundo de los hechos, mediante adjudicación de valor ponderativo, adquiere una relevancia digna de interés para el derecho ha sido obtenida precisamente a partir de una serie de argumentos que, en función de las múltiples dificultades que presenta su llegada al proceso y el conjunto de directrices que deben tomarse en cuenta para la valoración de las pruebas, imprime su significación una vez que se traducen los razonamientos de convicción en el fallo con el que concluye el proceso judicial.

La motivación como proceso racionalizador en materia de hechos es la oportunidad de consolidar la legitimación democrática del discurso judicial que a través de sus efectos concretos permite que los datos probatorios valorados lleguen a través de un proceso de inferencia verificable para evitar saltos lógicos,

³³ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Ed. Trotta, 2016, pp. 110-117.

conclusiones sin sustento, automatismos acríticos o apreciaciones subjetivas; debido a que la garantía de la que provee la argumentación jurídica a la jurisdicción consiste en que examinar de forma transparente los motivos que han conducido el razonamiento del juez, para tomar una decisión, pues es susceptible de control su justificación.

2.5 Conclusiones

El debate entre verdad formal y verdad material puede tener una salida adecuada, en términos de racionalidad, a partir de que se advierta que existen operaciones distintas entre ser verdadero y ser tenido como verdadero; o mejor dicho, ser aceptado como verdadero, puesto que este último consta de que no existan paralelamente varias verdades que se mutiplican de forma incoherente con el mundo judicial.

Por el contrario, el acento está en establecer una diferencia de grado entre la proposición expresada y, el ejercicio valorativo del juez que permite determinar una conclusión fáctica acerca de lo ocurrido. De esta forma, para que existan efectos jurídicos constitutivos de una acción de trascendencia para el derecho, lo relevante es que el enunciado fáctico sea tratado como verdadero,³⁴ en el sentido de que se ha aceptado la condicionante empírica que se traslada al jurídico.

En materia de prueba científica existen una serie de debates que inclusive la confunden con la prueba pericial, lo cual será materia de estudio en el capítulo siguiente; sin embargo, ambos tipos de prueba adolecen del mismo defecto funcional y operativo en la conformación de la valoración de estas, en razón de que sus condiciones de desahogo bajo requerimientos metodológicos y técnicos les ha concedido acríticamente una suerte de garantía de certeza, fiabilidad e infalibilidad. Cuando en realidad, todo medio de prueba está condicionado necesariamente a una reflexión crítica, por parte del decisor, para explicitar las razones por las que dicha prueba acredita los enunciados sujetos a debate.

En esta dirección, de evitar la automática concesión de plenitud de eficacia a este tipo de pruebas, no solo es relevante el aspecto atinente a la racionalidad

³⁴ Wróblewski, Jerzy, *The judicial application of law*, Boston, Ed. Kluwer, 1992, p. 152.

discursiva y justificativa que se logra mediante la construcción argumentativa de una serie de requerimientos desde lo formal, material y pragmático; también se deben observar una serie de principios y exigencias que propicia y detonan una regulación probatoria de incorporación, desahogo y valoración de este tipo de pruebas, para asegurar que su campo de desarrollo tenga un ambiente de legalidad, bajo el cual entonces pueda proporcionarse un escenario de control de la motivación exigente y reforzado, para lograr los fines epistémicos del proceso.

La legitimación democrática de los decisores en materia de hechos dentro de los procesos judiciales, deben su obligación a la morfología racional de las sentencias, mediante una motivación reforzada que permita, de forma imparcial, establecer estas razones frente a terceros, como un auditorio social que esté dispuesto a compartirlas, por su racionalidad, razonabilidad y persuasión. De esta manera, la cara de los jueces, en el complejo mundo de racionalizar la prueba científica, encuentra varios elementos para reclamar su confianza a la ciudadanía, sin atribuir resultados inmediatos a una prueba, solo por su adjetivización de científica.

El deber constitucional de motivar supone que existen razones válidas para ponderar el resultado de la actividad probatoria. El método expositivo de la justificación demanda orden, sistematicidad, organización, coherencia y universalidad. La secuencia discursiva de la justificación es parte del deber constitucional y de una expresión de legitimación de los jueces en los estados constitucionales democráticos de derecho. La motivación representa una crítica razonada de la compleja actividad de la convicción y valoración de las pruebas, procurándose evitar cualquier vacío que impida un fuerte escrutinio deliberativo desde la racionalidad universal.

La decisión judicial en materia de pruebas es el resultado de un estado racional de motivación que se produce gracias a la adquisición del conocimiento mediante un método y curso de acción ponderativa que hace del razonamiento un espejo de justificación objetivo, explicativo, verificable y susceptible de control judicial, en tanto garantía de la calidad en el resultado y de rigurosidad analítica, lo cual se logra

cuando la jurisdicción asume la fuerte convicción del papel que juega la justificación en el proceso judicial y su decisión final.

Para Marina Gascón y Alfonso García Figueroa la motivación en materia de hechos no debe encontrar resistencia dentro un estado constitucional de derecho, ni suponerse innecesaria porque impera el arbitrio judicial; por el contrario, hoy ante los modelos judiciales en que impera la inmediación resulta cuanto de mayor importancia; así lo establecen:

“[...] en un modelo cognoscitivista la motivación no es innecesaria ni es imposible. Si valorar la prueba consiste en determinar si las afirmaciones introducidas en el proceso a través de los medios de prueba pueden entenderse verdaderas (o probables en grado suficiente), o sea en estimar su correspondencia con los hechos que describen, entonces es necesaria la motivación, es decir, la explicitación de las razones que apoyan la verdad de esas afirmaciones. Si así no fuese, la valoración más que libre sería libérrima, subjetiva y arbitraria, con lo cual se abandonarían el cognoscitismo (y la racionalidad) para entrar en el campo puro del decisionismo judicial. No pueden ser más desafortunadas a este respecto tanto la habitual interpretación del principio de inmediación, como la conocida figura jurisprudencial de la valoración o apreciación conjunta de la prueba [...]”³⁵

³⁵ Gascón, Marina y García Figueroa, Alfonso, *Interpretación y argumentación jurídica*, San Salvador, Ed. Escuela de Capacitación Judicial, 2003, p. 219.

Capítulo 3

La prueba pericial: retos y tensiones para la racionalidad argumentativa

El capítulo final se divide en tres apartados. En el primero, se precisan las diferencias y similitudes teóricas y prácticas que existen entre prueba pericial y prueba científica. En la segunda parte, se describen los estándares necesarios para la valoración probatoria, a partir de dos aspectos: la teoría de la prueba y la interpretación constitucional que ha desarrollado la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Finalmente, la tercera sección dedica atención a la valoración de la prueba pericial en documentoscopia y grafoscopia, para reflexionar sobre los retos y tensiones que se exigen en esta materia en particular.

3.1. Introducción

A partir de lo explicado en los capítulos anteriores, se pueden sostener las siguientes premisas que hacen integral el análisis planteado sobre la cercanía que tiene la búsqueda de la verdad y la justicia dentro del proceso judicial y, que la forma de asumir una postura objetiva cognoscitivista reclama de un profundo compromiso normativo con la motivación reforzada mediante la cual se pueda verificar y controlar el razonamiento probatorio, como medida de garantía democrática de la función de los tribunales judiciales; entonces, se puede unir todo ello, con la necesidad lógica de plantear que estos mismos propósitos y canal de argumentación legítima es de lo que debe impregnarse también en materia de prueba pericial y de prueba científica.

Es falsa la idea de que este tipo de pruebas (pericial y científica) por su metodología y supuesta científicidad garantizan automáticamente resultados epistémicos que no exigen una mayor esfuerzo argumentativo porque de ellas se obtiene directamente la averiguación de la verdad y, por ende, todo ello facilita el camino a la justicia, pues ello pasa por una reacción superficial que muchas veces contamina el proceso de valoración probatoria porque los tribunales conceden pleno valor probatorio, sin mayor argumentación, visión crítica ni consideraciones de racionalidad y razonabilidad.

Por lo tanto, ha sido de gran utilidad establecer que dichas pruebas no están exentas de reclamo argumentativo, para perseguir los propósitos últimos que dan sustento al proceso judicial (verdad y justicia). En este sentido, se ha tomado posición de que el análisis de los hechos no es una tarea abstracta porque pasa por un complejo escenario donde la epistemología y la teoría tienen una relación natural. En efecto, la metodología empleada en cualquier decisión que implique la valoración de pruebas, es una ruta que exige armonizar valores desde la racionalidad, de modo que la dimensión sustantiva del proceso precisa de un acercamiento epistémico de objetividad interpretativa, para adentrarse al mundo de los enunciados fácticos materia de prueba, desde un conocimiento operativo y funcional apegado a la realidad.

El planteamiento del objetivismo crítico requiere que la valoración y evaluación tenga presente las limitaciones de la apreciación y comprensión de los hechos. Sin embargo, no se desvincula de un par de requisitos que son de suma importancia para el campo de aplicación práctico: la regulación procesal y la carga argumentativa reforzada, cuyas raíces echan profundidad en las cuestiones de la verdad y la justicia; esto es, en los valores universales de corrección y legitimación de las decisiones judiciales.

Para lo anterior, se ha tenido que explicar con detalle que en el debate entre verdad formal y verdad material lo más adecuado es salir de la incoherencia que permite hablar de dos verdades distintas y, en su lugar, poner el acento en las diferencias de grado entre las proposiciones y el ejercicio valorativo por parte de los jueces; con ello, el enunciado fáctico sujeto a demostración pasa por el esquema que importan sobre reglas de la prueba, estándar de prueba y, valoración de la prueba, para determinar si existen las condiciones de aceptar como verdadero o probablemente verdadero el enunciado fáctico materia del debate judicial.

Es relevalante todo ello en materia de prueba científica y prueba pericial porque estas no están desvinculadas de estos problemas y, para garantizar una valoración adecuada no es suficiente con tener solamente acreditados sus requerimientos metodológicos y técnicos, ya que su análisis debe pasar por esa reflexión crítica

que propone precisamente el objetivismo crítico que exige de una posición argumentativa reforzada.

En este sentido, este tipo de pruebas no van aisladas además de la regulación operativa y funcional dentro del proceso, pues exigen que se colmen una serie de principios procesales que logran garantizar lo más posible, en términos de gradación de racionalidad, la posibilidad de esquivar cualquier resquicio de arbitrariedad en su valoración.

Además, como ya se decía, su valoración exige de un ejercicio de racionalidad discursiva y justificativa que solo es posible a través de la construcción argumentativa de una serie de requerimientos desde lo formal, material y pragmático; como parte de una motivación exigente que postula el cumplimiento de la legalidad, la rendición de cuentas y la razonabilidad que son partes necesarias en la legitimación democrática de los decisores judiciales. De este modo, los jueces, al racionalizar la valoración de la prueba científica, también dan salida a la expresión epistémica del proceso que se traduce en justicia y verdad, desde una óptica universalista, sistémica y coherente.

Con estos elementos epistemológicos, teóricos y normativos regulativos es posible adentrarse en la definición de la prueba científica y la prueba pericial, con el fin de señalar los estándares necesarios para su valoración y, con ello, al identificar cuáles son los retos y tensiones que existen en la valoración de determinadas periciales, poder utilizar todo lo anterior, como un respaldo sistémico en el ejercicio práctico de la argumentación judicial en materia de hechos.

3.2 Distinciones entre prueba científica y prueba pericial

La ciencia goza de cierta idealización porque se asume como una certeza de conocimiento universal garantizado. La ciencia parece algo siempre confiable. Su confianza se ha trasladado a los ámbitos del proceso judicial porque es cada vez más frecuente ver la necesidad de llevar a los expedientes judiciales pruebas que tengan algún contacto con la ciencia.

Sin embargo, es necesario que exista un control judicial sobre la fiabilidad y relevancia de lo que estas pruebas arrojan al procedimiento, como un elemento que

busca garantizar una mayor probabilidad de acierto en la toma de decisiones judiciales.³⁶

El juicio de relevancia tiene interés en que los elementos que se aporten tengan claramente una relación inmediata y probable con la demostración de la existencia de un hecho y, depende de circunstancias muy concretas acorde con las cuales, la complejidad y naturaleza de los hechos es fundamental. En la falibilidad comienza a presentarse una serie de cuestiones e interrogantes acerca del carácter científico de este tipo de pruebas, como signo que expresa precisamente su aceptabilidad o credibilidad. En ambos casos, el juez debe fungir, además de un filtro en el control judicial de la falibilidad y relevancia, también un *consumidor sofisticado*³⁷ del conocimiento científico; o dicho, en palabras de lo que se ha explicado, un agente posicionado desde una visión epistémica de objetivismo crítico.

La garantía de la que proveerá una prueba (pericial o científica) debe radicar en evitar el elogio a la científicidad y, someter a control judicial y racionalidad justificativa su poder de demostración de los enunciados sujetos a debate en el proceso judicial. Aunque entre prueba pericial y prueba científica, puede existir una diferencia de grado, cuando la primera no tenga este cariz de científicidad; lo más relevante del análisis es precisamente marcar claridad en esa frontera entre la científicidad como criterio entre ciencia y no ciencia, para evitar precisamente aquellos problemas de ingenuidad metodológica.

Para Vázquez, la fiabilidad, por ejemplo, de una prueba pericial viene constituida por información empírica que tiene relación con respecto a si, *a)* cuando se produce en condiciones adecuadas es posible prever que alcanzará resultados consistentes x número de veces y, *b)* se ha comprobado sólidamente que tiene la capacidad de establecer lo que pretende establecer. Ahí están las claves para el juicio de fiabilidad que repercutirán en la racionalidad valorativa de la prueba en cuestión, unido al control judicial del que se habló.³⁸

³⁶ Vázquez, Carmen, "Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial", *Anuario de Psicología Jurídica* 2014, núm. 24, 2014, p. 66.

³⁷ *Ibidem*, p. 67.

³⁸ *Ibidem*, p. 72.

3.3 Los estándares de valoración probatoria

Hoy en día los estándares de valoración probatoria adquieren una dimensión de importancia en todos los procesos judiciales. En cada proceso son variables las condiciones de interés e importancia, de acuerdo a la naturaleza de estos estándares probatorios que pueden ir desde la forma en valorar las presunciones hasta la forma de valorar la prueba pericial o la prueba científica. En gran medida, también ello depende de la serie de aspectos que deben abordarse por virtud de la complejidad de los hechos o naturaleza de estos, de acuerdo con los casos judiciales.

Por lo anterior, debe profundizarse cómo la teoría de la prueba impacta en la práctica jurídica del desahogo de las pruebas pericial y científica. En la actualidad los litigios judiciales en los que se depende de un documento base de la acción bajo el cual el accionante pretende obtener o reclamar un derecho propio, que cree se ha violado, o por el contrario se defiende de una acción, se depende precisamente de la veracidad de dicho elemento cuestionado. Es ahí donde en este tipo de juicios, todo depende de la validez o invalidez de dicho documento; por esa razón, el juez debe ayudarse de un experto, de un perito que dé cuenta de la veracidad del objeto, documento base.

La actividad pericial ha tomado un gran auge en Querétaro, en años pasados el Estado contaba con un mínimo de especialistas de la materia, con la llegada de institutos a la capital se inició una pluralidad en el servicio en materia pericial, mayor competencia. Por ejemplo, en 2007 nace el Colegio de Peritos Forenses, Asociación Civi, como el primer colegio e peritos en Querétaro. Al existir los servicios de peritación por consecuencia los abogados en su accionar o defensa señalan los documentos o firmas como falsas y, así el ramo creció y con ello una diversidad de criterios en la elaboración de los dictámenes; lo cual ha generado una serie de problemas importantes.

La valoración de la prueba pericial ha enfrentado la duda ante la diversidad de criterios; además, la ciencia y adelantos tecnológicos han rebasado las viejas prácticas de la película fotográfica dando paso a sofisticados aparatos de investigación más los nuevos paradigmas en la valoración de la prueba que han

nacido implicando así, diversos grados de científicidad que exigen una revisión escrupulosa sobre la investigación de los hechos para llegar a la verdad más próxima y que el juzgador obtenga elementos de convicción para su sentencia.

A modo de ilustración, el sistema judicial antes de la reforma del 2008 tuvo cierta inclinación hacia las pruebas que permitían establecer hechos propuestos por las partes, dentro de estas pruebas, la prueba pericial ha sido de las más valoradas debido a su grado objetivo, que se debe mencionar que cuenta además con cierto grado de subjetividad.

La importancia de la prueba pericial dentro del procedimiento versa en lo que Baytelman y Duce³⁹ definen como la responsabilidad judicial durante el proceso que involucra el resultado de la prueba pericial expuesta por los expertos y la determinación de los jueces respecto a su pronunciamiento, de esta manera se vuelve relevante la integridad de los especialistas, los métodos utilizados, practicados y los resultados obtenidos.

Se trata de una responsabilidad judicial que permite sustentar la información respecto a los hechos litigiosos puestos en práctica. Una de las pruebas periciales más utilizadas en materia civil, es la prueba de documentoscopia y grafoscopia en especial porque de forma constante los documentos base de la acción se ponen en duda en cuanto a su autenticidad.

En materia pericial, Rivera nos refiere tres elementos del conocimiento científico en la prueba, la experimentación, la verificación y la racionalidad; por lo que lo expresa de la siguiente manera:

“[...] La necesidad de construir el fundamento racional de conocimiento que pertenecen al campo de la experiencia empírica y no al de la lógica demostrativa resulta común a diversos sectores del conocimiento [...]”⁴⁰

El autor observa la importancia de probar demostrando, experimentando y a través de razonamientos que prueben la validez de los juicios. La prueba pericial es

39 Baytelman Andrés y Mauricio Duce, *Manual de Litigación en Juicios Orales*, Santiago, Ed. Centro de Estudios de Justicia para las Américas (CEJA), 2004, p. 125.

40 Rivera Morales, Rodrigo, *Teoría práctica y valoración de la prueba. Legislación y jurisprudencia*, México, Ed. Editor, 2018, p. 2.

una herramienta a través de la cual el juzgador se nutre de información que no puede deducir por requerir información técnica o de ciencia que no está a su alcance.

Inclusive, esto mismo ha sido materia de interpretación constitucional por los tribunales federales, en concreto al siguiente tesis, que sobre la actividad pericial, se estableció:

“[...] es una actividad procesal desarrollada en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministran al Juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de la gente; su función tiene indispensablemente un doble aspecto: a) verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común del Juez y de la gente, sus causas y sus efectos; y, b) suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos para formar la convicción del Juez sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente [...]”⁴¹

Lo que necesariamente se sigue, los peritos deben cumplir con una serie de requisitos de preparación profesional, además de la cedula profesional. Los peritos deben guiar su actuar con ética, conducirse con independencia mental, honradez y no haber sido condenado por algún delito, entre otros conceptos, se omite manifestar las formalidades del ofrecimiento, objeción, aceptación, presentación, deshago de prueba, dado que no es el tema a tratar.

La citada tesis sigue rezando en cuanto a la valoración de la prueba:

“[...] en la valoración de las pruebas existen los sistemas tasados o legales y pruebas libres, o de libre convicción. Las pruebas legales son aquellas a las que la ley señala por anticipado la eficacia

⁴¹ Tesis VIII.1º.31K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, octubre de 1999, p. 1328.

probatoria que el juzgador debe atribuirles... Así, el Código de Comercio... dispone que ..., los instrumentos públicos, ..., hacen prueba plena satisfechos diversos requisitos; Por otra parte, las pruebas de libre convicción son las que se fundan en la sana crítica, y que constituyen las reglas del correcto entendimiento humano. En estas interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del Juez, que contribuyen a que pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. ...el Juez debe decidir con arreglo a la sana crítica, esto es, sin razonar a voluntad, discrecionalmente o arbitrariamente.[...]"⁴²

Luego entonces, para que su valoración se adecuada y, así evitar caer en arbitrariedades e injusticia por parte de los juzgadores, la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que en la valoración de las pruebas existen los sistemas tasados o legales y pruebas libres, o de libre convicción. En la libre convicción el ejercicio se funda en la sana crítica y que constituyen las reglas del correcto entendimiento humano. En estas interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del Juez, que contribuyen a que pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. De esta forma se advierte que el sistema tasado y el sistema de libre convicción tienen sus propias características al momento de valorar las pruebas. verbigracia, esto tiene especial repercusión de acuerdo a las materias civil o mercantil, cada materia goza de una serie de reglas específicas que también influyen en la producción y valoración de esta prueba.

De acuerdo a lo anterior, el valor probatorio va a depender del convencimiento, de la credibilidad que obtenga el juez, y se da cuando las conclusiones están en relación con los fundamentos, motivaciones y armonía lógica. Sin contrariar las normas generales de la experiencia y los hechos notorios, porque el juez puede negarse a aceptar las conclusiones probatorias.

La valoración en base a la libre convicción tiene como norma las reglas del correcto entendimiento humano, la reflexión respecto a esto sería... ¿Cuáles son

⁴² Op. Cit. Tesis VIII.1º.31K..

las reglas del entendimiento?, aún cuando la citada tesis refiere a: 1. “Las reglas de la lógica...”, en este sentido se deja abierta cualquier posibilidad y razonamiento correcto o incorrecto, no hay una base sólida de las reglas, se podría proponer desarrollar tablas de verdad,⁴³ 2. Reglas de la experiencia del juzgador, se dice que éstas se basan además, en la sana razón y conocimiento experimental de las cosas sensibles, al citar sus procesos sensibles e intelectuales, la pregunta es ¿existe un método definido para determinar la sensibilidad? No lo hay, luego entonces la sana crítica es la aplicación de la lógica y la correcta aplicación de las proposiciones de la experiencia vivida por el juzgador.

Continuando el análisis, otra temática relevante es la debida fundamentación para que tenga valor probatorio. Las pruebas periciales son variables, se dice que el peritaje es un acto humano por encargo, que el experto debe por ministerio de ley verificar los hechos, causas y efectos, en base a sus técnicas científicas, experiencia, que conoce y aplica de manera demostrativa y explicativa, fundada y convincente, con la finalidad de presentar sus argumentos y conclusiones de manera clara, exactas, ausentes de vacilaciones con una lógica relación entre los hechos y los fundamentos, ya sea para convencer o ilustrar, acerca de los hechos el juzgador.

Carmen Vázquez⁴⁴ plantea que la actividad tanto de las partes como del juez para allegarse de elementos de convicción a través del principio contradictorio citando a los peritos confrontando y preguntando aquello que se considere oportuno para dilucidar la materia de debate a través de esta prueba; sin embargo, este tipo de prácticas son poco recurrentes en el ámbito forense judicial y, por lo tanto, se supedita el valor que pueden arrojar este tipo de pruebas en los procesos al ámbito subjetivo de los tribunales; en lugar de impulsar la visión objetivista crítica que demanda el modelo probatorio moderno.

Un claro ejemplo de ello, se puede identificar en la citada sentencia dictada dentro del amparo directo 230/2018, fallada el 27 de septiembre de 2018, por el

⁴³ Vazquez, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2015, p. 77.

⁴⁴ *Ibídem*, p. 283.

Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Vigésimo Segundo Circuito con residencia en Querétaro; a través del cual, se concedió el amparo precisamente porque el órgano constitucional detectó que el Tribunal Superior de Justicia responsable había valorado de forma deficiente las periciales que se habían aportado al expediente natural.

En el juicio de origen, se sostenía que había sido falsificada la firma que aparecía dentro de un testamento cuestionado, virtud de que la persona a la que se le atribuía dicha suscripción, contaba con más noventa años al momento de ese cambio y, por los motivos propios de su edad, tenía imposibilidad para estampar su voluntad en un testamento que modificaba por completo uno anterior, para establecer como único y universal heredero a quien se favorecía con ese nuevo testamento.

Al respecto, en la ejecutoria de amparo, resulta de importancia al tema de esta investigación, el hecho de que precisamente el tribunal Colegiado identificó que había una valoración dogmática y aislada de los datos que aportaban las periciales, puesto que se consideraban superadas en su contenido, ante el solo factor de que el testamento constaba ante fedatario público y, por su propio carácter, su actuación gozaba de una presunción *iuris tantum* de validez.

Por tal motivo, dicho tribunal rescató que en el juicio se cuestionaba precisamente esa documental y, al efecto se habían ofrecido las periciales en grafoscopía, para determinar la autenticidad de las firmas plasmadas en el testamento; de modo que en el fondo se señalaba que dicha documental ante notario no constituía una verdad absoluta y, era necesario valorar las periciales en su justa dimensión y propósito, de manera fundada y motivada; es decir, a través de una justificación razonada, para determinar claramente cuáles eran los motivos para desestimar su valor probatorio en el juicio, ante las circunstancias especiales de este.

Con este ejemplo, se puede advertir precisamente la necesidad de que, como lo sostiene Carmen Vázquez, es necesario tener una actitud crítica en el análisis de estas pruebas, unida al estudio detallado de la actividad contradictoria que ejerzan las partes dentro del juicio, para confrontar lo que se sostiene para sus pretensiones

y, a partir de ello, provocar una valoración razonada y debidamente justificada de los tribunales; lo cual no aconteció en el caso expuesto y, que suele presentarse como una constante en el ámbito judicial de México.

3.4 Los retos y tensiones para la valoración de la prueba científica y pericial

A continuación, una vez que se ha reflexionado de manera teórica los problemas acerca de la valoración de la prueba pericial, es de interés comentar algunas cuestiones adicionales que pongan sobre la mesa el debate que existe acerca de estas pruebas, en especial en materia de documentoscopia y grafoscopia, para advertir cuáles son los retos y tensiones que deben resolverse en el futuro inmediato, desde un enfoque epistémico del proceso judicial que persigue la verdad y la justicia apoyándose en una legitimación discursiva sobre los tribunales que se obtiene a través de una sólida motivación reforzada que se logra con el dominio de la teoría de la argumentación jurídica.

Antes de seguir argumentando, se considera relevante conocer un poco más sobre lo relativo a las pruebas en documentoscopia y grafoscopia. La documentoscopia es la disciplina de la criminalística auxiliar en el derecho procesal que se ocupa del análisis, descubrimiento y verificación científica de cualquier alteración, por lo que estudia a través de la persona experta, los llamados documentos dubitados o cuestionados incluida la grafoscopia toda vez que aquella comprende a ésta última.

Del Piccha define a la documentoscopia como la disciplina relativa a la aplicación práctica y metódica de los conocimientos científicos, objetivando verificar la autenticidad o determinar la autoría de los documentos que proviene de dos vocablos del latín *documentus* (*documento*) y del griego *copain* y *logos* (observar examinar).⁴⁵

⁴⁵ Del Picchia José, Celso Ribeiro y Ana Maura Goncalves, *Tratado de Documentoscopia: La falsedad documental*, Buenos Aires, Ed. La Roca, 2006, p. 39.

Por su parte, Martín Ramos define a la documentoscopia como la ciencia que examina o que investiga los documentos.⁴⁶ Este vocablo es el último aceptado por la comunidad científica, con antelación se le ha dado otros nombres que por demás están limitados como grafoscopia, grafística y grafotécnica, pues debido a que el término *grafos* es el estudio de los gestos gráficos con el objeto de verificar la autoría de las gramas. Con ello en sentido amplio la documentoscopia tiene como objeto de estudio de los documentos, por ejemplo, en el código penal español, indica Ramos, tal prueba se refiere a *todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*.⁴⁷

Otro vocablo que igual tiene relación con el estudio de los documentos es la documentología que para Velásquez es la *semiología del documento* y la define como un cuerpo estructurado de procedimientos científicos y técnicos aplicable a la investigación y demostración de la naturaleza, origen y condiciones específicas del documento escrito y a través de estas determinaciones, a la verificación de su autenticidad.⁴⁸ Este documento podría constituir cualquier aspecto físico, simple o compuesto, capaz de recoger, albergar y difundir un mensaje, o bien, cualquier cosa que sirva para ilustrar o comprobar algo; entonces, el objeto de estudio es el *documentus*.⁴⁹

Velásquez añade que tiene auténtico carácter documental, al lado de otros escritos, los monumentos megalíticos primitivos; los quipos o cordones con nudos de los incas del Perú, los cuerpos que transmiten información. Entonces, *lato sensu* la expresión documento nos indica cualquier cosa que sirve para ilustrar, se habla de cualquier ser físico no olvidemos las imágenes virtuales. Una interrogante al respecto, de esta afirmación es si ¿Un cadáver mutilado, con ciertas marcas mensajeras, sería también un documento objeto de estudio criminal? En México el crimen organizado ha enviado mensajes a través de estos cuerpos ya sea a las

⁴⁶ Ramos Martín, *Documentoscopia. Método para el peritaje científico de documentos*, Madrid, Ed. La Ley, 2010, p. 50.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 163.

⁴⁸ Velásquez Posada, Luis Gonzalo, *Falsedad documental y laboratorio forense*, Bogotá, Ed. Señal Editora, 2004, p.119.

⁴⁹ *Ídem*.

autoridades o a sus enemigos, entonces bajo el marco conceptual se convierte en objeto de estudio de la documentoscopia.

Por otro lado, Lomelí cita veinticuatro criterios que rigen a los documentos en general, entre ellos: distinguir el continente (base donde se plasma) y contenido (es el acto); [a decir de Lomelí], el autor del documento es aquél que lo manda hacer no el que lo hace materialmente [pudiendo coincidir éstos]; la fecha, día y hora; autenticidad; firma; las condiciones de validez en determinado acto; la declaración contenida; la suscripción; públicos y privados, entre otros.⁵⁰ Tiene cierta relación con la legislación procesal que reconoce entre documentos públicos y privados, informes, dictámenes periciales, fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y, en general, todos los elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia y la tecnología.⁵¹

Velásquez comenta que la estructura del documento contiene dos clases de elementos: los estructurales que son el corpus o ingrediente natural, el *animus* que representa el contenido ideal y los accidentales o referencias, se refiere al orden subjetivo, el autor y dos objetivos la fecha y el lugar de elaboración.⁵² En los litigios cuyo origen es un documento base de la acción y éste se objeta adopta el término de documento dubitado o cuestionado, ya sea modificación parcial o total en su corpus, animus o elementos accidentales y referenciales serán motivo de estudio y análisis en la prueba pericial en documentoscopia.

Martin Ramos refiere que el ámbito de la documentoscopia es muy vasto y concreta cuatro puntos de partida en su estudio: 1) establecer si un documento es autentico o falso total o parcialmente; 2) identificar al autor o autores; 3) saber cómo se ha realizado y; 4) investigar su estado físico.⁵³

Asimismo, por lo que ve al cuerpo del dictamen la doctrina presenta una serie de elementos mínimos que se deben observar en la elaboración de una prueba,

⁵⁰ Lomelí González, Hilario, Lomelí, Rita y Lomelí, Miguel Ángel, *Sistema de falsificación de documentos en general. Grafoscopia y documentoscopia*, México, Ed. Rehtikal, 2016, pp. 167-170. Nota: Los que esta entre corchetes es del suscrito.

⁵¹ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro.

⁵² Velásquez Posada, Luis Gonzalo, *op. cit.*, p. 121.

⁵³ Ramos Martín, *op. cit.*, p.194.

contiene forma, fondo, fecha y autor. Respecto a las técnicas y métodos es el perito quien decide en base a su experiencia cuales deberían emplear dependiendo de los hechos planteados, pero en todo momento debe atender al estudio y análisis de los elementos extrínsecos, aquello que esta fuera del documento proceso de elaboración, e intrínsecos como son el texto, o cualquier información y la firma sujetos a estudio.

Lo más común en el estudio de grafoscopia es el análisis según Lomelí, de los aspectos subjetivos como son la velocidad, presión muscular; los elementos del grafismo que son: desenvolvimiento gráfico, inclinación axial de los tipos, los alineamientos y espaciamientos gráficos, relaciones de proporcionalidad y presión gráfica. Además la fisonomía o morfología gráfica que corresponde a la forma de la escritura, dirección e inhibición; de igual forma, los elementos formales de la escritura que son: trazos, grado de enlace, caja del renglón y gesto gráfico.⁵⁴

Respecto a la documentoscopia, de igual manera se debe observar qué objeto es y cuál es el objetivo a llegar, por lo regular es la determinación de altitudes, longitudes, paralelismos, posiciones, concordancias, tipo de papel, tipografía, tipos de impresión, el corpus, espacios, ubicación, abuso de espacios en blanco, entre otros. Lomelí presentan una lista de los conceptos necesarios para un dictamen en documentoscopia a efecto de determinar si los documentos fueron raspados, borrados, mutilados, lavados, alterados o modificados de alguna forma. Es menester fijar la manufacturación de uno o varios de los fragmentos del documento, parcial o totalmente, especificar con qué tipo de materiales o herramientas, así como los procedimientos o métodos seguidos en que se ha gestado el documento, inquirir acerca de cualquier otro dato que posea la pieza documental que pudiera aportar información sobre su origen, manejo, alteración o si estos son parcialmente alterados o totalmente falsos.⁵⁵

Una prueba de documentoscopia es fiable cuando el perito cumple en primer lugar con los métodos necesarios y aplicables al hecho investigado, esgrime de forma lógica y clara la estructura de su dictamen, ilustra en el cuerpo del dictamen

⁵⁴ Lomelí González, Hilario, Lomelí, Rita y Lomelí, Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 269-271.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 191-193.

las gráficas, los señalamientos, operaciones los experimentos, comparaciones metodológicas y técnicas ya señaladas, esto lo relaciona con los principios de la documentoscopia, emite sus conclusiones no de forma contradictoria, más bien coherente e hila sus razonamientos. Por su parte, un dictamen dogmático es dudoso como puede ocurrir en algunos casos, verbigracia del perito tercero en discordia que en ocasiones que se limita a manifestar su beneplácito por alguno de los peritajes exhibidos.

Para lo anterior, el perito cuenta con métodos para aplicar de acuerdo a la materia que va a dictaminar, ya sea documentoscopia o grafoscopia, algunos de estos métodos son: historico, inductivo, deductivo, comparación formal, grafológico, caligráfico, scopométrico, grafométrico, grafocinético, grafocrítico, comparativo formal por citar algunos. Material y equipo utilizado en la elaboración del dictamen, merece especial atención ya que es la forma en que el perito demuestra como llevo a cabo la aplicación de las técnicas de análisis, observación, experimentos y estudio de los hechos.

Respecto a los elementos formales del dictamen específicamente en documentoscopia y grafoscopia en México no se tiene un modelo para elaborar y exhibir un dictamen. Se ha elaborado trabajos, por ejemplo, presentados en 2020 por el Colegio Nacional de Peritos Forenses, asociación civil, en el que se aportó lo obtenido en las jornadas de actualización en colaboración con peritos de la Sociedad Internacional de Peritos en Documentoscopia del Perú.

En dicho documento, se expresaron las siguientes reflexiones, partiendo de que no existe una estructura modelo aprobada por ningún organismo en ambos países, los dictámenes deben reunir requisitos elementales o obligatorios, debe ser por escrito, una estructura lógica, sus partes en forma general son: proemio, objeto de estudio, planteamiento del problema, hipótesis planteada, marco teórico, principios y leyes, bibliografía, material y equipo de estudio, método(s), una metodología, localización del patrón sujeto a estudio y acopio de información, descripción de los elementos de cotejo y estudio tanto dubitados como indubitados, análisis técnico, observación, experimentos, pruebas realizadas, resultados, los razonamientos en

base a los principios de su ciencia, rechazo o comprobación de la hipótesis, conclusiones y anexos descriptivos de las ilustraciones gráficas.⁵⁶

Ahora bien, los requerimientos de acuerdo con la legislación exigen informar todas las operaciones y experimentos que sus disciplinas determinen, por lo que deberá contener, los planteamientos sobre que los verse la prueba (en la práctica se observa que peritos lo manejan como si fuese el cuestionario planteado por las partes), la descripción del hecho sujeto a prueba, los principios en que funde su dictamen, la descripción de tiempo, modo y lugar de las operaciones o experimentos realizados, las conclusiones debidamente fundadas y razonadas en los principios técnicos o científicos. Pero, como mínimo requiere se demuestre principios, leyes, los experimentos y su descripción, así como las conclusiones.

Aunque de lo anterior, se puede deducir que legalmente la prueba pericial requiere lo mínimo y lo básico para la elaboración y demostración de las conclusiones del experto, también es cierto que escapa a la legislación una serie de factores de especial interés para que las partes involucradas pueden conocer con precisión los alcances, condiciones, contexto y aportes que realmente puede brindar una prueba pericial al proceso judicial del hecho concreto, entre las que se encuentran, las siguientes tensiones y retos:

a) De la persona que funge como perito. Los peritos tienen diferentes orígenes en su preparación académica, esto de acuerdo a los registros en diferentes colegios de aquellos, por ejemplo: ingenieros en sus diferentes ramas, civil, industrial, metalurgia, en sistemas computacionales, otras como químicos en alimentos, administradores, contadores públicos, psicólogos clínicos, educativos, criminalistas, criminólogos, médicos, arquitectos, abogados, entre otras disciplinas y ciencias así como diversas carreras truncas. Todos ellos de alguna manera llegan a esta área de la criminalística. Esto tiene repercusiones en la forma, estructura, ideología, incluso lenguaje usado en la elaboración del dictamen probatorio, debido a que los peritajes llevan en si una influencia de dichas disciplinas y estar cargados de ideología de las carreras madre del perito. Lo que conlleva a que el juzgador

⁵⁶ Colegio Nacional de Peritos Forenses, A. C., “Compartiendo experiencias. Estructura del Dictamen Pericial México-Perú”, 2020.

pierda consistencia en los esquemas de su analisis. Por otro lado no olvidemos la ética del perito al manifestar las conclusiones que los jueces califican de alta, mediana o baja probabilidad como lo citan los principios de la criminalística, no pueden emitirse dictámenes perfectos. Por ello, el juez al valorarlos aunado a lo ya manifestado debe tener consciencia de estas limitantes que pueden afectar la neutralidad, imparcialidad u objetividad del perito en cuestión. No menos importante es la actualización del mismo a través de cursos y diplomados en cada año que funja como tal.

b) Los requerimientos de técnica o método. Generalmente las legislación impone la necesidad de utilizar métodos y/o técnicas en la pericial respectiva; aunque no existe una obligación ex profeso de usar algún método o técnica específica, puesto que ello obedece a las características del caso. Como se explicó, uno de los requisitos legales es que se utilice el método adecuado, dejando abierto la utilización variada de métodos. ¿Qué genera esta diversidad, cuáles son las consecuencias? La respuesta es que la interpretación que hacen los juzgadores no tiene consistencia y las bases son diversas. En preguntas a los ingenieros, peritos en documentoscopia, usan incluso métodos matemáticos, los humanistas tienden a ser más subjetivos en sus estudios, otros son más técnicos u objetivos. Por tal cuestión, el sistema de justicia debe buscar una homogenización de estándares metodológicos sobre determinadas disciplinas, estableciendo una obligatoriedad para aplicarlos de la mejor forma posible y en la praxis se realice una valoración probatoria mas uniforme, estandarizada y de facil de interpretar.

c) La estructura del dictamen. Como se ha mencionado la legislación no impone un tipo de estructura de los dictámenes periciales, de tal suerte que no existe un consenso general en la práctica forense. Cada perito, a su elección, experiencia y libertad técnica, científica o artísticas, aterriza la estructura que estima apropiada, al respecto no podemos omitir que existe una relacion directa entre lo que es el hecho en sí y, lo que la parte a quien representa el perito en el juicio pretende demostrar. Esta situación viene a complicar el discernimiento por parte de la autoridad judicial que acaba manifestando en ocasiones la imposibilidad de valoración de las prueba y de acuerdo a su experiencia, que en esta materia es

limitada, decide desestimarla (así ha ocurrido en diversidad de casos, como el relativo al testamento sobre el que se pronunció el amparo en revisión 230/2018 antes citado). Por ese motivo, en los juzgados existe la necesidad de tomar una directriz un protocolo sobre este rubro para evitar injusticias, y cumplir el binomimio verdad y justicia, refrendo de la transparencia democratica. Existen países como España que tiene una norma que exige a los peritos determinados lineamientos e inclusive proveen de un estándar para la elaboración de dictámenes, generándose un modelo para facilitar el entendimiento de dichos documentos.⁵⁷ Que desde nuestra perspectiva es un documento al cual le es correcto perfeccionar.

d) El rol de las tecnologías. En la actualidad, la cuarta revolución industrial de las tecnologías ha generado una completa reconfiguración del acceso a la información y al conocimiento. En lo que refiere al estudio de los documentos motivo de la presente, la tecnología digital, los programas informáticos, las cámaras digitales, los celulares inteligentes, los microscopios portátiles, el scanner, verbigracia en materia de grafoscopia para el caso del aparato *signatur pad*, ya digitaliza firmas, programas expofeso que miden la presión muscular y presentan gráficas y grados de apoyo, programas de animación sobre todo en materia criminal, como el *Foster Freeman* para la inspección de documentos dudosos, los video espectrales han hechos que los peritos evolucionen en las técnicas de acopio de información y procesamiento de datos, pues la simple cámara analoga ya quedó atrás, la camara digital esta iniciando en la practica un proceso de deshuso debido a los nuevos celulares con camaras asi los nuevos aparatos opticos de analisis documental están diversificandose entonces el reto para los expertos es actualizarse con el equipo acorde a las necesidades imperantes cada vez más exigentes por lo tanto es necesario y pertinente que el personal de juzgados del sistema judicial conozca con más detalle este tipo de avances tecnológicos, saber lo que el perito actualizado presenta, si es correcto o son jactancias y asi emitir con más precisión la valoración de pruebatoria.

⁵⁷ Norma española, UNE 197001, *Criterios generales para la elaboración de informes y dictámenes periciales*. 2011.

e) La cientificidad de la prueba. Un nuevo paradigma permea el ambiente de los doctrinarios y estudiosos del derecho procesal probatorio a nivel internacional, en cuanto al uso de la ciencia y sus métodos en la elaboración de la prueba para la demostración de hechos en los litigios, esto tiene su antecedente en los Estados Unidos de Norte América con el caso *Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceutic*, cuyo caso sentó las bases de los filtros de falibilidad para el conocimiento científico a través de las pruebas. Es momento en que las periciales y pruebas en materia de documentoscopia y grafoscopia ingresen al mundo de la cientificidad de la prueba y, así puedan incorporar métodos, técnicas y teorías usadas en la genesis epistemologica sobre los hechos, todo ello en base a la previa calificación, aprobacion por pares de la comunidad científica, la comunidad criminalistica y criminología, la comunidad documentoscopica con respecto a la validacion de dicha metodología, así como corregir aquello que ha quedado desfasado en la práctica moderna.

f) La valoración de la prueba pericial. En 2020, la Suprema Corte de Justicia en México realizó el Congreso Internacional sobre *“El uso del conocimiento científico en los tribunales”*, donde se propuso elaborar pruebas más científicas coadyuvando, a que el juez tenga elementos mas objetivos para su valoración conociendo con mayor cercanía todo lo que envuelve el complejo mundo de las pruebas periciales y sus fronteras.

La interpretación constitucional del mismo modo se ha ocupado de este tipo de aspectos. Verbigracia en la contradicción de tesis 154/2005-PS, el Alto tribunal estableció una serie de elementos, para que un órgano jurisdiccional pudiera válidamente apoyarse en la valoración de algun experto, entre cuyas, características, están las siguientes: *i)* la evidencia científica sea relevante para el caso concreto en estudio, es decir, que a través de la misma pueda efectivamente conocerse la verdad de los hechos sujetos a prueba, y *ii)* la evidencia científica sea fidedigna, esto es, que se haya arribado a ella a través del método científico, para lo cual se requiere, generalmente, que la teoría o técnica científica de que se trate haya sido sujeta a pruebas empíricas, o sea, que la misma estuvo sujeta a pruebas de refutabilidad; paso por la opinión de expertos, revisión y aceptación de la

comunidad científica; se conozca su margen de error potencial, y existan estándares que controlen su aplicación.

Lo anterior, guarda perfecta armonía con lo sostenido en el congreso referido porque la tesis central verso en que es necesario establecer un sistema racional, de racionalidad concreta, objetiva, con el uso de determinados elementos, entre otros como la probabilidad matemática, el cálculo por lógica o los estándares de las pruebas científicas. En este sentido, la ciencia ha alcanzado a la prueba pericial en documentoscopia y grafoscopia y con ello a los juzgadores, expertos, abogados litigantes e instituciones de educación, por lo tanto, es imperante estar, colocarse a la altura de este un nuevo paradigma para todos los usuarios y actores del derecho probatorio y procesal.

Las pruebas vinculadas con la ciencia que utilizan una metodología gozan de una idealización de su infalibilidad y, confianza plena por parte de la mayoría de los participantes en los procesos judiciales. Sin embargo, aunque el concepto de ciencia tiene un aire de confianza epistémica, siempre debe existir un control sobre su relevancia, falibilidad y proximidad de aportar datos de interés para el conflicto que se resuelve.

En tal sentido, la demostración del enunciado sobre el hecho que se asegura existió, tiene necesariamente que estar unido al ejercicio jurisdiccional mediante el razonamiento coherente, consistente y justificativo, puesto que el carácter científico de pruebas como la pericial no las eximen de someterse a un examen crítico, de los datos que aporta, para ponderar y, ofrecer razones persuasivas de lo que se somete al debate judicial.

La doctrina y la interpretación constitucional coinciden en que la prueba pericial y la prueba científica, para que logren eficacia probatoria óptima, deben colmar ciertos aspectos que se reducen a la idoneidad del perfil que actúa con el carácter de perito, especialista, experto o científico; sino que además, la producción de la prueba misma debe aportar evidencia científica razonable y relevantes; asimismo, tiene que ser fidedigna y, sujeta a verificación, como expresión popperiana refutable o falsificable, como elemento de aceptación de la comunidad científica que permitan confiar en su estándar metodológico.

La práctica forense ha sugerido la necesidad, además, de contar con protocolos o estándares que minimicen el grado de subjetividad o relativismo, en la valoración de las periciales, para lo cual, entre las principales cuestiones se ha expresado la necesidad de que los dictámenes cuenten con lo siguiente: por escrito, con estructura lógica, con proemio, definición del objeto de estudio, planteamiento del problema, hipótesis planteada, marco teórico, principios y leyes, bibliografía, material y equipo de estudio, método o metodología, localización del patrón sujeto a estudio y acopio de información, descripción de los elementos de cotejo y estudio tanto dubitados como indubitados, análisis técnico, observación, experimentos, pruebas realizadas, resultados, los razonamientos en base a los principios de su ciencia, rechazo o comprobación de la hipótesis, conclusiones y anexos descriptivos de las ilustraciones gráficas.

Asimismo, como se ha ejemplificado con un caso concreto, es cada vez más necesario que en el ámbito judicial se provoque una actitud crítica y reflexiva en la valoración de las periciales, habida cuenta que en la práctica persiste una constante de subjetividad acrítica y falta de justificación razonada al estudiar su impacto probatorio; así, el cambio de inercia hacia una motivación reforzada y crítica es el motor que impulsa esta investigación, para mejorar estas prácticas.

En igual sentido, la experiencia forense ha mostrado una especial preocupación por atender factores de principal trascendencia, como lo son: *a)* de la persona que funge como perito; *b)* los requerimientos de técnica o método; *c)* la estructura del dictamen; *d)* el rol de las tecnologías; *e)* la científicidad de la prueba y, *f)* la valoración de la prueba pericial; en los cuales surgen una serie de retos de los que deben ser conscientes los tribunales al momento de emitir la valoración y, todo lo cual además apunta precisamente al deber que tienen los decisores frente a las partes y, a la sociedad en general, de hacer un control judicial y establecer una motivación reforzada en la valoración de pruebas, bajo un estándar de argumentación jurídica de alta calidad, como expresión de su legitimación democrática, a través de la racionalidad que les demanda un estado constitucional de derecho.

Lo anterior, sin olvidar que en gran parte, el debate de las tensiones y retos que se enfrentan las pruebas pericial y la prueba científica tiene mucho que ver con el hecho de que no se ha fomentado una actitud de diálogo abierto, plural, razonable y perspicaz entre las comunidades involucradas (jurídica y especializada); sin embargo, es la parte fundamental para que este tipo de cuestiones se resuelvan de mejor manera y, así se aterricen en la realidad, las finalidades epistémicas del proceso (verdad y justicia).

Así lo opina Vázquez:

“[...] En el ámbito jurídico probatorio es indispensable desmitificar la ciencia y desterrar la actitud cienfocista en su tratamiento judicial. Y, desde luego, queda mucho por hacer respecto a la tarea de valoración de este tipo de conocimientos por parte del juzgador. Las propias comunidades expertas deberían decirnos más sobre cómo nuestros jueces pueden obtener mayor información sobre la calidat de las diversas pruebas periciales. Y, para ello, una cuestión indispensable es el acercamiento entre las comunidades jurídicas y las comunidades expertas, no en proceso judiciales concretos sino en diversos escenarios que permitan un diálogo fructífero entre ambas [...]”⁵⁸

⁵⁸ Vázquez, Carmen, *op. cit.*, p. 72.

Conclusiones

Toda la investigación se ha ocupado de establecer un hilo conductor entre las preguntas iniciales, para justificar la respuesta a tres aspectos fundamentales. El primer aspecto es que el propósito dual de un proceso judicial es la verdad y la justicia. El segundo punto consiste en sostener que para lograr lo anterior, debe caminarse la vereda de la justificación racional, cuya piedra angular es la argumentación jurídica, como elemento determinante de la motivación judicial. El tercer punto ha sido explicar que aun cuando las pruebas pericial y científica gozan de cierto grado de garantía metodológica, virtud de la forma en que se producen, también es verdad que no están exentas de perseguir la justicia y la verdad a través de una argumentación racional sólida, coherente y consistente.

A partir de estas cuestiones, se han explorado una serie de temas de importancia para la teoría de la prueba; los cuales se encuentran en el corazón de la filosofía del derecho y la teoría del proceso judicial. Por este motivo, se han desarrollado una serie de capítulos que justifiquen la forma en que cada una de estas discusiones encuentra conexión con la dimensión práctica del derecho; es decir, con aquello que importa al ámbito forense del enfoque jurisdiccional y, particularmente, las tensiones y retos que deben tener presente los expertos encargados en el desahogo de este tipo de pruebas: los peritos.

Los peritos con esto podrán identificar que la práctica misma de su función en el proceso judicial es una reivindicación de racionalidad de la justificación de los hechos, en lo que confluyen discusiones entre verdad y justicia, como postulados de los modelos que deben permear a todos los procesos judiciales en México y en el mundo. La armonía de este equilibrio importa a varios factores epistemológicos, teóricos y prácticos.

Por eso, la metodología y su constante depuración es un cofre de herramientas invaluable en el ejercicio de su función, debido a que el complejo mundo de la producción, desahogo y valoración de pruebas no es ajeno a los fines valiosos del derecho y, por lo tanto, tampoco lo son este tipo de probanzas. De suerte que un sostén filosófico de probada valía es el objetivismo crítico; a partir del cual, tanto

intervinientes activos, como intervinientes pasivos, en la función probatoria, se alejan de la ingenua neutralidad valorativa, sin dejar todo al relativismo radical.

En otras palabras, todo aquél que participe en alguno de los puntos importantes del mundo probatorio, debe tener en cuenta que la comprensión, apropiación y explicación de los hechos, pasa por un espacio intersubjetivo del sujeto en sí mismo (su conocimiento, sus conceptos, categorías, máximas de experiencia, recuerdos, etcétera); con apoyo en lo cual, atribuirá un resultado a la valoración técnica que formula.

Ese objetivismo crítico es una herramienta epistemológica que evita caer en la ingenuidad ontológica o cualquier posición escéptica, para que el agente sea consciente de sus limitantes, condiciones e interpretaciones. El impulso de esta visión epistémica además garantiza que la ruta metodológica también sea evaluada y, por ende, se busque la más adecuada, sin atribuir, sin mayores garantías, una confianza ciega a este tipo de pruebas (pericial y científica), por su solo aire de cientificidad que las envuelve en un esquema de superioridad acrítica.

La aproximación epistémica que se plantea es parte de una serie de etapas, pasos y niveles, pues inicia desde el momento mismo de su producción (con todo lo que conlleva) y, también, con aquellos en donde surge propiamente su desahogo en el proceso y, eventual valoración y convicción por parte de los tribunales. De suerte que en cada una de estas, hay varios agentes involucrados directa o indirectamente, activa o pasivamente y, quienes deben guiarse por valores universales como la coherencia sistemática y la consistencia fáctica.

Por lo que ahí es donde la epistemología se abre camino en la teoría de la prueba y comienza a conectarse con la teoría del proceso judicial, como una serie de eslabones necesarios para afianzar la racionalidad justificativa que persigue la valoración de las pruebas dentro del proceso judicial, teniendo como ruta de encuentro la verdad y la justicia, pues será a partir de esta brújula que las cuestiones de los hechos, reflejen adecuadamente las consecuencias que el derecho les impone.

La discusión latente entre el debate de verdad formal y verdad material es precisamente ese espacio de la teoría del proceso judicial con el que se conecta el

objetivismo crítico, como posición epistemológica crítica. Por ello, la vía adecuada de conciliación es advertir que existen operaciones distintas entre ser verdadero y ser tenido como verdadero; o mejor dicho, ser aceptado como verdadero, puesto que este último consta de que no existan paralelamente varias verdades que se multiplican de forma incoherente con el mundo judicial.

Con esta diferencia de grado, se establece la posibilidad valorativa del juez para que pueda determinar el grado de probabilidad más cercano de que una conclusión fáctica haya sido efectivamente coherente con el marco empírico acontecido y, así, poder determinar los efectos constitutivos o de adjudicación directa a los hechos materia de juzgamiento.

La pertinencia de tener presente lo anterior envuelve gran relevancia cuando se habla sobre la prueba pericial y la prueba científica porque envuelven precisamente la importancia del debate probabilístico de determinación de la verdad, bajo condiciones de racionalidad, sobre las que no escapa la visión objetivista crítica, ni tampoco el control judicial de la justificación reforzada por parte de los tribunales, como un mecanismo de transparencia y rendición de cuentas de la judicatura que se inserta en un estado constitucional y democrático de derecho.

De tal manera, cuando el deber de justificación es reforzado, entonces, la directriz inmediata exige una actividad discursiva a partir de la argumentación jurídica, desde sus ámbitos formales, materiales y pragmáticos, para así lograr un control judicial pertinente y, funcional con respecto de los principios, reglas, condiciones, etapas y desarrollo del material probatorio dentro del proceso judicial en un marco de legalidad y seguridad jurídica.

Por tal motivo, como se ha explicado, la judicatura inserta en un estado constitucional y democrático de derecho exige de sus tribunales una legitimación democrática que se logra a través de la morfología racional de las sentencias, la motivación reforzada en estas y, la compatibilidad racional, razonable y persuasiva que el auditorio social esté dispuesto a aceptar, como garantía efectiva de lo que demuestran este tipo de pruebas dentro de un proceso judicial; a partir de lo cual, se pueden evitar casos como el expuesto, donde la constante forense es la visión acrítica en la valoración de las pruebas pericial y científica.

De este modo el deber constitucional de motivar las decisiones judiciales a través de una sólida y coherente argumentación en materia de hechos es lo que permite que la discursividad justificativa encuentre un respaldo de racionalidad en la actividad deliberativa, puesto que con ello se deja abierto a la mirada pública, el escrutinio de las sentencia que permiten atribuirles las características de imparcialidad, objetividad y control riguroso de los fines del proceso.

De esta manera, la motivación como parte de la argumentación jurídica representa la motorización de la racionalidad expresada precisamente mediante una serie de condiciones justificativas que permitan introducir al mundo del proceso judicial un enfoque teórico-epistémico que se refleje en forma coherente y consistente con la práctica forense donde gran parte del déficit se encuentra en la falta de exigencia de las partes y, de la sociedad en general, a los tribunales de hacer un esfuerzo superior de mostrar razones válidas de su decisión y las consecuencias legales que adjudican a los hechos en controversia.

Se ha establecido que las pruebas pericial y científica, aun cuando tienen diferencias de grado, gozan de cierta confianza por su carácter cientifista y, esto ha traído como consecuencia que en los tribunales exista una práctica generalizada de concederles plena eficacia probatoria, sin mayor filtro de racionalidad. Situación que conduce a restar coherencia y base sólida a una sentencia que sobre esa creencia cientifista carece de una argumentación jurídica plena.

Por este motivo, la defensa central que se ha desarrollado es que este tipo de pruebas no están exentas de un control judicial adecuado, en su producción y llegada al proceso judicial, como tampoco de una estricta motivación reforzada por parte de los decisores judiciales, para que las partes puedan encontrar un respaldo racional y razonable de las consecuencias jurídicas que se les atribuyen a los hechos del conflicto.

De esta manera, se consolida una versión discursivo justificativa que permita oponer razones universales, coherentes y consistentes a las partes, a la actividad endo-procesal y, a la función extraprocesal de la sociedad en general, como una vertiente de la transparencia y rendición de cuentas que los tribunales están obligados a respetar en un estado constitucional de derecho.

Con este ejercicio de argumentación, desde la jurisdicción, se permite un avance en la teoría discursiva en materia de hechos porque plantea la necesidad de superar la añeja confianza subjetiva en el aire de cientificidad de las pruebas señaladas y, en su lugar, se inclina hacia una visión más amplia y moderna que propone la doctrina contemporánea y la interpretación constitucional, de que la prueba misma debe aportar evidencia científica razonable y relevante; deber ser fidedigna y, sujeta a verificación, para depositar en estas un grado de confianza al valorarlas.

La práctica forense, a la que se dirige parte de las reflexiones finales de esta investigación, pugna por generar principios y reglas homogéneas y universalizables para los tribunales, con el fin de que las pruebas, en especial las periciales, cuenten con un respaldo importante de teoría, técnica, metodología, análisis y estructura lógica, para someterles a un juicio crítico, cuando sean valoradas por el decisor.

Por ese motivo, varios de los puntos que ameritan reflexión radican en los siguientes: *a)* de la persona que funge como perito; *b)* los requerimientos de técnica o método; *c)* la estructura del dictamen; *d)* el rol de las tecnologías; *e)* la cientificidad de la prueba y, *f)* la valoración de la prueba pericial. Elementos que de ser debidamente apreciados por los tribunales, se podría mejorar en gran medida, no solo la producción misma de este tipo de pruebas, sino también su valoración que tanto exige en la práctica lograr los valores epistémicos del proceso: la verdad y la justicia; en aquellos casos específicos que se han puesto de ejemplo, por la relevancia que ahora cobran en la práctica forense, en materia de documentoscopia y grafoscopia; de ahí que el planteamiento final de esta investigación sea precisamente pugnar por el análisis de estos aspectos y, socializarlos con la comunidad académica de peritos, postulantes, jueces, lato sensu los usuarios del derecho, como expresión misma del compromiso que los peritos deben a la justicia y a la verdad.

Bibliografía

Bibliográfica

ALEXY, Robert, “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”, *Doxa Isonomía*, Alicante, núm. 32, 2009, pp. 67-89.

ANDERSON, Terence, SCHUM, David y TWINING, William, *Análisis de la prueba*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2015.

ASENCIO Mellado, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Ed. Trivium, 1989.

ATIENZA, Manuel, “Dos versiones del constitucionalismo”, *Doxa Isonomía*, núm. 34, 2011, pp. 74-88.

_____, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Ed. Trotta, 2016.

_____, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ed. Ariel, 2006.

_____, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 2001.

_____ y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, Ed. UNAM-IIJ, 2016.

_____, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Ed. UNAM-IIJ, 2013.

_____ y RUIZ Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ed. Ariel, 1996.

BAYTELMAN Andrés y Mauricio DUCE, *Manual de Litigación en Juicios Orales*, Santiago, Ed. Centro de Estudios de Justicia para las Américas (CEJA), 2004.

BUNGE, Mario, *Racionalidad y realismo*, Barcelona, Ed. Alianza Universidad, 1985.

CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Buenos Aires, Ed. Dykinson, 2018.

Colegio Nacional de Peritos Forenses, asociación civil, *Compartiendo experiencias. Estructura del Dictamen Pericial México-Perú*, 2020.

COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Ed. Fontamara, 1999.

DEL PICCHIA José, Celso RIBEIRO y Ana Maura GONCALVES, *Tratado de Documentoscopia: La falsedad documental*, Buenos Aires, Ed. La Roca, 2006.

DEVIS Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Bogotá, Ed. Temis, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Ed. Trotta, 1995.

_____, *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.

_____, "Pasado y futuro del Estado de Derecho"; en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ra. ed., Madrid, Ed. Trotta, 2006.

FERRER Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2007.

_____, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005.

FRANK, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, trad. de Carlos M. Bidegain, México, Ed. Fontarama, 1991.

_____, *Law and the modern mind*, New York, Ed. Anchor Books, 1963.

GASCÓN Abellán, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

_____ y GARCÍA Figueroa, Alfonso, *Interpretación y argumentación jurídica*, San Salvador, Ed. Escuela de Capacitación Judicial, 2003.

_____, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1999.

GONZÁLEZ Lagier, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, México, Ed. Fontamara, 2013.

_____, *Las paradojas de la acción (acción humana, filosofía y derecho)*, Alicante, Ed. Servicios Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2001.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Ed. UNAM-IIJ, 1999.

_____, *Teoría analítica del derecho*, Lima, Ed. Zela, 2017.

_____, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2008.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Los hechos en la sentencia penal*, México, Ed. Fontamara, 2007.

IGARTUA Salaverría, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1995.

KIELMANOVICH, Jorge, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001.

LIFANTE Vidal, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

LOMELÍ González, Hilario, LOMELÍ, Rita y LOMELÍ, Miguel Ángel, *Sistema de falsificación de documentos en general. Grafoscopía y documentoscopía*, México, Ed. Rehtikal, 2016.

MENDOCA, Daniel, *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 1997.

MIRANDA Estrampes, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Ed. J.M. Bosch Editor, 1997.

_____, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Ed. J.M. Bosch Editor, 1997.

MOSMANN, Maria Victoria, "Valoración de la prueba en el proceso civil", en PEYRANO Jorge W. (coord.), *Fuentes medios y valoración de la prueba*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Colzoni editores, 2018.

NIEVA Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010.

NINO, Carlos, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1987.

RAMOS Martín, *Documentoscopía. Método para el peritaje científico de documentos*, Madrid, Ed. La Ley, 2010.

RIVERA Morales, Rodrigo, *Teoría práctica y valoración de la prueba. Legislación y jurisprudencia*, México, Ed. Editor, 2018.

SEARLE, John, *Actos de habla*, trad. de Luis Valdés Villanueva, Madrid, Ed. Catédra, 1980.

_____, *La construcción de la realidad social*, trad. de Antoni Doménech, Buenos Aires-Barcelona, Ed. Paidós, 1997.

TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010.

_____, IBÁÑEZ, Perfecto Andrés y CANDAU Pérez, Alfonso, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, México, Ed. Fontamara, 2011.

_____, *La prueba*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2008.

VÁZQUEZ, Carmen (coord.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013.

_____, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2015.

_____, "Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial", *Anuario de Psicología Jurídica 2014*, núm. 24, 2014, pp. 65-73.

VELÁSQUEZ Posada, Luis Gonzalo, *Falsedad documental y laboratorio forense*, Bogotá, Ed. Señal Editora, 2004.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The judicial application of law*, Boston, Ed. Kluwer, 1992.

Normativa y jurisprudencial

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Federales

Contradicción de Tesis 154/2005 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo en revisión 230/2018. Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Décimoprimer Circuito.

Amparo directo 230/2018. Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Vigésimo Segundo Circuito.

Normativa

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro