

La prueba pericial en el Código General del Proceso: la paradoja de juzgar desde la ignorancia

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de abogado

Autor:

Camilo Cárdenas Herrera

Asesores:

Oscar Alberto García Arcila

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Pregrado Derecho

Medellín

2021

DEDICATORIA

A mi familia por su apoyo incondicional y enseñanzas sobre la educación; a mis amigos y profesores por la motivación y la confianza depositada; a Jeniffer por compartirme su perspectiva y acompañarme durante la construcción de este trabajo.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad de Antioquia por abrirme las puertas a la academia y posibilitar mi formación personal y profesional.

A los profesores Oscar Alberto García Arcila y Luis Bernardo Ruiz Jaramillo por sus enseñanzas, cuestionamientos y críticas, pero especialmente por permitirme conocer el verdadero significado de la docencia.

Al Semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia por las contribuciones realizadas a este trabajo.

A Sara Sánchez Vallejo por su colaboración en las traducciones incluidas en este trabajo y por su respaldo incondicional.

Contenido

La prueba pericial en el Código General del Proceso: la paradoja de juzgar desde la ignorancia *	5
Introducción.....	5
1. Conceptualización de la prueba pericial.....	9
1.1. Definición.....	9
1.2. Procedencia de la prueba pericial.....	11
1.3. El conocimiento especializado en la prueba pericial.....	14
1.4. Generalidades acerca del perito.....	20
1.5. La función del perito en el proceso judicial.....	28
1.5.1. Paradigma de la individualización.....	34
1.6. La caracterización jurídica de la prueba pericial.....	39
2. Los modelos de designación de peritos.....	45
2.1. El modelo de designación judicial del experto.....	45
2.2. El modelo de perito designado por la parte.....	50
2.3. El modelo de designación tendencialmente de parte regulado en el CGP	56
3. Las falacias en la valoración de la prueba pericial.....	60
3.1. El argumento de autoridad y la falacia ad verecundiam.....	61
3.2. Iudex est peritus peritorum o el juez es perito de peritos.....	66
3.3. Algunos apuntes desde la epistemología jurídica para la solución de las falacias.....	71
4. Propuesta para abordar la prueba pericial.....	73
4.1. La elección del perito.....	74
4.2. La construcción del dictamen pericial.....	77
4.3. La admisibilidad del dictamen pericial.....	82
4.4. La contradicción de la prueba pericial.....	90
4.5. La valoración de la prueba pericial.....	95

4.6. La motivación de la decisión judicial	116
5. Conclusiones.....	117
6. Bibliografía.....	123

La prueba pericial en el Código General del Proceso: la paradoja de juzgar desde la ignorancia*

Camilo Cárdenas Herrera**

Introducción

Al interior de un proceso judicial se abren dos grandes debates que van a ser desarrollados por las partes y resueltos por el juez. El primero consiste en la deliberación en torno a los fundamentos jurídicos aplicables, la discusión se centra de manera exclusiva en las normas jurídicas y en su interpretación, punto frente al cual los profesionales del derecho asumen el papel principal al intentar demostrar que ante los supuestos fácticos narrados deben aplicarse las normas jurídicas que consagran el efecto jurídico deseado. La resolución de este debate le corresponde enteramente al juez, de quien se espera un conocimiento juicioso sobre los diversos temas de la disciplina jurídica.

El segundo debate apunta al esclarecimiento de los hechos ocurridos, únicamente aquellos jurídicamente relevantes que configuran el supuesto fáctico de las normas eventualmente aplicables. Si bien en este punto es trascendental el régimen procesal y probatorio, lo cierto es que la discusión no se centra exclusivamente en la disciplina jurídica. Con ocasión de este segundo debate se introducen al proceso judicial conocimientos exógenos al derecho; los abogados tienen la palabra, pero esta vez sus argumentos no están únicamente

* Esta trabajo de grado se enmarca dentro del Grupo de Investigación Estado de Derecho y Justicias y es resultado del proyecto investigativo “Los conceptos de la ley natural y derecho natural en las tradiciones estoica y cristiana: análisis de antecedentes para el surgimiento de la disciplina del derecho procesal” financiado e inscrito ante el CODI-Universidad de Antioquia (UdeA, calle 70 #52-21, Medellín, Colombia), acta de inicio 17978 (30/11/2017), investigador principal Hernando Londoño Berrío; coinvestigadores, Yeison Manco López y Luis Bernardo Ruiz Jaramillo.

** Estudiante y Joven Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia (UdeA, calle 70 #52-21, Medellín, Colombia).

sustentados en los conocimientos jurídicos, sino que acuden a saberes diversos provenientes de la experiencia, el sentido común, las reglas de la lógica o algún saber especializado.

La determinación de cuáles hechos resultan acreditados al interior del litigio compete ineludiblemente al juez, quien debe conocer suficientemente las reglas procesales y probatorias; no obstante, en este segundo debate se puede presentar una limitación para el juzgador a la hora de abordar temas que requieran saberes diversos a la disciplina jurídica, y no solo diversos, incluso conocimientos avanzados y cualificados sobre alguna temática.

Precisamente, el dictamen pericial es el medio probatorio por excelencia para la introducción de saberes especializados al proceso judicial, su necesidad surge cuando el tema de prueba versa sobre hechos que para su verificación requieren conocimientos procedentes de alguna ciencia, técnica, arte, o en general, cualquier saber especializado, los cuales son ignorados por el juez, quien debe ser un experto en el derecho, su función institucional no se extiende hasta el conocimiento de todas las áreas especializadas que se pueden debatir probatoriamente. Ante ese supuesto, las partes o el mismo juez convocan a un sujeto externo al proceso y experto en la materia que se discute, con la finalidad de sustentar una hipótesis o adquirir los conocimientos indispensables para desarrollar un adecuado juicio de los hechos.

A pesar que la función institucional del juez no comprende la cognición de todos los saberes especializados, el orden constitucional colombiano le impone la obligación de garantizar el derecho constitucional a la prueba, dentro del cual se incluyen las garantías de valoración racional de los medios probatorios y motivación de las decisiones judiciales, ello conduce inexorablemente a una paradoja; el perito es convocado al proceso porque el juez no conoce y no comprende de su saber especializado, pero al mismo tiempo, se le impone la obligación de valorar racionalmente el contenido del dictamen pericial y motivar la decisión judicial.

La valoración racional de la prueba implica una evaluación individual y conjunta de todos los medios probatorios obrantes al interior del proceso, caracterizada por la utilización de unos criterios objetivos y racionales para determinar el peso demostrativo de los mismos, se requiere de un examen activo y crítico que limite las subjetividades o convicciones personales del juzgador.

Por su parte, la motivación de las decisiones judiciales consiste en un ejercicio argumentativo del juez que debe ser plasmado en la providencia, por un lado, debe exponer las razones para otorgar o restar mérito probatorio a las diversas pruebas practicadas con el fin de

esclarecer los hechos; por el otro, debe explicitar los argumentos respecto a las normas aplicables al caso concreto.

De lo anterior se deduce que la ignorancia del juez frente a los conocimientos especializados configura, por lo menos, una dificultad para materializar las dos garantías mencionadas del derecho constitucional a la prueba, de ahí que sea pertinente plantearse el siguiente cuestionamiento: ¿Cómo valorar racionalmente y motivar una decisión con base en un conocimiento especializado ignorado e incomprendido por el juez?

Por este motivo, la apreciación de este medio probatorio supone una mayor complejidad y adquiere unos contornos especiales en comparación con otros medios de prueba. A grandes rasgos, se identifican dos posturas contrapuestas para la solución de dicha encrucijada, cuya finalidad es solventar la disparidad entre la ignorancia del juez y su obligación de valorar racionalmente el peritaje.

La primera postura está basada en un argumento de autoridad, en el entendido que al ser un experto en la materia quien está proporcionando los conocimientos necesarios para acreditar ciertos hechos, resulta razonable aceptar el contenido del dictamen tal y como se propone, en otras palabras, el juzgador considera al perito como una autoridad y por ello se ve obligado a asumir como cierto el contenido del dictamen.¹

La segunda postura se resume en el brocardo “*iudex est peritus peritorum*”; es decir, el juez es perito de peritos, contrario a lo defendido por la anterior postura, el juez se ubica a la par de los expertos y no está en la obligación de aceptar el contenido del dictamen, su función consiste en desarrollar una evaluación autónoma del medio probatorio, en síntesis, esta postura propugna por la independencia del juez respecto al contenido del peritaje.

Cada postura contiene algunas ideas que son importantes para un entendimiento actual de la prueba pericial, a su vez, defienden otras que son insostenibles al día de hoy, bien por contrariar el ordenamiento jurídico o bien por las críticas originadas en la doctrina y/o la jurisprudencia. El objetivo es identificar esos puntos fuertes y débiles de cada postura, cuestionarlos y extraer aquellos elementos útiles para conjugarlos en una propuesta para apreciar este medio probatorio.

El presente trabajo de grado no se centra exclusivamente en la etapa de valoración de la prueba, el objetivo general está construido de tal manera que permite abordar los temas más

¹ Entre los autores que tratan esta problemática se encuentra: Bordes Solanas, (2011); De Miranda Vázquez, (2012); Vázquez Rojas, (2014).

relevantes alrededor de la prueba pericial y entablar un debate en torno a ciertas problemáticas. Un análisis aislado de la etapa de valoración conlleva a un entendimiento limitado del asunto, por tal razón, se asume que para desarrollar una adecuada valoración de la prueba pericial es imprescindible un estudio integral de las etapas procesales anteriores y posteriores al momento mencionado, de modo que desde el inicio del proceso el juzgador esté en la capacidad de interpretar el medio de prueba con la finalidad de recopilar un conjunto de datos e informaciones que faciliten la valoración.

El presente estudio se enmarca legalmente en la Ley 1564 de 2012-Código General del Proceso (en adelante CGP), estatuto procesal que introdujo cambios sustanciales en la regulación de este medio probatorio, en comparación con lo dispuesto por el Decreto 1400 de 1970-Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), como la inclusión en el artículo 226 del CGP de los requisitos mínimos del dictamen pericial o la consolidación del modelo de perito designado por la parte según lo dispuesto por el artículo 227 del mismo código.

Con todo, en este estudio adquiere gran relevancia la referencia a dos ordenamientos jurídicos extranjeros, como lo son el español y el estadounidense, ello en respuesta a la influencia que han tenido sobre la regulación y el entendimiento de la prueba pericial en el escenario colombiano, aunado a ello, se resalta la importancia y magnitud de las discusiones académicas y jurisprudenciales desarrolladas recientemente en los mentados países.

Como corolario del anterior planteamiento, los objetivos específicos propuestos son:

- Examinar los elementos conceptuales de la prueba pericial.
- Detallar el modelo de designación de peritos imperante en el CGP.
- Explicar y debatir las posturas para apreciar la prueba pericial: el argumento de autoridad y el juez perito de peritos.
- Construir una propuesta para abordar adecuadamente la prueba pericial.

El enfoque teórico es el dogmático y la metodología tiene un enfoque cualitativo al apuntar a una construcción conceptual que permita la comprensión del objeto de investigación (Duque Quintero, González Sánchez, Cossio Acevedo, & Martínez Monsalve, 2018).

Como consecuencia de los objetivos específicos mencionados, el presente trabajo inicia con un estudio general acerca de la prueba pericial, con el propósito de construir un sustrato teórico para evaluar las diferentes problemáticas abordadas a lo largo del trabajo, en dicho apartado se analiza lo concerniente a la definición de la prueba pericial, su procedencia, el

conocimiento experto, la figura del perito, las funciones del medio probatorio, dentro de las cuales se incluye la problemática del paradigma de la individualización, y su caracterización jurídica; a continuación, se exponen los dos modelos principales de designación de peritos, el judicial y el de parte, para luego detallar y problematizar el modelo de designación vigente en el CGP; posteriormente, se trabaja la primera postura del juez frente a la prueba pericial, cuyo fundamento es un argumento de autoridad, allí se utilizan las consideraciones filosóficas que han trabajado este argumento, sus implicaciones en el ámbito judicial, sus puntos fuertes y las falencias advertidas; luego de ello, se expone la segunda postura del juez frente a la prueba pericial, la del juez como perito de peritos, de modo similar a lo propuesto para la primera postura, la idea es delimitar su fundamento, sus implicaciones en el escenario judicial, los puntos rescatables y aquellos inaceptables para una concepción actual de este medio probatorio; como resultado del anterior análisis, se construye una propuesta para abordar la prueba pericial, la cual abarca integralmente las etapas de elección del perito, construcción del dictamen, admisión, contradicción, valoración de la prueba pericial y motivación de la decisión judicial; por último, se presentan las conclusiones derivadas de este trabajo.

1. Conceptualización de la prueba pericial

1.1. Definición

Muchos de los autores que adoptan como objeto de estudio la prueba pericial han desarrollado su propia definición, para el presente trabajo se ha optado por las siguientes. El punto de partida es el autor Hernado Devis Echandía (1974), quien entendía la prueba pericial como:

[...]una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del juicio, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra 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 las gentes (pág. 287).

Esta definición trae consigo los elementos estructurales de toda prueba pericial, su vigencia persiste en la actualidad, con excepción de la expresión “en virtud de encargo judicial”; hoy en día la elección del perito no recae exclusivamente en el juzgador, de hecho, como se

estudia en el capítulo segundo, en vigencia del CGP la elección del perito radica preferentemente en la parte, con todo, la definición de Devis Echandía permite dar un vistazo al modelo de prueba pericial regulado en el derogado CPC.

De la revisión de la doctrina extranjera, se encuentra una definición elaborada por el profesor español Iñaki Esparza Leibar en el siguiente sentido:

La llamada prueba pericial es un medio de prueba consistente en la emisión, previamente a la resolución de un asunto concreto, de un dictamen sobre alguna de las materias (aptas para quedar sujetas a la actividad probatoria) que constituyen el objeto del proceso, por una persona ajena al mismo (sic) que deberá poseer conocimientos especializados científicos, artísticos o prácticos, que el juez precisa para valorar mejor las afirmaciones de hechos y circunstancias que constituyen el objeto de la prueba (Esparza Leibar citado en Flores Prada, 2005, pág. 137).²

Esta definición es similar a la elaborada por Devis Echandía, con la diferencia de que no asume como elemento definitorio la forma de elegir al perito, en esa medida resulta acorde con las tendencias actuales, además, se destaca la preocupación por demarcar las funciones correspondientes al juez y al perito.

Por último, la Corte Constitucional ha entendido que: “El dictamen pericial consiste en una declaración de carácter técnico, científico o artístico, sobre hechos que interesan al proceso, rendida por personas que por sus conocimientos y su experiencia son considerados expertos en la materia respectiva”³. Siguiendo esa idea, el mismo Tribunal Constitucional también ha definido este medio de prueba a partir de una doble condición:

La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: Es, en primer término, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio (sic) es un medio de prueba en si (sic) mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso.⁴

² Texto original: Esparza Leibar, I. (2000). *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Valencia. Pág. 42.

³ Corte Constitucional, sentencia T-796 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-124 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

De las anteriores definiciones se extraen los elementos estructurales de la prueba pericial, estos son, su procedencia, el conocimiento experto, el perito, sus funciones y su caracterización jurídica.

1.2 Procedencia de la prueba pericial

La procedencia de la prueba pericial está ligada necesariamente con la concepción de cada ordenamiento jurídico sobre este medio de prueba, la regulación en los diferentes países determinará la mayor o menor amplitud de supuestos en los que pueden ser utilizados los conocimientos expertos, en este apartado se estudian las normas de procedencia de España y Estados Unidos, para luego entrar a analizar lo regulado en el CGP.

En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) en su artículo 335 dispone que las partes pueden aportar el dictamen de peritos “cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos”; esto da a entender que en el proceso civil español resultaría improcedente un dictamen pericial dirigido a comprobar un hecho que no involucre alguno de esos cuatro tipos de conocimientos, los cuales parecen abarcar la totalidad de supuestos en los que podría ser necesaria la prueba pericial.

Por su parte, en Estados Unidos, la regla 702 de las Reglas Federales de Prueba⁵ contemplan que el perito puede testificar si “[...] el conocimiento científico, técnico o especializado del experto ayudarán al juez de los hechos a entender la prueba o a determinar un hecho en cuestión”⁶; se evidencia que la regla de procedencia es mucho más amplia porque incorpora cualquier otro tipo de conocimiento especializado, es más, la evolución en el sistema judicial estadounidense ha dado pie para aceptar que el testimonio experto pueda tener como objeto áreas comunes y corrientes que podrían ser comprendidas fácilmente por el jurado, siempre y cuando el experto aporte un entendimiento más profundo, riguroso, minucioso o refinado de los hechos debatidos (Brown, 1999, pág. 751).

En el proceso civil colombiano, la regulación sobre la procedencia de la prueba pericial se encuentra en el artículo 226 del CGP, el cual indica: “La prueba pericial es procedente para

⁵ Consultado en: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/Rules%20of%20Evidence>.

⁶ NOTA: Todas las traducciones del inglés al español incluidas en este trabajo de grado fueron realizadas por el autor, revisadas posteriormente por Sara Sánchez Vallejo, traductora inglés-francés-español de la Universidad de Antioquia. Las mismas serán citadas como parafraseo, dado que no se conoce traducción autorizada por los autores de las obras.

verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”.

El CGP optó por acotar el objeto de la experticia a los campos científicos, técnicos o artísticos, lo que supone la improcedencia de peritajes sobre la comprensión o constatación de hechos que pueden ser verificados por medio del conocimiento promedio del juez. En comparación con las reglas de procedencia extranjeras estudiadas anteriormente, el estatuto procesal local contiene una norma más restrictiva; en contraste con la normativa española se tiene que no incluye los conocimientos prácticos, y en confrontación con la regla federal estadounidense resulta más abismal su disparidad debido a que no contempla la procedencia respecto a cualquier otro tipo de conocimiento especializado.

Una interpretación literal de la norma de procedencia prevista en el artículo 226 del CGP puede impedir la satisfacción de las necesidades epistémicas del juzgador para resolver un caso y provocar consecuencias adversas para el derecho constitucional a la prueba, el cual “[...]comporta la exigencia de efectuar una lectura de las normas procesales tendente a permitir la máxima actividad probatoria de las partes, siendo preferible el exceso en la admisión de pruebas a la postura restrictiva” (Picó I Junoy, 2008, pág. 530).

De lo anterior se desprende que las normas sobre la procedencia de la prueba pericial deben interpretarse de manera flexible para garantizar la máxima actividad probatoria de las partes; en consecuencia, la prueba pericial es procedente cuando se requieran conocimientos especializados, sin exigir que dichos saberes se enmarquen dentro de una ciencia, técnica o arte específica, de este modo quedan comprendidas algunas labores u oficios que se aprenden enteramente por su práctica constante, en todo caso, si las necesidades epistémicas del juez lo requieren, también podrían admitirse dictámenes periciales sobre áreas comunes y corrientes, bajo la condición de que la óptica del experto pueda aportar en alguna medida a la verificación o a una mejor comprensión de los hechos en cuestión.

La claridad sobre la procedencia de la prueba pericial no solo sirve para determinar los casos en los que es útil aportar un dictamen pericial, sino también para examinar la procedencia de otros medios de prueba ante supuestos fácticos que requieren conocimiento especializado, un caso fallado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sirve para dilucidar este punto⁷. Los hechos ocurrieron en el año 2005, cuando la víctima ascendió a la terraza del

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 1 diciembre de 2017, radicación No. 11001-31-03-001-2010-00055-01, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

inmueble donde habitaba para reparar unos canales de agua de lluvias, en el desarrollo de esa labor resultó electrocutado por los cables de alta tensión propiedad de la empresa demandada, luego del choque eléctrico, la víctima cayó desde la terraza del cuarto piso a la vía pública y falleció.

Al margen de las discusiones suscitadas en este caso, llama la atención lo atinente al medio de prueba utilizado para acreditar la causa de muerte de la víctima. El Tribunal Superior de Bogotá determinó que esta circunstancia podía probarse a través de la confesión del demandado, en vista de la inexistencia de una tarifa legal probatoria frente a este hecho, en términos concretos el Tribunal consideró:

La demandada también argumenta en sus alegatos que la muerte de Sebastián Cárdenas no fue por electrocución, sino por la caída del tejado donde hacía los arreglos, y que ese hecho por cualquier causa no puede ser objeto de confesión. Sin embargo, aunque el deceso de una persona es un hecho científico, es inviable aceptar que su causa no pueda probarse por confesión, ya que la extinción del ser humano se trata, en últimas, de una circunstancia fáctica, cuya causa puede confesarse por quien pueda tener participación en la misma, toda vez que para el aspecto meramente fáctico la ley no fija una tarifa probatoria especial (Subrayado fuera del texto).

En el momento de resolver el recurso extraordinario de casación, la Corte Suprema de Justicia avaló la posibilidad de acreditar la causa de muerte de una persona a través de la confesión y decide no casar la sentencia. Como el mismo Tribunal afirmó, la causa de muerte de una persona es un hecho que para su verificación requiere conocimientos científicos, por lo tanto, surge el siguiente interrogante para el caso concreto: ¿la confesión de una de las partes resultaba relevante para acreditar la causa de muerte de una persona?

La respuesta a ese interrogante debe ser negativa, en el caso comentado la confesión no es relevante para dar por acreditado la causa de muerte de la persona, a menos que esa parte sea un experto en la medicina; el Tribunal y la Corte Suprema de Justicia confundieron la prueba sobre la muerte de una persona con la causa de esta, efectivamente, la parte demandada o un testigo puede afirmar que la persona murió y narrar las circunstancias ocurridas, pero por sí solos no pueden determinar la falla anatómica que llevó a esa persona a su fallecimiento. En el supuesto narrado, queda la duda de si la muerte de esta persona ocurrió por el choque eléctrico o por la caída desde el cuarto piso, ante ese estado de incertidumbre era necesario otro medio de prueba que

introdujera los conocimientos especializados en medicina para determinar dicho suceso, bien fuera un peritaje o un testigo técnico.

Otro ejemplo de la jurisprudencia, esta vez de improcedencia de la prueba pericial, se encuentra en la sentencia del año 2015 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se discute alrededor de un proceso reivindicatorio de un inmueble ubicado en Cartagena. La sentencia objeto de casación fue proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en la cual se valora un dictamen pericial que manifiesta:

El bien que se pretende en reivindicación, está ocupado por diferentes personas, entre los que se cuentan Lira Margarita Narváez Cohen, y Alfonso Mejía-Víctor Piñeros; Inés Cabarcas Santoya, Panamericana de Transportes, Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica (Corelca), describiéndose en forma y (sic) precisa, los lotes ocupados, por sus linderos y medidas.⁸

Como se desprende de lo anterior, el perito afirmó que los demandados- Alfonso Mejía Navarro y Víctor Piñeros Bernal- estaban ejerciendo la posesión sobre el bien en cuestión, frente a este punto en específico la Corte Suprema de Justicia señala que “el dictamen, prueba técnica que aporta saberes científicos, técnicos o artísticos al proceso, no es directamente conducente para demostrar el hecho de la posesión”, ello en razón a que la posesión no es un hecho que requiera de un saber especializado para su verificación.

De todos los planteamientos en torno a este tema se concluye que la prueba pericial es relevante cuando se requieran conocimientos especializados, lo cual conduce necesariamente a preguntarse: ¿qué se entiende por conocimiento especializado?

1.3. El conocimiento especializado en la prueba pericial

El objeto de prueba del dictamen pericial corresponde con la verificación o comprensión de los supuestos de hecho narrados por las partes, hasta este punto no existiría diferencia alguna frente a los demás medios de prueba, la característica distintiva radica en que para la constatación de esos hechos no es suficiente el sentido común, las máximas de la experiencia o las reglas de la lógica conocidas por el juzgador, en su lugar son supuestos fácticos que

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de marzo de 2015, radicación No. 13001-31-03-005-1998-00607-01, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz.

involucran unos conocimientos especializados provenientes de alguna ciencia, técnica, arte, en suma, saberes que escapan del conocimiento común de las personas (Martorelli, 2017, pág. 1).

En Estados Unidos, con base en las reglas del *common law*, algunos jueces se siguen refiriendo a la diferencia entre conocimiento especializado y conocimiento común cuando se analiza la utilidad del testimonio experto, es muy dicente la síntesis elaborada por el juez Harvey Brown y por la abogada Melissa Davis (2014) sobre las manifestaciones realizadas por los jueces sobre este punto: el testimonio de un experto es útil en aquellas situaciones en donde “el conocimiento y la experiencia del experto. . . están más allá que los del promedio del jurado”. Es útil “cuando se relaciona con asuntos que están por encima de la comprensión de las personas con inteligencia promedio”. Cuando el testimonio experto se refiere a materias “que están dentro del conocimiento y la experiencia de la gente común y corriente,” el jurado es “completamente capaz de comprender la evidencia . . . mediante el uso de su conocimiento y sentido común” (Pág. 33).

En términos generales y sin la pretensión de ser exhaustivo, la especialización de los saberes puede concretarse por dos vías, la primera es mediante un proceso cuidadoso de estudios e investigaciones sobre algún tema, habitualmente lleva aparejado la construcción de hipótesis para explicar algún fenómeno, estas son sometidas a un constante debate por los estudiosos en el tema y el resultado puede ser la refutación o la consolidación de la hipótesis, se genera así un conjunto de principios, teorías y/o metodologías aceptadas para ese momento específico y para una comunidad determinada, es el caso típico de la ciencia, algunas técnicas y algunas artes. La segunda se basa en la práctica consciente y constante de una actividad, proceso que incluye una fase de ensayo y error que permite afianzar y perfeccionar la forma para realizar esa actividad, el caso más representativo es el de los oficios, aunque algunas técnicas o algunas artes también pueden lograr ese nivel de especialización por esta vía, cabe advertir que el proceso de especialización de los conocimientos es muy diverso y en él pueden influir infinidad de variables, se busca dar una idea general sobre dicho proceso que abarque la mayoría de supuestos.

Sin importar la vía por la cual se logre la especialización de los saberes, lo cierto es que para su conocimiento y comprensión se requiere emprender un proceso de aprendizaje que es asumido por individuos concretos en una sociedad determinada, por ende, son saberes que sobrepasan el conocimiento general y común de la mayoría de individuos.

Esa exclusividad de ciertos individuos no solo responde a una cuestión de gustos o intereses, en el contexto colombiano existen barreras económicas, sociales, políticas, de género, entre muchas otras, que impiden el primer paso para emprender ese proceso de aprendizaje, esto es, el acceso, no solo al sistema educativo sino también a un mercado laboral que posibilite la especialización en el caso del conocimiento práctico.

La idea que se viene hilando se ha visto reflejada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se trae a colación un caso de responsabilidad civil médica en el que la víctima sufrió la pérdida de una de sus extremidades inferiores como consecuencia de una trombosis venosa que no se trató oportunamente, el debate se circunscribió a la acreditación del nexo de causalidad, dicho elemento en materia de responsabilidad civil médica rara vez puede acreditarse mediante conocimientos comunes, en la mayoría de supuestos se requieren conocimientos especializados, en la sentencia aludida se señaló:

[...] cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican- y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa.⁹

Queda claro que esos asuntos técnicos, como lo denomina la sentencia, son extraños a la generalidad de las personas, lo que incluiría a la mayoría de jueces, solo unos pocos individuos que estudian y/o practican ese conocimiento lo pueden dominar, aunque como se detalla más adelante, no basta con ello para poder dictaminar al interior de un proceso judicial, debido a que los estatutos procesales imponen ciertas limitaciones y obligaciones para el experto.

Cabe precisar que los conocimientos especializados no son introducidos exclusivamente a través de la prueba pericial, en efecto, otros medios de prueba podrían abrir el debate sobre algún saber especializado (Pérez Gil, 2010, págs. 47-63). Piénsese en un documento que

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de septiembre de 2002, expediente No. 6878, M.P. Jorge Santos Ballesteros.

contenga un plano arquitectónico de un edificio presuntamente mal diseñado; o en unas manifestaciones de un médico, quien declara como testigo técnico acerca del fallecimiento de una persona; o a través de lo conceptuado por una entidad pública o privada en una prueba por informe. La sentencia anteriormente citada también se refirió a esta posibilidad para la acreditación del nexo causal:

Un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan.¹⁰

La diferencia entre los demás medios probatorios y la prueba pericial reside en que esta última *siempre* introduce conocimiento especializado, es su elemento esencial, al punto que si carece de él, estaremos frente a otro medio de prueba distinto, nunca ante una prueba pericial; por el contrario, en los demás medios de prueba la introducción de conocimiento especializado es una contingencia, puede ocurrir o no, no afecta su caracterización como un medio de prueba específico, de hecho, lo habitual es que estén dirigidos a probar supuestos fácticos comunes y no aquellos que requieren conocimiento experto.

Por el momento, basta decir que esta nota distintiva de la prueba pericial también la comparte con el denominado testigo técnico, medio probatorio sin consagración expresa en el estatuto procesal, pero reconocido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia¹¹, el cual siempre incluye algún saber especializado, su diferencia con la pericia se encuentra en los hechos percibidos por el perito, punto que se vuelve a trabajar en la sección dedicada a la caracterización jurídica de la prueba pericial.

Dicho esto, también es importante mencionar que el conocimiento especializado introducido por el dictamen pericial puede servir para confirmar la ocurrencia de un hecho pasado o constatar un hecho presente, finalidad que también se puede lograr con otros medios

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de septiembre de 2002, expediente No. 6878, M.P. Jorge Santos Ballesteros.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de junio de 2017, radicación No. 11001-31-03-039-2011-00108-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

probatorios; sin embargo, el conocimiento especializado es de suma importancia en los hechos futuros, dado que los expertos, con base en los datos disponibles y con la utilización de sus conocimientos, tienen la capacidad de construir una predicción objetiva acerca de lo que puede ocurrir, como ejemplo se tiene el pronóstico de recuperación de un paciente, la valorización de un bien inmueble por la posible construcción de una obra pública o la tasación del daño emergente futuro.

Preliminarmente, todos los conocimientos especializados útiles para esclarecer los hechos del caso son de recibo en el proceso, con la excepción del conocimiento especializado sobre el derecho, por el simple motivo de que el juez tiene la obligación institucional de conocer las normas jurídicas de orden nacional aplicables al caso, frente a lo cual debe advertirse que es jurídicamente viable la presentación de un dictamen pericial tratándose de la ley y la costumbre extranjera, según lo consagrado en el inciso segundo del artículo 226 del CGP:

No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas.

Este punto ha sido refrendado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en un auto del año 2012 se analiza un supuesto en donde se designó a un perito para justipreciar el interés para recurrir en casación, dentro de sus consideraciones el experto afirmó que los demandantes conformaban un litisconsorte facultativo o voluntario, ante lo cual el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria cuestionó:

Esta apreciación excede los linderos propios de la experticia, puesto que es al juzgador a quien corresponde estimar si una determinada relación litisconsorcial debe catalogarse de necesaria o de voluntaria, en tanto que la misión de los peritos consiste, puntualmente, en auxiliar al fallador en un específico campo del saber, el que se le haya encomendado, y no le compete, por ende, pronunciarse sobre puntos de derecho.¹²

Es interesante discurrir acerca de la complejidad para definir cuándo se está frente a un peritaje sobre puntos de derecho, efectivamente, existen casos en lo que es fácil saber que el

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 21 de agosto de 2012, radicado No. 47288-3103-001-2008-00040-01, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

asunto apunta a dichos temas, en otros supuestos la complejidad aumenta, sobre todo cuando se presenta una mezcla entre conocimientos jurídicos y conocimientos expertos de otro campo, verbigracia, la liquidación tributaria que incluye conocimientos contables, la liquidación de perjuicios que puede incluir conocimientos para determinar el valor de un tratamiento o el proceso para avaluar un bien inmueble, en estos supuestos, lo idóneo sería que los conocimientos expertos proporcionen las bases objetivas, para luego desarrollar la liquidación final con la aplicación de las normas jurídicas pertinentes.

En igual sentido, cuando se solicita un dictamen pericial para determinar el interés para recurrir en casación, lo adecuado es que el experto se limite a establecer las bases objetivas, como el valor del bien objeto de usucapión, el valor de los bienes que conforman la sociedad conyugal o la masa sucesoral, o el valor de un posible daño emergente futuro, empero, su función no comprende determinar si le asiste a la parte el interés para recurrir en casación, en tanto es un juicio que le compete exclusivamente al juez, al tener como base conocimientos eminentemente jurídicos.

Esta discusión también se ha presentado en Estados Unidos desde hace varias décadas, principalmente motivados por el hecho de que algunos expertos en sus dictámenes planteaban conclusiones acerca de elementos jurídicos determinantes para la aplicación de una norma. Con el fin de no incurrir en el error de trasladar teorías extranjeras sin tener en cuenta los contextos y las diferencias entre procesos judiciales, vale la pena aclarar desde este momento que en Estados Unidos la discusión sobre el testimonio experto se analiza en la admisión, ya que el juez cumple un rol de “*gatekeeper*”, su función es filtrar los testimonios expertos que podrán ser escuchados por el jurado.

Así las cosas, la idea imperante en ese país es la exclusión de aquellas pruebas periciales que se refieran a estándares legales o a elementos constitutivos de la norma que se busca aplicar por alguna de las partes. Ejemplo de ello son los dictámenes psiquiátricos o psicológicos que hacen referencia a la intención de causar daño o a la ausencia de culpabilidad por la existencia de una condición o enfermedad que nubla la consciencia de la persona, la exclusión de este tipo de pruebas responde a la idea de considerar la culpabilidad o la intención como elementos constitutivos de disposiciones jurídicas, por lo que su verificación corresponde a los jurados, pues frente a este punto el experto y el jurado tiene la misma capacidad de comprensión, en otras palabras, no es necesario conocimiento especializado para determinar si una persona cometió una conducta con culpa o dolo (Kaye, Mnookin, & Bernstein, 2010, págs. 58-80).

Finalmente, frente al tema del conocimiento especializado que envuelve la experticia existe una problemática que debe ser abordada desde el inicio, dado que será analizada transversalmente en este trabajo, es lo concerniente a la calidad de los conocimientos especializados requeridos por el proceso judicial, sin lugar a dudas estos deben ser confiables, esto es, sustentados realmente en la práctica constante o en el área del conocimiento del que proclaman provenir. El juez debe evitar fundamentar sus decisiones en supuesto conocimiento especializado carente de cualquier sustento objetivo, se hace referencia a la problemática de las pericias fraudulentas, o como se llama en Estados Unidos, el charlatanismo de los peritos, quienes construyen una explicación *ad hoc* o se apoyan en *junk science* para defender una hipótesis.

La problemática comprende aquellos dictámenes contruidos con base en información no corroborada, intuitiva, creada para el caso concreto o soportada en las denominadas pseudociencias. Existen algunos criterios que pueden indicar la presencia de “ciencia basura”, por ejemplo, cuando un fenómeno se ha detectado recientemente, no se cuenta con estudios estadísticos o se posee una comprobación estadística mínima, cuando el perito rechaza los saberes establecidos y propone para el caso específico una metodología o teoría revolucionaria, o cuando no se han realizado los experimentos para falsear la hipótesis (Baughman, 1992). El juez debe ser cauto cuando se presenten alguno de estos indicadores, para evitar caer en el error al que pretenden inducirlo, de todas formas, se volverá sobre el tema en diferentes apartados de este estudio.

De todo lo anterior se colige que el límite entre el conocimiento especializado y el ordinario no es fácil de determinar, la cuestión se complica aún más cuando se intenta fijar un límite entre el conocimiento especializado válido y el infundado, con todo, son discusiones que no le competen al derecho y el proceso judicial no es un escenario óptimo para entablar dicho debate, la solución a dicha problemática debe buscarse en los planteamientos de la epistemología. La intención con este apartado era proporcionar algunas precisiones sobre el tema y plantear las problemáticas existentes, materializada esa intención, se puede proseguir con la fuente de los conocimientos especializados.

1.4. Generalidades acerca del perito

La información que un juez espera percibir y comprender con la presentación de un dictamen pericial es el saber especializado dominado por el perito, por esa razón, el sujeto que introduce esos conocimientos cualificados se erige como la fuente de prueba en la estructura de

este medio probatorio, en el presente apartado se estudia el concepto de perito, sus condicionamientos, su obligación de imparcialidad y las responsabilidades en las que puede incurrir.

Desde una perspectiva extrajurídica, el perito es aquel individuo “[...]sabio, experimentado, hábil, práctico en una ciencia o arte. Perito es la persona entendida, el individuo competente o idóneo que posee unas determinadas aptitudes, capacidades o conocimientos técnicos” (Garcíaandía González, 1999, pág. 70).

Ese experto es convocado con la finalidad de aportar sus conocimientos sobre determinada materia, es una persona ajena al proceso, no ostenta la posición de parte o tercero procesal. Su presencia en el juicio puede darse por encargo judicial, o como prevalece actualmente en el CGP, en virtud de una relación contractual con una de las partes.

Dictaminar como perito es una actividad cualificada y privativa de algunos sujetos específicos de una sociedad, quienes han atravesado un proceso de aprendizaje que les permitió adquirir los conocimientos y habilidades necesarios para dominar un tema, en definitiva, los expertos son aquellas: personas que están calificadas, ya sea por la experiencia concreta o por un estudio cuidadoso, para que puedan tener opiniones definidas con respecto a una división de la ciencia, rama del arte, o sección del comercio sobre los cuales las personas que no tienen una formación particular o estudio especial son incapaces de tener opiniones precisas o de sacar conclusiones correctas (Browne & Harrison-Spoerl, 2008, pág. 1131).¹³

En esta definición se deja claro que el proceso para convertirse en un experto no solo puede suceder mediante el estudio formal en una institución de educación técnica o profesional, sino también a través de la experiencia y la realización constante de una actividad. Cabe anotar que no cualquier persona instruida en cierta materia puede considerarse un experto, dicha categoría está reservada para aquellos sujetos de los que se pueda predicar un dominio sobre el tema, a tal punto que sus saberes sean especiales y superiores a la generalidad de una sociedad concreta y en un periodo de tiempo específico (Garcíaandía González, 1999, pág. 71).

Precisamente, esta es una de las razones para impedir que el juez se sitúe a la par de los expertos e introduzca su conocimiento privado, tal y como lo defiende la posición resumida en el brocardo “*iudex est peritus peritorum*”, por más que un juez se informe por su propia cuenta

¹³ ACLARACIÓN: el texto citado no es una construcción propia de los autores Browne & Harrison-Spoerl, realmente se trata de una cita de otro texto, pero se omite el nombre de los autores. La referencia que se trae en el texto es la siguiente: 31A AM. JUR. 2D *Expert and Opinion Evidence* § 1 (2002) (citations omitted).

sobre el saber especializado para resolver un caso, jamás podrá alcanzar el dominio sobre el tema poseído por el experto.

En ese mismo orden de ideas, el perito es el sujeto cognoscente de un conjunto de proposiciones teóricas o prácticas que componen el sustento de un área del conocimiento, en esa lógica “[...] *ser experto* no es sólo poseer información correcta, sino tener la capacidad o disposición para utilizarla adecuadamente cuando se requiera, bien para observar, interpretar o inferir” (Vázquez Rojas, 2015, pág. 38).

Justamente uno de los puntos más importantes y complejos sobre este elemento es la manera de establecer el conocimiento de una persona sobre un área del saber determinada, puesto que el dominio sobre ciertos conocimientos es algo perteneciente a la esfera interna de las personas y resulta difícil su comprobación empírica.

Los estatutos procesales han diseñado diversas maneras para comprobar la calidad de experto del sujeto que rinde el dictamen pericial, bajo la regulación del CPC, se contaba con una herramienta objetiva y formal para identificar a los sujetos que podían conceptuar como peritos al interior del proceso, era la conocida lista oficial de auxiliares de la justicia, en la cual se incluían a los individuos que habían acreditado la idoneidad, los requisitos técnicos y la experiencia requerida, a quienes luego de superar los filtros correspondientes, se les otorgaba una licencia que los acreditaba como auxiliares de la justicia y podían ser designados en los diferentes juicios.

La utilización de esa lista era obligatoria para los magistrados, jueces e inspectores, como lo señalaba el inciso tercero del numeral 3 del artículo 9 del derogado estatuto procesal civil, de hecho, la designación de un perito que no estuviera incluido en la lista de auxiliares podía configurar una falta disciplinaria, la única excepción eran las entidades públicas que tuvieran funciones relacionadas con el objeto del peritaje, en cuyo caso no era necesario estar en la lista.

En resumidas cuentas, el CPC excluía del debate probatorio el asunto sobre la idoneidad del perito, bastaba con corroborar que el individuo estaba incluido en la lista oficial de auxiliares de la justicia para reconocerlo como un experto en la materia, ya que previamente el perito debió probar ante el Consejo Superior de la Judicatura su idoneidad, conducta intachable, excelente reputación e incuestionable imparcialidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 8 del estatuto procesal referido.

Por su parte, el CGP prefirió otra forma para acreditar la calidad de perito, eliminó el requisito de la inclusión en la lista oficial de auxiliares de la justicia, es así como el numeral 2 del artículo 48 del estatuto procesal vigente señala:

Para la designación de los peritos, las partes y el juez acudirán a instituciones especializadas, públicas o privadas, o a profesionales de reconocida trayectoria e idoneidad. El director o representante legal de la respectiva institución designará la persona o personas que deben rendir el dictamen, quien, en caso de ser citado, deberá acudir a la audiencia.

La anterior disposición es una consecuencia lógica del modelo implementado para designar los expertos, en el cual prevalecen los peritos contratados por la propia parte, es así como la idoneidad del perito se convierte en un tema de prueba sujeto a un debate constante a lo largo del proceso. Desde la presentación del dictamen pericial el perito debe aportar las credenciales que lo confirman como tal, a su vez, en la admisibilidad de la prueba el juez efectúa un análisis formal sobre este aspecto, siguiendo esa lógica, será un punto decisivo para un efectivo ejercicio del derecho de contradicción y, por último, es uno de los criterios orientadores en la valoración racional del medio de prueba y en la motivación de la decisión judicial.

En una providencia del año 2017, la Corte Suprema de Justicia se refirió a este cambio de filosofía en la forma de reputar a alguien como perito, consideró que en vigencia del CGP es algo accidental que el experto esté incluido en la lista oficial de auxiliares de la justicia, en concreto mencionó:

Este dictamen pericial aportado por el recurrente, debe cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 226 de la misma codificación, misma que no exige que el experto esté enlistado en la relación de auxiliares de la justicia de que trata el artículo 48 numeral 1° del Código; pues, en la medida en que la modificación traída por el citado Código, dispone que el dictamen debe ser aportado por las partes en las oportunidades probatorias, bastará entonces que cumpla con las exigencias contempladas en el capítulo correspondiente a la regulación de este medio de prueba, dentro del cual no se exige que se trate de un experto cuyo nombre repose en la lista oficial de auxiliares de la justicia.¹⁴

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 21 de noviembre de 2017, radicación No. 11001-02-03-000-2017-01630-00, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

Como es indicado por la Corte Suprema de Justicia, los únicos peritos que pueden dictaminar no son aquellos incluidos en dichas listas, ello puede ser un criterio a tomar en cuenta en la valoración, pero actualmente no es un condicionamiento para ostentar la calidad de perito.

Aun así, el estatuto procesal diseñó una vía para corroborar que el experto cuenta con los conocimientos necesarios para rendir dictamen, fundamentalmente le impuso la carga a la parte de solicitar al experto la inclusión de algunas informaciones y aportar documentos de los que se puedan derivar su dominio sobre el objeto de la pericia, tal y como lo regulan los numerales 3, 4 y 5 del artículo 226 del CGP:

3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.

4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.

5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.

Estos tres requisitos del dictamen pericial buscan que sea el propio perito quien informe sobre su idoneidad para rendir concepto y allegue los documentos necesarios para demostrar su calidad como experto, los tres requisitos comprenden la esfera laboral, académica y la experiencia judicial, de tal modo que el perito puede acreditarse como tal, no solo mediante títulos académicos, sino también demostrando amplia experiencia en el campo.

Vale la pena resaltar que el numeral 4 menciona como anexo “los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio”, se trata de aquellas profesiones u oficios que para su ejercicio requieren de una autorización por parte del gremio o por alguna entidad estatal destinada para tal fin, en estos casos, la habilitación para actuar como perito no solo se obtiene con la presentación de un título expedido por alguna institución académica o técnica, siempre será necesario aportar la tarjeta profesional o licencia que lo autoriza para desempeñarse como tal, el juez deberá advertir si el perito cuenta con licencia, la tiene cancelada o suspendida, pues

será información de la que puede derivar consecuencias jurídicas en la etapa de admisibilidad, contradicción y valoración, como se detalla más adelante.

Para finiquitar esta idea, basta con el siguiente ejemplo de la Corte Suprema de Justicia, corporación que en el año 2019 confirmó que un Tribunal había denegado correctamente un recurso de casación porque el demandante no había acreditado el interés para recurrir, la parte actora se había valido del avalúo del bien inmueble presentado por el propio abogado, quien a su vez poseía el título de ingeniero civil y estaba acreditado como auxiliar de la justicia, sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia afirmó que el avalúo de bienes inmuebles está sujeto a las formalidades previstas en el Decreto 1420 de 1998, siendo una de ellas la necesidad de que el profesional se encuentre registrado y acreditado como perito evaluador.¹⁵

Aparte de contar con los conocimientos expertos, otra cualidad que debe poseer cualquier experto dispuesto a rendir dictamen pericial es la imparcialidad. La misión del perito es comunicar al juez los conocimientos especializados que posee, sin intentar favorecer o perjudicar a alguna de las partes, el artículo 235 del CGP consagra este deber: “El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes”; no obstante, existen innumerables motivos por los cuales un perito puede estar dispuesto a desconocer dicho deber.

En términos generales, el acto de comunicación efectuado por el perito se enmarca dentro de la prueba testimonial, en donde un hablante (perito) transmite conocimiento experto a una audiencia (juez y partes), de ahí que todas las parcialidades aplicables al testimonio de terceros son extensibles a los peritos, como lo sería su cercanía con las partes, con el abogado de la parte o por el interés en el proceso; sin embargo, existen otros tipos de parcialidades exclusivos de la prueba pericial (Vázquez Rojas, 2015).

En primer lugar, la parcialidad del perito se puede originar por el propio modelo de designación de expertos regulado en el CGP, el cual impone a la parte la carga de aportación del dictamen pericial, ello genera una parcialidad en el perito para favorecer a la parte que lo contrata, por ahora solo se deja esbozada la idea, en el segundo capítulo de este trabajo se estudia el modelo de designación de peritos del CGP y sus problemáticas, en el que se dedica un buen espacio para discutir este tipo de parcialidad.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 4 de junio de 2019, radicación No. 11001-02-03-000-2019-01079-00, M.P. Margarita Cabello Blanco.

En segundo lugar, se encuentra la parcialidad disposicional en los términos utilizados por la autora mexicana Carmen Vázquez (2015, pág. 73), entendida como la actitud del perito para favorecer a cualquiera de las partes, los motivos pueden ser diversos, como la empatía o enemistad que pueda surgir hacía alguna de ellas.

En tercer lugar, y siguiendo los planteamientos de la autora mexicana, se encuentra la parcialidad cognitiva, de difícil reconocimiento incluso por el propio perito, apunta a la existencia de ciertos sesgos cognitivos, originados en la deficiencia en la información para elaborar el dictamen, en predisposiciones cognitivas causadas por la institución en la que estudió, por sus profesores, por los textos leídos y las posiciones asumidas por el experto frente a ciertas teorías o técnicas discutidas al interior de su área de conocimiento.

En cuarto lugar, la parcialidad en el perito también puede provenir de la existencia de una relación estrecha con una entidad estatal involucrada en el proceso judicial, el caso más representativo se encuentra en el proceso penal, en donde un perito perteneciente al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses se encuentra bajo dependencia funcional respecto al fiscal encargado para adelantar el proceso¹⁶, este último determina el objeto de la pericia, señala lo que pretende acreditar con la prueba e incluso comunica las sospechas existentes, todo ello repercute en la parcialidad del experto.

En los procesos administrativos también puede surgir este tipo de parcialidad, en muchos casos se ordena a una entidad pública rendir dictamen pericial sobre asuntos relacionados con la función que desempeña, los peritos vinculados a estas instituciones podrían estar inconscientemente parcializados para defender a la entidad pública involucrada en el proceso.

Ahora, en materia civil, no resulta fácil identificar un supuesto de este estilo, dado que el proceso civil entabla principalmente una relación entre particulares, por lo que el perito no tiene ninguna razón institucional para favorecer o perjudicar a alguna parte en específico, quizás, podría suceder que la institución defienda algunos valores o incluso posea una ideología que influya en el perito para dictaminar en favor de la parte que aparentemente actuó conforme a esa ideología o valores institucionales, solo como supuesto hipotético se plantea que un perito perteneciente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podría estar parcializado en favor de aquel progenitor que parece velar en mayor grado por el interés superior del menor.

¹⁶ Ver artículo 200 de la Ley 906 de 2004- Código de Procedimiento Penal.

En último lugar, la imparcialidad del perito puede verse influenciada por la defensa de los intereses del gremio al cual pertenece, bajo la idea de que rendir un dictamen pericial exigente y crítico de una actividad desempeñada por uno de sus colegas, podría redundar en perjuicio de todo el gremio, sirva de ejemplo el caso de los médicos, en efecto, si el médico demandado ejecutó un acto abiertamente contrario a la *lex artis*, el perito no dudará en plasmarlo de esa manera en el dictamen, pero en casos de duda o por falta de información, el perito podría tender a no ser tan exigente con el acto médico ejecutado por su colega, pues sentaría un precedente que incluso lo podría afectar como demandado en un futuro proceso judicial.

Para culminar con esta sección sobre el perito como fuente de prueba, no se puede obviar que al momento de rendir un dictamen, el perito puede incurrir en alguna de las siguientes responsabilidades:

(I) Penal: El perito podría ser sujeto activo de alguno de los siguientes delitos tipificados en la Ley 599 de 2000: daño en bien ajeno (Art. 265), uso de documento falso (Art. 291); destrucción, supresión u ocultamiento de documento público (Art. 292); destrucción, supresión u ocultamiento de documento privado (Art. 293); falso testimonio (Art. 442), ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (Art 454B).

(II) Civil: De igual modo el perito podría causar un daño a las partes o terceras personas con la realización de las actividades periciales, por ejemplo, perder o dañar la cosa entregada para la realización del peritaje o por el incumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato de prestación de servicios.

(III) Profesional: Se trata de aquellos casos en los que el perito es enjuiciado por las asociaciones, colegios o gremios encargados de regular y vigilar la profesión, quienes crean unos códigos de ética o de buen ejercicio de la profesión que contemplan las obligaciones de los profesionales, en estricto sentido el perito cuando acude a un proceso judicial no está en ejercicio de su profesión, pero esto no significa que pueda desconocer, irrespetar o tergiversar los conocimientos aceptados y defendidos por su área profesional, como ejemplo de estas asociaciones tenemos el Tribunal Nacional de Ética Médica, el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería o el Colegio Nacional de Químicos Farmacéuticos de Colombia.

La descripción y los cuestionamientos planteados alrededor de la figura del perito proporcionan algunas pautas para esclarecer una discusión referida a las funciones que debe cumplir la prueba pericial al interior del proceso, lo cual será el tema del siguiente apartado.

1.5. La función del perito en el proceso judicial

Los supuestos en los que un perito puede ser convocado a un proceso judicial son incontables, a raíz del amplio espectro de saberes especializados que pueden ser requeridos por el juez y las partes para gestionar un caso, esa diversidad implica que el perito puede desarrollar un sinnúmero de actividades determinadas por las diferentes metodologías aplicables al objeto de la pericia, a pesar de ello, la prueba pericial siempre debe cumplir la función de introducir conocimientos especializados al proceso, es su función diferenciadora como se ha explicado anteriormente, sin dejar de lado que esa función puede adoptar varias configuraciones.

La doctrina ha dedicado parte de sus estudios a desglosar las diferentes funciones que desempeña la prueba pericial, es un tema trascendental para delimitar la órbita funcional que le corresponde al juez y al experto, con dicha demarcación se pretende evitar que alguno de los dos sujetos invada el campo del otro, lo que podría conculcar el derecho al debido proceso y obstruir la consecución de la verdad procesal. En el siglo XX, Eugenio Florian sintetizó las funciones de la prueba pericial en tres tareas:

- a) suministrando el contenido abstracto y genérico de conocimientos especiales;
- b) comunicando el resultado concreto de observaciones y de investigaciones propias con el fin de comprobar hechos o poner de presente cosas que constituyan objeto de prueba;
- c) dando un dictamen, un juicio concreto como apreciación del resultado de percepciones y observaciones propias o ajenas (Florian citado en Parra Quijano, 1996, pág. 30).¹⁷

Respecto a la primera función es importante advertir que conlleva una ventaja innegable, de este modo es muy fácil diferenciar las funciones de los dos sujetos, por un lado, el perito se limita a transmitir esos conocimientos especiales de una manera general, sin analizar el caso concreto, por el otro, el juez tiene la tarea de realizar las deducciones correspondientes para determinar si un hecho resulta acreditado o no; sin embargo, esta función hace surgir una vez más la pregunta ¿tiene el juez la capacidad de construir deducciones confiables a partir de un conocimiento especializado expuesto de forma genérica y abstracta?, nuevamente el juez se encuentra con la barrera de su ignorancia y la incapacidad física de conocer y comprender todos los saberes especializados que puedan ser discutidos en un proceso judicial.

¹⁷ Texto original: Florian, E. (1968). *De las pruebas penales*. Tomo I “De la prueba en general”. Editorial Temis Bogotá, p. 153 y ss.

Las otras dos funciones son comúnmente reconocidas como propias de la prueba pericial, por ejemplo, el autor español Julio Pérez Gil (2010) recoge una propuesta doctrinal que abarca tres aspectos:

a) percepción, verificación o constatación de nuevos elementos de prueba (la del perito "*percipiendi*"); b) aportación de máximas de experiencia especializadas y, c) aplicación de tales principios de la experiencia a hechos ya verificados en el proceso extrayendo las oportunas deducciones, causas y efectos (perito "*deducendi*") (Pág. 49).

En este trabajo se asume que el perito puede cumplir con las funciones relacionadas en la propuesta citada, con la claridad de respetar el ámbito competencial del juzgador, a quien le corresponde decidir cuáles hechos resultaron acreditados luego de la etapa probatoria, por lo cual se deben exponer algunas observaciones sobre las funciones resumidas por Julio Pérez Gil.

Para comenzar, la primera función es la del perito "*percipiendi*", al detallar detenidamente los autores traídos a colación, se encuentra que tanto Eugenio Florian como la síntesis de Julio Pérez Gil reconocen que el perito puede cumplir la función de examinar directamente un objeto, lugar o persona. Los resultados de esta actividad pueden ser la comprobación de hechos que ya han sido alegados por las partes en sus escritos iniciales o la verificación de hechos nuevos, no considerados por el demandante o demandado porque solo adquieren su entidad a través de la óptica de un saber especializado, justamente, esta última posibilidad es uno de los argumentos para defender la categoría de medio probatorio de la prueba pericial.

Un caso puede servir para esclarecer la idea, supongamos que un edificio recientemente construido comienza a presentar grietas en su estructura, los habitantes deciden presentar una demanda en contra de los constructores para obtener la reparación de perjuicios, durante el proceso judicial se nombra un perito ingeniero civil que visita el edificio y constata que las grietas son el producto de los errores cometidos en el proceso de construcción, algo que confirma la hipótesis sostenida por los demandantes; en otro escenario, el mismo perito puede verificar que las grietas no se generaron en la ejecución de la construcción, sino que son la consecuencia de la utilización de materiales inadecuados, a fin de cuentas, es un hecho nuevo ignorado por las partes e introducido al proceso mediante la declaración del experto.

La segunda función es la típica tarea encomendada al experto, su función entonces estaría en aportar una máxima de la experiencia especializada, sustentada en el campo del conocimiento requerido en el proceso, con la ejecución de esta función la prueba pericial no

introduce hechos nuevos, simplemente comunica el contenido proveniente del saber especializado.

La última función es la construcción de deducciones, causas y efectos, tras la aplicación de los conocimientos especializados a hechos acreditados efectivamente en el proceso, en cuanto a dicha función debe procederse con cautela, por ser un terreno en el que se pueden confundir fácilmente las funciones periciales y judiciales, el perito debe limitarse a construir deducciones en términos científicos, técnicos, artísticos o prácticos, en definitiva, especializados, pero esa función no lo puede llevar a elaborar deducciones sobre categorías jurídicas.

Continuando con un ejemplo de construcciones defectuosas, en un proceso de responsabilidad civil se aportan los planos arquitectónicos del edificio construido, a pesar de tratarse de un documento que introduce conocimientos especializados, el juez no tiene la capacidad para determinar si existió culpa en la elaboración de dichos planos, por lo tanto, surge la necesidad epistémica de conocer el concepto de un perito arquitecto sobre el asunto, su ámbito funcional no puede extenderse hasta el punto de determinar si existió culpa o no en el diseño del edificio, ya que la culpa es un elemento jurídico de la responsabilidad civil y su examen le compete exclusivamente al juez; en consecuencia, el perito puede identificar en su dictamen los errores cometidos por el profesional que diseñó los planos, sus manifestaciones deben efectuarse desde la óptica de su saber especializado y no en términos de imprudencia, negligencia o impericia.

Trasladando el estudio de las funciones del peritaje al ámbito estadounidense, destaca el artículo de los profesores Jennifer L. Mnookin y Samuel R. Gross (2003), quienes construyen una taxonomía más específica de las funciones que puede cumplir un perito al interior del proceso, si bien algunas se comentaron anteriormente, resulta pertinente hacer una síntesis de este trabajo debido a su claridad y completitud. Los autores estadounidenses incluyen en su taxonomía tres grandes funciones de los expertos, estas son: descripción, enseñanza y evaluación.

- Describir consiste en detallar un objeto, lugar, animal o persona, sin efectuar una valoración de los mismos, dentro de esta función se enmarcan tres tipos de manifestaciones descriptivas: la observación, la traducción y el cálculo.

- *Observación:* En muchas ocasiones, el perito puede ser convocado para percibir un objeto desde la óptica de su saber especializado, ya sea mediante sus sentidos, como cuando

observa una falla mecánica de un carro, o a través de instrumentos utilizados en su campo, como un microscopio o un teodolito en el caso de la topografía. Luego, el experto consigna lo observado en el dictamen pericial de forma descriptiva, sin dejar de lado que estas observaciones no serían posibles o correctas si no mediara el saber especializado del perito, precisamente allí radica la diferencia con el testigo, quien comunica lo percibido sin tener en cuenta un conocimiento cualificado.

- *Traducción*: Como lo explican los autores citados, un perito traduce cuando realiza una “reformulación en un sistema de comunicación simbólica [...] de un mensaje que se transmitió en un sistema de comunicación diferente. En este caso, al experto se le pregunta algo así como “¿Qué dijo?” (Mnookin & Gross, 2003, pág. 156). El ejemplo típico es el de la traducción de un idioma a otro, pero también puede surgir la necesidad de comprender algunos términos utilizados exclusivamente por un grupo determinado de personas, como serían las jergas en ciertas comunidades, el lenguaje técnico empleado en algunas profesiones o algunos términos utilizados en los negocios.

- *Cálculo*: En este punto la tarea del perito es tasar o valorar cuantitativamente algo a través de operaciones aritméticas, en muchos casos el experto toma como base datos introducidos por otros medios de prueba, por ejemplo, calcular el monto a pagar por un impuesto requiere de los datos contables de aquellos movimientos constitutivos del hecho generador o calcular los intereses generados por un dinero adeudado requiere de la información acerca de los pagos parciales realizados por el deudor.

- La segunda gran función pericial es la de enseñar, es decir, instruir al juez y a las partes sobre cierto conocimiento especializado, Mnookin y Gross (2003) conciben esta función en un sentido general, se trata de: [...] suministrar información que ayude al juzgador de los hechos a tomar decisiones. Nos enfocamos aquí en un tipo particular de educación- “instrucción”- con el que nos referimos a información general sobre algún asunto o fenómeno común (“El drenaje inadecuado puede hacer que el agua subterránea socave los cimientos”) en lugar de información específica sobre un problema o caso particular (“El muro se derrumbó debido a un drenaje inadecuado en su base”) (Pág. 160).

Siguiendo la propuesta de estos autores, el perito puede instruir a su audiencia sobre lo siguiente:

- *Información*: El perito puede ser llamado para proporcionar información general sobre su área de conocimiento, sin referirse a los hechos concretos del caso. Por ejemplo, el perito

puede instruir sobre los componentes y el funcionamiento de la fórmula para calcular la velocidad de un vehículo a partir de la huella de frenada, sin relacionar los hechos del caso, en otro orden de cosas, puede relacionar los estudios e investigaciones que indican la relación entre el contacto con el asbesto y el origen del cáncer en una persona.

- *Normas*: El perito también puede educar al juez y a las partes acerca de normas y/o costumbres que rigen una profesión o labor. Casi todas las áreas profesionales cuentan con un conjunto de estándares y reglas, no necesariamente jurídicos, que sirven como hoja de ruta para desarrollar diferentes actividades, por ejemplo, en la mayoría de casos de responsabilidad médica se discute alrededor de la *lex artis* aplicable en el caso concreto, ello comporta una norma de conducta que debe ser precisada por un perito.

- La tercera y última gran función del perito es evaluar o valorar, es una de las funciones más comunes realizadas por los expertos y posee cierta similitud con la función asignada al juez, por tal razón, debe estudiarse con precaución. Con excepción del testimonio técnico, la prueba pericial es el único medio probatorio que tiene como función proporcionar opiniones, recomendaciones, proyecciones y juicios valorativos, como lo explican los profesores que se vienen trabajando, a los peritos: [...] se les permite hacer evaluaciones de gran alcance basadas en muchos tipos de pruebas, de primera y segunda mano, admisibles e inadmisibles: pueden expresar opiniones sobre cuestiones fácticas precisas que el juez o el jurado deben decidir; pueden evaluar todo el conjunto de pruebas antes que el tribunal y decirle al juzgador de los hechos qué decisión tomar. Estas evaluaciones de casos específicos, que aplican conocimientos previos y habilidad experta a los hechos en cuestión, son lo que llamamos “valoraciones”. En muchos casos, las valoraciones de los expertos consisten en juicios que pueden ser adoptados directamente por el juzgador de los hechos (Pág. 173).

Los autores citados entienden que dentro de las tareas asignadas al experto en esta función se encuentran las siguientes:

- *Diagnosticar*: Por ejemplo, revelar la plaga que está afectando unas plantaciones o identificar la falla mecánica de un vehículo.

- *Causalidad*: Como sería el caso de determinar la causa de fallecimiento de una persona o la causa de un accidente de tránsito.

- *Pronosticar*: Por ejemplo, cuando se proyecta el tiempo de recuperación de un paciente o las consecuencias psicológicas que puede tener un trauma de infancia en la vida adulta.

-*Avaluar*: El perito puede determinar el precio de un inmueble, vehículo, animal o planta.

- *Identificar una fuente común*: Es el caso típico de las ciencias forenses que buscan comprobar si un vestigio o muestra proviene de una fuente examinada, por ejemplo, las pruebas de ADN, la dactiloscopia o los peritajes caligráficos, frente a esta última tarea se decidió realizar un estudio que será desarrollado al final de este apartado.

De esta última gran función, se infiere que en el escenario estadounidense se le permite a los expertos realizar ampliamente evaluaciones o valoraciones, con base en otros medios de prueba, además, esos juicios valorativos podrían ser determinantes para la resolución del caso, de ahí que sea necesario reiterar la idea expuesta al inicio de este apartado, en el sentido de que el perito debe abstenerse de efectuar afirmaciones categóricas sobre el supuesto fáctico de las normas aplicables, y con mayor razón, insistir en la prohibición de referirse a los elementos jurídicos discutidos en el juicio de derecho. Estas últimas dos funciones están reservadas para el juez, como lo ha enseñado la Corte Constitucional:

No puede el perito sustituir al juez del Estado, pues el dictamen es un medio de prueba que jamás puede confundirse con la sentencia. Una es la labor del auxiliar de la administración de justicia y otra muy distinta la que corresponde al juez que en ejercicio de la competencia que se le asigna por la ley para el efecto al dictar sentencia manifiesta la voluntad del Estado para el caso concreto y conforme a la ley.¹⁸

De todo lo dicho, se puede entender la dificultad para delimitar las funciones a cumplir por parte del juez y del perito, puesto que algunas de las funciones encomendadas a este último se asemejan a las funciones institucionales propias del primero, nótese en la función de valorar, claramente son funciones que comparten, la diferencia radica en el conocimiento utilizado por cada uno de ellos para cumplir su función; el juez cuenta con las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica, el sentido común y las demás pruebas practicadas; por su parte, la herramienta del perito para acometer sus funciones son los saberes especializados del área a la cual representa.

Con el panorama claro sobre las funciones que puede desplegar un experto al interior del proceso judicial, se cuenta con bases suficientes para entrar en la discusión acerca de la caracterización jurídica de la prueba pericial, pero antes de entrar en el tema y como se anticipó

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-476 de 2005, M.P: Alfredo Beltrán Sierra.

en párrafos anteriores, se traen algunas reflexiones sobre la tarea pericial de identificar la fuente común de muestras, objetos o personas.

1.5.1. Paradigma de la individualización

De la revisión bibliográfica realizada para el planteamiento de este trabajo se identificó una preocupación en los autores estadounidenses y en algunos autores españoles acerca de lo que se denomina el paradigma de la individualización. Incluir esta temática en el presente estudio responde a la influencia que puede tener en las posiciones asumidas por el juzgador para valorar la prueba pericial y por la novedad que representa en el escenario colombiano, por esta razón, se decidió emprender un rastreo jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia para conocer si estos casos han sido analizados judicialmente.

El paradigma de la individualización tiene lugar en el marco de las denominadas pruebas científicas, bastará con entender que estas son:

[...]elementos de convicción que son el resultado de avances tecnológicos y de los más recientes desarrollos en el campo experimental, que se caracterizan por una metodología regida por principios propios y de estricto rigor científico, cuyos resultados otorgan una certeza mayor que el común de las evidencias (Midón citado por Gozáni, 2012, pág. 202).¹⁹

Al ubicarnos en el campo de las pruebas científicas, se debe tener precaución sobre el valor demostrativo que se le asigna a este tipo de pruebas en comparación con aquellas fundamentadas en otros campos del conocimiento, de tal modo que no se puede asumir el carácter infalible de las ciencias, sino que debe comprenderse como un campo en donde están en constante debate las teorías planteadas. Las anteriores consideraciones se deben a que:

Las denominadas pruebas científicas, cuyo armazón, según se ha sostenido, sería un razonamiento no inductivo sino *deductivo* y cuyos resultados, por eso mismo, habrían de ser tomados como incuestionablemente *verdaderos*. Lo que se argumenta, en otras palabras, es que mientras que la prueba *no científica* se basa en máximas de experiencia o en leyes probabilísticas de débil fundamento epistémico aplicadas además dentro de una metodología no científica, la prueba *científica* está basada en leyes que se consideran universales y que son aplicadas dentro de la metodología

¹⁹ Fuente original: Midón, S.M. (2007). *Ponencia presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal*. Mar de Plata, Argentina.

científica, razón por la cual, si la prueba se ha realizado bien, proporciona resultados concluyentes (Gascón Abellán, Lucena Molina y González Rodríguez , 2010, pág. 2).

Generalmente suelen ubicarse dentro del conjunto de pruebas científicas aquellas actividades probatorias que encuentran su fundamento en las denominadas ciencias forenses, cuyo objetivo primordial es el de reconocer, individualizar y cotejar personas, muestras, vestigios o algún material relevante para el objeto del litigio; es el caso de la balística, la genética, el cotejo caligráfico, la lofoscopía, con sus especialidades de dactiloscopía, quiroscopia, pelmatoscopía, microlofoscopia, incluyendo también aquellos campos que pretenden identificar objetos, como el análisis de la huella de frenado, las marcas que deja una herramienta en algún material o las marcas plasmadas por un objeto contundente en el cuerpo de una víctima.

Las ciencias forenses afirman tener la capacidad de individualizar una persona u objeto con exclusión de las demás existentes, ello se logra con la aplicación de teorías y técnicas científicas que permiten cotejar una muestra o vestigio con la fuente de la cual podrían proceder aquellas. Para ejemplificar este asunto, supongamos que, en un proceso de sucesión se cuestiona la validez del testamento aduciendo que la huella dactilar plasmada no corresponde con la del causante, para controvertir lo anterior, se presenta un dictamen pericial dactiloscópico, el cual, luego de un análisis de otras huellas plasmadas por el causante en otros documentos, concluye que la huella dactilar corresponde con la del causante con exclusión de todas las demás existentes.

Esos juicios comparativos entre un vestigio y una fuente se sustentan sobre la idea de que cada objeto tiene unas características específicas que permiten diferenciarlo del resto²⁰, en otras palabras: Los examinadores de huellas dactilares, los analistas caligráficos, los especialistas en marcas de herramientas y otros “científicos forenses comparativos” parten de la premisa de que cada objeto o impresión es único y creen que su formación les permite, en los casos donde los objetos o impresiones son de una calidad adecuada, relacionar una muestra

²⁰ Un ejemplo de esta idea se encuentra en la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con fecha del 5 de noviembre de 1964, con ponencia del Magistrado Humberto Barrera Domínguez, Gaceta Judicial 2274, pág. 252-258, se trata del juicio de tres delitos de hurto cometidos contra tres entidades bancarias el 28 de octubre de 1959 en Bogotá, en la cual la Corte asume el paradigma de la individualización argumentando que: “Dado el carácter diversiforme de las crestas papilares de los dedos de las personas- lo cual lleva a tener como cierto que no pueden darse dos datilogramas iguales en individuos distintos, y ni siquiera en dos de los dedos de un mismo sujeto- es obvio que el hallazgo de una huella dactilar del sindicado en el lugar del crimen, conduce, necesariamente, a encontrar como evidente su presencia allí [...] ese encuentro de sus huellas dactilares constituye un vehemente indicio de su responsabilidad en la infracción penal averiguada”(Pág. 257).

de la escena del crimen con un objeto o individuo conocido “con exclusión de todos los demás” (Kaye, Mnookin & Bernstein, 2010, pág. 670).

El problema a identificar por el juez se presenta cuando bajo el amparo de esa premisa, los expertos aseveran la individualización de un objeto, una impresión o una persona de manera contundente, con la exclusión de todas las demás existentes. Para dilucidar esta cuestión, es necesario definir algunos conceptos claves, por una parte, está el de identificación, referido a la capacidad del ser humano para clasificar a una persona, animal o cosa en una categoría, como sería el caso de la botánica en donde los animales son identificados a partir de las especies. La Corte Suprema de Justicia entiende que la identificación de una persona:

Alude a todos los datos que han sido asignados a una persona para su realización dentro de la sociedad, por razón de su origen, sea por el lugar de nacimiento o los que nacen en el núcleo familiar, como los que se refieren a sus nombres y apellidos, a sus vínculos de consanguinidad o afinidad; luego, a los documentos que lo identifican en los actos de su vida pública y privada y en los registros oficiales como son la cédula de ciudadanía, la libreta militar, un carné de vinculación al servicio público, los certificados sobre antecedentes penales, policivos, disciplinarios, etc. Es decir, la identificación comprende todos aquellos datos que otorgan a una persona un sitio jurídico dentro de la organización social.²¹

Por otra parte, tenemos el concepto de individualización, que puede ser entendida como: el proceso de ubicar un objeto en una categoría de unidad que consta en una sola unidad. La individualización implica unicidad. La individualización hace referencia a especificidad e identificación absolutas (Saks & Koehler, 2008, pág. 205). Consistiría en un juicio que permite establecer como único un objeto, impresión o persona por medio del análisis de un conjunto de características que lo diferencian con exclusión de todos los demás existentes.

Bajo este concepto es que se realizan afirmaciones como: la huella de frenado encontrada en el lugar del accidente pertenece al vehículo del demandado, sin que exista la posibilidad de proceder de otro automotor o la firma plasmada en el documento fue producida por la mano derecha del demandado, dicha caligrafía no podría proceder de otra persona en el mundo.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de decisión de tutelas No.1, sentencia del 17 de diciembre de 2013, No. T-67719 aprobada bajo acta No. 311, M.P: Luis Guillermo Salazar Otero.

Según los profesores Jonathan Koehler y Michael J. Saks (2010), la falacia de la individualización: Se refiere a la creencia de que una persona u objeto conocido en particular debe ser la fuente de las marcas en cuestión siempre que (a) el examinador considere que se observa un número suficiente de características, tanto en las marcas cuestionadas como en la conocida, y (b) el examinador no puede distinguir de otra manera las marcas cuestionadas de la conocida. En otras palabras, la falacia surge cuando el científico forense descarta todas las demás fuentes posibles de la marca desconocida, incluyendo la gran multitud que no ha examinado, una vez que ha encontrado un solo objeto o persona que coincide con las características de la marca desconocida (pág. 2).

Frente a este tipo de afirmaciones, la doctrina ha endilgado fuertes críticas a los expertos que se expresan en esos términos, al respecto se ha señalado que “no existe fundamento racional alguno para que un perito sostenga que ha sido capaz de identificar a una persona o a un objeto a partir de los análisis de un vestigio realizados en su laboratorio” (Gascón Abellán, Lucena Molina y González Rodríguez , 2010, pág. 3).

Aceptar como válido el paradigma de la individualización para la construcción de los dictámenes periciales y utilizarlo para resolver los problemas jurídicos trae consigo varios inconvenientes. Como se esbozó anteriormente, las afirmaciones contundentes de individualización carecen de un fundamento científico, a raíz de la escasez de investigaciones empíricas que comprueben las premisas sobre las cuales se sustentan los juicios de individualización. Comúnmente, las ciencias forenses caen en el error de igualar la infrecuencia de un suceso con su singularidad (Saks y Koehler, 2008, pág. 205). Por ejemplo, afirmar con un alto grado de probabilidad que la firma plasmada en un título valor pertenece al demandado en ningún caso significaría su individualización con respecto a las demás existentes en todo el mundo.

La crítica a esa premisa utilizada por las ciencias forenses se basa en la explicación de Karl Popper, en el sentido de que es imposible probar una hipótesis por la acumulación de casos positivos (Saks & Koehler, 2008, pág. 212). La hipótesis consistente en que cada llanta plasma una huella diferente a todas las demás, no resulta comprobada con la acumulación de casos en los cuales se puede observar diferencias en las marcas dejadas por diversas llantas, dado que bastará con un solo caso en donde se compruebe que dos llantas diferentes plasmaron idénticas marcas para negar la hipótesis aludida.

De la alta frecuencia de un suceso no se puede desprender una afirmación de certeza, puesto que un solo caso que muestre lo contrario invalida esa declaración. De ahí la importancia de entender que las conclusiones construidas desde las ciencias forenses están sustentadas en probabilidades, por muy altas que estas sean, no se puede caer en el error de asumirlas como una certeza absoluta.

La única manera de alcanzar la certeza en los juicios de individualización sería la caracterización de la totalidad de personas y objetos existentes en el mundo, en la actualidad dicha tarea es simplemente imposible, por consiguiente, se debe procurar por la eliminación de cualquier afirmación de individualización como certeza incuestionable. De hecho, investigaciones desarrolladas en Estados Unidos al interior de los diversos subcampos de la ciencia forense han aceptado la imposibilidad de realizar ese tipo de afirmaciones. Por ejemplo: Un análisis de firmas tomadas de una base de datos de registro de votantes reveló numerosas firmas indistinguiblemente iguales. De manera similar, se han documentado casos en los cuales las huellas dactilares de una persona fueron identificadas como las de otra. También ha habido muchos falsos positivos en la identificación de marcas de mordida (Saks & Koehler, 2008, pág. 213).

Este tipo de conclusiones se han replicado en varias investigaciones, cuyo objetivo ha sido generar bases empíricas para los juicios de individualización²², todo lo anterior autoriza a confirmar la falta de investigaciones científicas que permitan avanzar hacia un mayor grado de individualización de las personas y objetos.

En otro orden de ideas, el paradigma de la individualización no solo presenta inconvenientes desde una óptica científica, sino que sus problemas se ven reflejados en aspectos estrictamente procesales. En el escenario de las cortes estadounidenses, una de las grandes preocupaciones alrededor de los juicios de individualización es el impacto que estos puedan tener en los jurados, allí se ha procurado por controlar una posible sobrevaloración de la

²² En los años 40s, un equipo de investigadores biomédicos intentó desarrollar bases para la individualización en las huellas dactilares, concluyendo que es imposible ofrecer pruebas concluyentes de que no hay dos huellas dactilares con patrones idénticos. En otro estudio desarrollado por David Stoney se concluye que: el criterio para una identificación absoluta en el trabajo de huellas dactilares es subjetivo y está mal definido. Son el producto de intuiciones probabilísticas compartidas ampliamente entre los examinadores de huellas dactilares, no de la investigación científica. Finalmente, en el área de las armas de fuego y las marcas de herramientas, Alfred Biasotti, Jhon Murdock and Bruce Moran señalan que: la investigación existente fue insuficiente para validar el criterio cuantitativo objetivo necesario para concluir que una superficie de trabajo es única. Todos estos ejemplos se encuentran en: (Saks & Koehler, 2008, págs. 213, 214, 215).

información proporcionada por un experto en este tipo de casos (Kaye, Mnookin & Bernstein, 2010).

Esas afirmaciones categóricas de individualización introducidas por el perito, también podrían causar un impacto negativo en el juzgador del proceso civil colombiano, efectivamente, si un perito aduce en su dictamen “la firma plasmada en el título valor es la del demandado, con exclusión de todas las demás existentes” o “la pintura hallada en el lugar del accidente de tránsito es la misma que cubre el vehículo del demandado, sin la posibilidad de pertenecer a otro automotor”, el juez podría sobrevalorar esas declaraciones, aceptándolas como una certeza absoluta, sin tomar en cuenta que son afirmaciones basadas en probabilidades. Lo anterior conlleva a una de las problemáticas descritas en este trabajo, atinente a la usurpación de las funciones del juez por parte del perito, como se ha reiterado, es al juzgador a quien le corresponde determinar la acreditación del supuesto fáctico de la norma que resuelve el problema jurídico planteado.

Toda esta problemática termina agravada por el modelo de designación de peritos imperante actualmente, en vista de que al ser las partes las encargadas de elegir y contratar al experto, buscarán que el dictamen esté construido de una manera contundente, con el objetivo de persuadir al juzgador. De ello puede inferirse la preferencia por las partes de informes periciales cuyo juicio de individualización se establezca en términos de certeza absoluta, de aquellos que solo lo efectúen en términos de probabilidad.

El paradigma de la individualización será un tema sobre el que se volverá en varios apartados del trabajo, concretamente, en la parte final dedicada a la propuesta para abordar la prueba pericial, en donde se presentan unos breves comentarios en cada una de las fases escogidas, adicionalmente, en la sección dedicada a la valoración se presentan los resultados del rastreo de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

1.6 La caracterización jurídica de la prueba pericial

Habitualmente se alude a dos concepciones alrededor de la caracterización jurídica de la prueba pericial, la primera consiste en asumir que la prueba experta realmente es un auxilio para la administración de justicia y la segunda concibe la prueba pericial como un medio probatorio autónomo, la idea es revisar brevemente los argumentos presentados por estas dos concepciones para luego exponer la posición asumida en este trabajo.

Autores como Pietro Ellero, Vicenzo Manzini, Guillermo Colín Sánchez, Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada, Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz niegan la categorización de la prueba pericial como medio probatorio bajo el argumento central de que se trata realmente de un medio subsidiario que sirve como auxilio para el juzgador, complementando sus conocimientos (Parra Quijano, 1996, pág. 10-28).

Esta concepción de la prueba pericial es muy permisiva frente al conocimiento privado del juez, en el entendido de que, si este posee los conocimientos especializados requeridos para resolver el caso, no existe ningún impedimento para su utilización.

Igualmente sostienen que a diferencia de los otros medios probatorios, la prueba pericial no introduce hechos nuevos, puesto que para el desarrollo de sus funciones toma como base los demás medios de prueba ya introducidos en el proceso y a partir de allí emite un juicio valorativo sobre lo ocurrido.

La concepción anterior es entendible para la época en la que escriben los autores mencionados, por el hecho de que el modelo de designación de expertos imperante en los países del *civil law* era el judicial; sin embargo, Liliana Damaris Pabón Giraldo y Orión Vargas (2016) recaen sobre la misma idea, niegan el carácter de medio probatorio de la prueba pericial, porque en estricto sentido no introduce hechos nuevos al proceso, sino que ayuda al juez en su función de administrar justicia, es la típica concepción del perito como un auxiliar del juez, el experto se ubica al lado del juzgador y lo asesora en esas materias especializadas. Uno de sus inconvenientes es la posible confusión entre las valoraciones del juez y del perito, así, en muchos casos los saberes especializados se tornan incontrovertibles.

Una posición ecléctica es sostenida por la Corte Constitucional, al afirmar el carácter dual de la prueba pericial, en la sentencia T-796 de 2006 se explican las dos posturas:

a) En primer lugar, aquella que la configura como un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos.

b) Y, en segundo lugar, aquella que la configura como un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con

interés exclusivo para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso.²³

Así las cosas, debe considerarse que, en el estado actual de la cuestión y en vigencia del CGP, resulta desacertado negar la caracterización de medio probatorio de la prueba pericial, por las siguientes razones:

I. Una razón simple, no por ello menos importante, para afirmar que el dictamen pericial es un medio de prueba autónomo, se encuentra en la positivización dispuesta en el CGP, en efecto, el legislador estableció los medios probatorios en el artículo 165, incluyendo dentro de ellos al dictamen pericial.

II. El CGP estructuró un modelo de designación de peritos tendencialmente de parte, es decir, la iniciativa para elegir al experto es cedida al demandante y demandado, incluso a los terceros, quienes tienen la tarea de elegir y contratar el sujeto que elaborará el dictamen pericial, de ahí que el objeto y los puntos sobre los cuales el perito va a conceptuar sean determinados por las partes, en principio sin tener en consideración las necesidades epistémicas del juez. Al día de hoy, el perito no se ubica al lado del juez como un auxiliar, por el contrario, se une al conjunto de medios probatorios obrantes en el proceso que eventualmente soportarán alguna hipótesis narrada por las partes.

III. La prueba pericial no es un medio probatorio secundario, de referencia o subsidiario como lo sostienen algunos de los autores mencionados, como se dejó explicado en el apartado dedicado a la procedencia, siempre que se requieran conocimientos especializados para esclarecer o constatar una cuestión fáctica podrá utilizarse este medio de prueba, independientemente de los conocimientos del juzgador.

En aras de respetar los principios de contradicción, imparcialidad y valoración racional de la prueba, se rechaza cualquier posición que acepte la introducción de conocimientos especializados por parte del juez, en esa medida, no solo debe suponerse, sino más bien presumirse la ignorancia del juez respecto a los saberes que involucra la prueba pericial, debido a que las partes tienen el derecho a controvertir la información vertida en el proceso a través de este medio probatorio, al igual que tienen el derecho a una valoración racional de la prueba, sin que se confundan las calidades de fuente y juzgador, algo totalmente imposible si se le permite

²³ Corte Constitucional, sentencia T-796 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

a este último resolver el caso concreto con su conocimiento privado. Como lo indica Parra Quijano (1996):

El juez no puede reemplazar al perito y prescindir de su ciencia, con la afirmación de que tiene los conocimientos o que los puede adquirir. Tener los conocimientos no es una obligación del juez, pero adquirirlos en cierta forma sí, por lo menos en forma mediana, que le permitan leer el dictamen y vulgarizarlo (es decir "traducirlo" a términos comunes) para que el justiciable y la sociedad entiendan la sentencia que se sustenta en él. Piense el lector conmigo que el juez que "traduce" el dictamen a términos comunes demuestra que lo entendió, que sabe porque (sic) razón lo toma en cuenta, que sabe porque (sic) se separa total o parcialmente de él (Pág. 25).

IV. La prueba pericial tiene una entidad propia, se ubica dentro de los medios de prueba personales y es catalogado por Carmen Vásquez Rojas como un tipo de testimonio (2015, pág.48); a pesar de ello, esto no es razón suficiente para confundirlo con el testimonio de terceros, en el cual el testigo comunica a una audiencia lo que percibió con sus sentidos, en algunas ocasiones se le permite realizar inferencias, pero su herramienta es el conocimiento común y corriente.

En contraposición a ello, el testigo experto puede percibir un fenómeno con sus sentidos o mediante la utilización de instrumentos empleados en su área de conocimiento, adicionalmente, no solo se le permite comunicar lo percibido, sino que también puede informar sobre inferencias y evaluaciones efectuadas a partir del saber especializado.

Es importante reiterar la conclusión elaborada en la sección 1.3 de este capítulo, a pesar de que otros medios de prueba pueden introducir conocimiento especializado, la nota distintiva de la prueba pericial es que siempre introduce este tipo de saberes, no es una contingencia o un elemento accidental, lo que nos lleva a plantear las diferencias existentes con el denominado testimonio técnico, el cual también cumple con dicho elemento, pues bien, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en una sentencia de 2017 estableció lo siguiente:

El testigo técnico en nuestro ordenamiento procesal es aquella persona que, además de haber presenciado los hechos, posee especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre ellos (art. 227 C.P.C., inc. 3º; y art. 220 inc. 3º C.G.P.), cuyos conceptos y juicios de valor limitados al área de su saber aportan al proceso información calificada y valiosa sobre la ocurrencia de los hechos concretos que se debaten.

[...]Tampoco es posible asimilarlos al dictamen pericial, porque aunque tienen una finalidad parecida, se alejan sustancialmente de la función que cumple este otro medio de prueba, y no se rigen por sus rigurosas y restrictivas normas sobre aducción, decreto, práctica y contradicción.²⁴

Entonces, ambos medios de prueba introducen conocimiento especializado, la gran diferencia radica en que el testigo técnico observó los hechos de primera mano, mientras que el perito en muchos casos no tiene la posibilidad de observar la situación fáctica debido a que se pudo modificar o desaparecer.

V. Quizás el argumento más reiterado por los autores citados afirma que la prueba pericial no es un medio probatorio porque no introduce hechos nuevos al proceso que no hayan sido previamente aportados por algún otro medio de prueba, ello derivado de un entendimiento reducido de las funciones que puede cumplir un dictamen experto.

A partir de la taxonomía trabajada anteriormente de los autores Jennifer L. Mnookin y Samuel R. Gross (2003) se pudo concluir que existen supuestos derivados de las funciones de describir, enseñar y evaluar que se traducen en la introducción de hechos nuevos al proceso. Por ejemplo, cuando un geólogo declara que una vía fue construida en una zona con fallas geológicas está introduciendo un hecho. De igual modo, cuando un perito informa al juez acerca del coeficiente de fricción entre un neumático gastado y el pavimento está introduciendo un hecho.

Cuando el perito evalúa o valora también introduce nuevos hechos, como cuando diagnostica la enfermedad que aqueja al paciente o cuando avalúa un terreno en trescientos millones de pesos, en todos estos supuestos se introducen hechos en sentido probatorio, que si no fuera por la prueba pericial serían ignorados por las partes y el juez (Parra Quijano, 1996).

De alguna manera, los autores que sostienen lo contrario aducirían que en los ejemplos no se introducen hechos, sino juicios de valor; no obstante, de la mano de Marina Gascón Abellán (1999) se puede comprender que los hechos relevantes probatoriamente no son únicamente aquellos denominados externos, entendidos como los “acontecimientos que se producen en la realidad sensible” (Pág. 75), de hecho, al interior de un proceso se debate constantemente sobre hechos internos o psicológicos, los cuales “denotan los motivos,

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de junio de 2017, radicación No. 11001-31-03-039-2011-00108-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

intenciones o finalidad de una conducta, o el conocimiento de un hecho por parte de alguien” (Pág. 76), y también sobre aquellos hechos que “son cualificaciones de una conducta o de un estado de cosas que deben ser llenados de contenido mediante juicios valorativos” (Pág. 76).

Efectivamente, algunas de las afirmaciones realizadas por un perito pertenecen a esta última tipología de hechos, porque el experto aprehende esas manifestaciones realizadas por las partes o la información obtenida de otros medios de prueba y ejecuta un análisis utilizando sus saberes especializados, el resultado es un juicio de valor cargado con un componente conceptual, el cual podrá acreditar o refutar las proposiciones planteadas por las partes, y al mismo tiempo cumple el objetivo de educar al juez en esos conocimientos expertos, no por ello dejan de ser considerados hechos en términos probatorios.

Lo afirmado adquiere una mayor fuerza al analizar la estructura del proceso civil colombiano, en donde antes de presentar una demanda, la parte contrata y conoce el dictamen pericial, de allí que la narración de los hechos esté fijada por lo manifestado por el experto, quien es realmente el sujeto que comunica esos nuevos hechos. Con mayor razón, la pericia introduce hechos cuando es decretada al interior del proceso, porque las partes no pueden anticipar el resultado del dictamen.

VI. Sin lugar a dudas, existen supuestos en los que el juez queda totalmente desamparado ante la ausencia de una prueba pericial, dado su importancia e incluso necesidad, por tal motivo, el perito aparece como un auxiliar para el juez, al complementar sus conocimientos para acreditar un hecho o apreciar los demás medios de prueba, no obstante, esto no le quita el carácter de medio probatorio. En realidad, en una acepción general, todos los medios probatorios auxilian al juez en la tarea de determinar los hechos, por ejemplo, en un caso el juez puede carecer del testimonio directo que informe sobre lo ocurrido verdaderamente y no por esto asumimos el testimonio como un medio auxiliar; se trata más bien de supuestos de deficiencia en el acervo probatorio, ante los cuales el juez debe fallar con los medios de prueba existentes o aplicar la regla de juicio de la carga de la prueba.

Con esta caracterización de los elementos más importantes de la prueba pericial, es posible adentrarse en el estudio de los modelos de designación de peritos existentes y posteriormente analizar el estructurado por el Código General del Proceso.

2. Los modelos de designación de peritos

La intención de este apartado es dar cuenta acerca de los dos principales modelos de designación de expertos que han operado y operan en el proceso civil colombiano, a saber, el modelo de designación judicial y el modelo de designación de parte.

El primero será estudiado de manera general y tomado como punto de comparación respecto al modelo de designación de parte, puesto que este último fue el elegido por el legislador colombiano en el año 2012 como la vía preferente para convocar a los expertos, por tanto, requiere de un estudio pormenorizado y un espacio para discutir sus implicaciones.

2.1. El modelo de designación judicial del experto

Aquí se denomina modelo de designación judicial a aquel en donde el juez tiene a su cargo la tarea de elegir el sujeto que va a rendir el dictamen, y a su vez, decidir los puntos sobre los cuales va a versar el mismo, lo anterior sería la versión “pura” de esta forma de elección, pero lo cierto es que los ordenamientos jurídicos normalmente contemplan otras posibilidades para la designación de expertos, por ejemplo, a través de las partes; por tal razón, se asume que un modelo de designación es judicial cuando esta sea la vía exclusiva o preferente para elegir al experto.

La consolidación de este modelo ocurrió en los países de tradición romano-germánica en el siglo XX, era tal su influencia que Devis Echandía en su obra “Teoría general de la prueba judicial” (1974) incluye como requisito de existencia de la prueba pericial el que deba ser consecuencia de un encargo judicial:

El dictamen de los expertos no puede ser espontáneo, como sí puede ser el testimonio en el proceso penal o en el curso de una inspección judicial civil o laboral; es indispensable que esté precedido de un encargo judicial, mediante providencia dictada y notificada en forma legal (Pág. 323).

Ahora bien, las posibilidades de que un juez pueda elegir al perito varían en función de cada ordenamiento jurídico, la profesora Carmen Vázquez (2014) identifica tres casos de designación judicial del experto:

a. En procesos no dispositivos o cuando sea facultado por el legislador, en ejercicio racional de su facultad discrecional de proposición de elementos de juicio.

- b. A instancia de las partes en prácticamente cualquier tipo de proceso.
- c. Una vez practicadas las pruebas periciales de parte y/o otros elementos de prueba presentados por las partes y/o pedidos por el propio juez, solicitadas por éste para complementar el conjunto de pruebas (Pág. 313).

Tanto el caso “a” como el “c” responden a la facultad oficiosa otorgada a los jueces en algunos ordenamientos jurídicos, el caso “b” involucra a las partes en el sentido de que son ellas quienes proponen o solicitan la prueba pericial, luego, el juez realiza un examen sobre esa solicitud y decide su aceptación o rechazo, en últimas es al juez a quien le corresponde elegir al perito y definir los extremos del dictamen pericial.

Los ordenamientos jurídicos también pueden optar por la libertad en la elección de los peritos o delimitar el conjunto de expertos que pueden ser elegidos, en el medio de estos dos extremos se encuentran diversos mecanismos para su escogencia, tales como:

- a. La elaboración periódica de un listado oficial de peritos y la especificación de los métodos de designación, entre ellos un posible acuerdo entre las partes, el sorteo, la insaculación o la, más común actualmente, designación por lista corrida.
- b. La elaboración de un listado oficial de peritos entre los cuales el juzgador tiene libertad para seleccionar.
- c. Libre elección por parte del juzgador.
- d. La posibilidad de acudir a entidades públicas o privadas especializadas en el ámbito del conocimiento relevante que especifiquen directamente al perito apto (Vázquez Rojas, 2014, págs. 335-336).

El CPC se enmarcaba dentro de la primera opción, se trataba de una lista de auxiliares de la justicia preestablecida y la forma para seleccionar al experto era “rotatoria”, de tal modo que el mismo perito no podía ser designado hasta finalizar la lista, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 9 del código mencionado.

Por su parte, en el CGP existen tres posibilidades de designar judicialmente al experto, la primera se da cuando el juez decreta el dictamen de manera oficiosa; la segunda ocurre por la solicitud del amparado por pobre, bien sea extraprocesalmente o durante el proceso, en los dos supuestos anteriores, el numeral 2 del artículo 229 señala que se deben preferir “las instituciones públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad”; la tercera posibilidad son las peritaciones de entidades y dependencias oficiales según el artículo 234 del CGP, todas

las opciones de designación judicial del experto estarían incluidas en la última modalidad enlistada por Carmen Vázquez.

Aparte de que el juez elige directamente al experto y señale los puntos del peritaje, otra de las características distintivas del modelo judicial de designación de peritos consiste en el carácter eminentemente procesal que adquiere el dictamen pericial, ya que su decreto, elaboración, incorporación, contradicción y valoración tienen lugar al interior del proceso, el único acto extraprocesal sería la solicitud de la parte para decretar el dictamen.

El texto original del CPC es un buen ejemplo de designación judicial y procesal del experto, en su artículo 236 se establecía que inicialmente la parte debía solicitar el dictamen pericial y luego el juez era el encargado de designar al perito, como se extrae del numeral 2 de la disposición mencionada:

El juez resolverá sobre la procedencia del dictamen, y si lo decreta, determinará los puntos que han de ser objeto del mismo, de acuerdo con el cuestionario de las partes y el que de oficio considere conveniente formular. En el mismo auto hará la designación de los peritos, y fijará día y hora, que no podrá ser antes de la ejecutoria de aquél, para que tomen posesión.

En este punto es relevante recordar las características más importantes que tenía la prueba pericial bajo el derogado CPC, desde la perspectiva de la Corte Constitucional este medio de prueba se caracterizaba por:

i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos (artículo 236, numeral 1°), pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quien lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso. En efecto, a los peritos no les consta la situación fáctica que origina la intervención judicial, puesto que, a pesar de que pueden pedir información sobre los hechos sometidos a controversia, su intervención tiene como objetivo emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. iii) es un concepto especializado imparcial, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que debe ser un tercero ajeno a la contienda (artículo 235); iv) se practica por encargo judicial previo, de ahí que claramente se deduce que no es una manifestación de conocimientos espontánea (sic) ni su contenido puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236,

numeral 2º); v) el dictamen pericial debe ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente (artículo 237) y, vi) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley y, en especial, a la contradicción por la contraparte.²⁵ (Subrayado propio)

En resumidas cuentas, bajo vigencia del CPC era claro que la práctica de una prueba pericial estaba mediada por el encargo judicial previo, las partes no tenían la libertad de elegir y contratar directamente a un experto para luego aportar el dictamen pericial con la demanda o contestación, salvo lo contemplada en el numeral 4 del artículo 9 del estatuto procesal que se viene comentando, disposición que permitía a las partes designar peritos de común acuerdo; por tal razón, se afirma que la vía judicial no era exclusiva, más bien se debe hablar de preferencia por la designación judicial de los peritos.

Algo similar ocurría en el escenario español con la antigua Ley de enjuiciamiento civil, como lo aclara Xavier Abel Lluch (2013):

La LEC de 1881 regulaba un sistema de pericial única, judicial y oficial. Las partes proponían la prueba pericial y el juez conservaba el juicio sobre la admisibilidad de la prueba, determinaba los extremos del dictamen pericial, el número (uno o tres) de peritos, y su condición profesional (art. 613 LEC 1881), pudiendo acordarla de oficio para mejor proveer con peritos de su elección (arts. 340.3º y 630, II LEC 1881) (Pág. 522).

Bajo el modelo de designación judicial de expertos la caracterización jurídica de la prueba pericial es más cercana al perito como auxiliar del juez, en la medida en que el experto entra al escenario procesal con el objetivo primordial de satisfacer las necesidades epistémicas del juzgador sobre conocimientos especializados (Vázquez Rojas, 2014). Por lo tanto, se ve reducida la posibilidad para las partes de emplear el dictamen pericial como un medio persuasivo, porque en últimas es el juez quien determina el objeto de la pericia.

Ligado a ello, se predica un grado mayor de imparcialidad de los peritos que son elegidos por el juez, porque su elección está guiada principalmente por la finalidad de esclarecer los hechos objeto de debate por encima de los intereses de las partes, quienes no tienen

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-545 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

influencia respecto a la elección del sujeto concreto que va a rendir el dictamen y no deciden los puntos objeto de examen.

Si se adopta como referencia los tipos de parcialidades estudiados en el primer capítulo del presente trabajo, se infiere que los peritos designados judicialmente solo están a salvo de la parcialidad de origen; es decir, la relacionada con el modelo que permite a las partes elegir y contratar su propio perito, de resto, los expertos elegidos judicialmente también pueden incurrir en la parcialidad disposicional, cognitiva y los demás casos comentados en dicho apartado.

En los modelos de designación judicial, y con mayor razón, en aquellos que prevén una lista de auxiliares de la justicia, como era el caso del CPC, se reduce sustancialmente la discusión en torno a la idoneidad del perito, como el juez elige al experto se espera que la elección esté basada en un examen sobre la aptitud del perito para conceptuar sobre la materia, situación facilitada por la selección a través de las listas, en las cuales se presume que están incluidos únicamente aquellos peritos que hayan demostrado su idoneidad respecto a cierta área del conocimiento, en resumen, la acreditación de la idoneidad del perito antecede a su elección, algo que no ocurre en el modelo de designación de parte.

Asumir sin más la imparcialidad e idoneidad de los peritos designados judicialmente puede contribuir a eludir la valoración racional de la prueba pericial, lo que también puede desembocar en una proliferación de la falacia de autoridad, en tanto el juez omite la valoración del dictamen pericial y asume como verdaderos los dichos del perito, por la sola razón de considerarlo una autoridad en la temática.

Es inevitable que bajo los modelos de designación judicial de expertos se establezca una relación de confianza entre el juez y el perito, porque el juez está interesado en elegir a un perito idóneo e imparcial que le enseñe y le ayude a comprender los saberes especializados para resolver un caso concreto; a su vez, el perito está interesado en la preservación de la relación con el sistema judicial, lo cual puede obedecer a razones laborales o al temor de posibles sanciones por un inadecuado ejercicio de la profesión (Vázquez Rojas, 2014); sin embargo, esto no puede traducirse en una confianza ciega ante lo manifestado por el experto, en cualquier caso, el juez siempre debe valorar autónomamente el dictamen pericial.

Comentado lo concerniente al modelo de designación judicial de expertos, se pasa a estudiar los orígenes, características y problemáticas del modelo de experto designado por la parte.

2.2. El modelo de perito designado por la parte

En contraposición al modelo estudiado en el apartado anterior, en este la designación del experto recae enteramente en las partes, quienes buscan acreditar ciertos hechos que envuelven conocimientos científicos, técnicos, artísticos o cualquier otro tipo de conocimiento especializado, como se anticipó, esta es la vía preferente del modelo diseñado por el CGP, por ese motivo requiere un estudio más amplio y pormenorizado.

Desde la óptica del profesor Tal Golan (2008), los orígenes del modelo de designación de experto por la parte se remontan al siglo XVIII en Inglaterra. Con anterioridad a ese momento histórico, los expertos eran convocados al juicio de dos maneras, bien para ocupar el lugar de jurado o bien para actuar como asesores de los jueces o del mismo jurado. A partir del siglo XVIII y con ocasión de la Revolución Adversarial, se generó un cambio en el lugar ocupado por el experto al interior del proceso, bajo la idea de que el perito debía ser provisto por la propia parte.

Transformación discutida en el caso *Folkes vs Chadd* de 1782, en el cual las partes contrataron expertos para dictaminar sobre la causa del deterioro presentado en el puerto de Wells, el debate se centró en la conveniencia o no de aceptar que esos peritos pagados por las partes pudieran proporcionar su opinión sobre los hechos, aquella disputa fue zanjada con la célebre decisión del juez Lord Mansfield, quien señaló que la determinación de la causa del deterioro del puerto era una materia concerniente a la ciencia, por lo tanto, la opinión del experto John Smeaton debía ser recibida porque era una deducción de los hechos del caso que no estaban en discusión, adicionalmente, Smeaton era un hombre de ciencia conocedor de la construcción de los puertos, las causas de su destrucción y la forma de repararlos (Golan, 2008, pág. 897).

Tal Golan (2008) manifiesta que la decisión del juez Lord Mansfield ha servido por mucho tiempo como “la historia del origen del surgimiento del testimonio experto de parte en el moderno sistema legal Anglo-Americano”(Pág.897); no obstante, según el profesor estadounidense, el asunto trascendental de este hecho histórico estriba en la disertación acerca de las implicaciones de recibir en un juicio las opiniones de expertos considerados como proto-científicos, “quienes funcionaban como profesionales cualificados pero pensaban como filósofos de la naturaleza” (Pág. 901).

A pesar del entendimiento del autor comentado, se trata de un hecho histórico que no puede dejarse de mencionar a la hora de abordar el estudio sobre el perito de parte; ahora, en el

escenario estadounidense, la práctica de contratar a expertos por la propia parte se generalizó a mitad del siglo XIX, el proceso judicial estadounidense también estaba estructurado sobre el principio adversarial, por consiguiente, las partes tenían el derecho de proveer todos los medios de prueba.

Con estas breves anotaciones históricas, se evidencia que la nota distintiva del modelo estudiado consiste en la existencia de una carga de aportación de la pericia que pesa en el demandante o demandado (Abel Lluch, 2009, pág. 101). La doctrina ha definido este modelo como aquel en donde:

El demandante, antes de iniciar el proceso, obtiene la opinión del experto y la presenta como medio de prueba para demostrar las afirmaciones de su demanda; el demandado, por su parte, tiene la posibilidad de aportar otro dictamen para controvertir esa opinión y tiene también la oportunidad de interrogarlo en audiencia (Bermúdez Muñoz, 2016, pág. 2).

La anterior definición permite identificar las particularidades del modelo de experto designado por las partes, las cuales pueden resumirse en cuatro puntos:

I. A la parte le corresponde buscar, elegir, contratar y pagar al experto, además de determinar los puntos a tratar en el dictamen pericial, en definitiva, la prueba pericial estará subordinada a los intereses de la parte.

II. Como consecuencia de lo anterior, en un modelo de designación de parte, la prueba pericial es concebida en mayor medida como un medio de prueba, en lugar de asumirla como un auxilio para el juez, el hecho de que las partes tengan el poder de decidir los supuestos, la forma y el sujeto que va a rendir el dictamen pericial, abre la posibilidad de ser utilizado más como un medio para persuadir al juez, que como un medio para educarlo.

III. Bajo este modelo, la prueba pericial es primordialmente preprocesal y extraprocésal, en la mayoría de los casos las operaciones periciales y la construcción del dictamen pericial son previas al inicio del proceso, las actividades periciales son desarrolladas sin la presencia de la contraparte, el juez o cualquier otro sujeto que pudiese ejercer algún control.

IV. No existe una acreditación previa y formal de la idoneidad del perito, las partes tienen plena libertad para elegir al perito dentro del conjunto de expertos existentes en el ámbito local o incluso internacional, indudablemente, la parte tiene un interés por escoger a un perito calificado, pero ello no es suficiente, en tanto la idoneidad del experto se convierte en un tema de prueba que debe ser verificado mediante cualquier otro medio probatorio.

A partir de esta caracterización, es relevante problematizar sobre el riesgo de presentarse cierto tipo de parcialidad en los peritos elegidos y contratados por la parte, como lo plantea Michele Taruffo (2008): “[...] las partes deciden si presentan o no testigos expertos, los eligen, los preparan para el juicio y les pagan. Se genera así la figura del perito o testigo experto como un “pistolero a sueldo”, dispuesto a servir a la parte que lo convoca” (pág. 90).

En consecuencia, se asume que los peritos tienden a favorecer al sujeto que los contrata, de ese modo los dictámenes son construidos para apoyar la hipótesis defendida por esa parte en el juicio. Es usual encontrar esta denuncia en los autores estadounidenses, por ejemplo, la profesora Jennifer L. Mnookin (2008) señala: Dado que los expertos son convocados por una parte y pagados por esa parte, existe un riesgo inevitable de sesgo a favor de esa parte. La versión menos extrema de esta preocupación es que a medida que el experto se prepara para el caso y se involucra en él, se pondrá cada vez más, si bien inconscientemente, del lado de la parte que lo contrató, perderá cierto grado de objetividad e inclinará su testimonio a favor de esa parte. La versión más dramática del mismo temor es que algunos expertos inescrupulosos se ofrecerán literalmente a sí mismos para que los contraten, vendiendo sus opiniones y sus credenciales a cualquiera que satisfaga su precio (Págs. 1010-1011).

Esta problemática ha estado ligada constantemente a la historia del modelo de designación de expertos empleado en Estados Unidos, lo cual ha generado a lo largo del tiempo una serie de tensiones entre los peritos y los abogados, llegó a tal punto que a finales del siglo XIX desembocó en un declive significativo de la credibilidad de los expertos cuando eran convocados a declarar, así lo narra Tal Golan (2008) con base en fuentes de la época: Para 1870, un estudio sobre el testimonio experto pudo informar en detalle sobre una “tendencia inconfundible de jueces y juristas eminentes a dar cada vez menos importancia a testimonios de esta naturaleza”, explicando este resultado por “la sorprendente facilidad con la que los señores científicos juraban las opiniones más opuestas sobre las materias que caían dentro de su dominio. Muchos compartían esta desalentadora opinión. “[Q]uienquiera que haya leído los informes de los juicios o haya estado presente en ellos, en los que se ve a expertos enfrentados entre sí, prostituyendo en ocasiones la ciencia que profesaban representar,” escribió el presidente de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, Morrison Remick Waite en 1874, “no hace falta mencionar, que el tema del testimonio experto, como se entiende ahora, tiene poca importancia” (Pág. 916).

Para resolver el problema se han propuesto enmiendas y nuevas regulaciones, incluso la posibilidad de peritos nombrados por el juez, algo que choca con la estructura adversarial de

los juicios estadounidenses y el derecho histórico que les asiste a las partes de suministrar todas las pruebas; con todo, la problemática de la parcialidad no ha sido resuelta, como lo relata Edward K. Cheng (2006), en la década de los 90s las cortes federales estadounidenses consideraban que el problema más frecuente era el de los peritos “que abandonan la objetividad y se convierten en abogados de la parte que los contrató” (Pág. 1392).

El mismo autor relata que en la actualidad el problema de la parcialidad ha empeorado, a raíz de tres razones principales, la primera es que los expertos son remunerados con valores considerables por la prestación de sus servicios; la segunda atiende a la relación existente entre el éxito que pueda tener la parte en el proceso con la posibilidad de que el experto vuelva a ser contratado, lo que agrega un interés para cumplir las órdenes de su empleador; por último, los abogados tienden a preparar al perito ante un eventual llamado a juicio para controvertir el dictamen, ello contribuye a una radicalización de la posición del perito con el fin de ayudar a la parte contratante. Ante la magnitud y continuidad de la problemática, se ha insistido en que: [...]los expertos deben separar su papel como “asesor experto”, en el que ayudaron al abogado a preparar y elaborar estrategias sobre la parte científica y experta del caso, del papel de “testigo experto”, en el que deben aspirar a ser educadores imparciales del jurado (Kaye, Mnookin, & Bernstein, 2010, pág. 13).

La problemática de la parcialidad no es exclusiva del sistema judicial estadounidense, el Tribunal Supremo de España en una providencia del año 2015 avaló como un razonamiento lógico lo sostenido por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, en el entendido de aceptar como una máxima de la experiencia que los informes periciales presentados por la parte tienden a favorecerla “lo que no es absurdo porque de serles desfavorable no sería de su interés aportarlos”²⁶. Con esto se crea una especie de preferencia, en términos de imparcialidad, de los peritos designados judicialmente respecto de aquellos presentados por las partes (Munné Catarina, 2017, pág. 204).

Tomando como base la doctrina colombiana y la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia estudiada, se infiere que en Colombia no existe norma alguna o máxima de la experiencia reconocida en ese sentido; sin embargo, es lógico aceptar que la parte no va a presentar un dictamen pericial desfavorable, así, la prueba pericial se torna en una herramienta persuasiva para convencer al juez acerca de la hipótesis defendida.

²⁶ Tribunal Supremo de España, sala primera, sentencia del 15/12/2015, No.702 de 2013, No. del recurso 2006/2013, ponente: Eduardo Baena Ruiz.

Ese mayor riesgo de manifestarse cierta parcialidad de origen²⁷ o sesgo consciente²⁸ en este modelo de designación de peritos causa una preponderancia de los intereses de las partes por encima de la necesidad del juez de obtener conocimientos especializados; paralelamente, propicia que los expertos moldeen o tergiversen los saberes científicos, técnicos o artísticos con el fin de ser consecuentes con las peticiones de la parte contratante, todo ello repercute en una menor calidad de los conocimientos especializados aportados al proceso.

En el contexto norteamericano, los profesores David Kaye, David Bernstein y Jennifer Mnookin (2010, págs. 23-28) han identificado otros sesgos influyentes en la objetividad e imparcialidad del perito. En el punto “1.4” de este trabajo, se mencionaron algunos casos de sesgos inconscientes, aquí se abordan otros dos relacionados directamente con el modelo de perito designado por la parte.

El primer supuesto se origina por la percepción del experto de que debe desempeñar un buen trabajo para la persona que lo está contratando y remunerando adecuadamente, a diferencia de la parcialidad de origen, este sesgo inconsciente atiende más a razones laborales o de profesionalismo, pues el experto busca desempeñar satisfactoriamente la labor para la cual fue contratado.

El segundo surge cuando el perito es elegido por el prestigio que tuvo sobre un campo del conocimiento en cierto momento, en algunas ocasiones, los expertos son personas mayores, retiradas del ejercicio de la profesión y posiblemente desactualizadas en los nuevos avances, ello genera la introducción de unos puntos de vista aceptados, por ejemplo, hace 40 o 50 años, pero obsoletos para el momento de rendir el dictamen.

Por último, existe un sesgo de selección, el cual se produce cuando la parte elige al experto teniendo únicamente en cuenta sus capacidades persuasivas; es decir, su capacidad para explicar, defender y convencer al público sobre una opinión, dejando en un segundo plano el examen sobre los conocimientos, habilidades o experticia poseídos realmente por ese perito. En palabras de los profesores referenciados “[...] los abogados tienen todos los incentivos para seleccionar expertos quienes serán más abogados que educadores” (Kaye, Mnookin y Bernstein, 2010, pág. 28).

El juez debe identificar este tipo de peritos que intentan elaborar un discurso eminentemente persuasivo, sin profundizar en los saberes especializados de su área, sin

²⁷ El término es acuñado por Carmen Vásquez en su libro “De la prueba científica a la prueba pericial”, 2015.

²⁸ Así lo denominan los profesores estadounidenses David Kaye, David Bernstein y Jennifer Mnookin en su libro “The new Wigmore. A treatise on Evidence: expert evidence”, 2010.

reconocer puntos débiles o discusiones existentes sobre su posición, o exagerando el valor de la hipótesis defendida. El análisis del discurso del perito debe concentrarse en el contenido material del mismo, no la forma como lo transmite, un perito nervioso o que tartamudee, puede ser igual o incluso mucho más confiable en comparación con un perito que tenga un discurso totalmente estructurado, sin ninguna fisura en sus planteamientos.

El último tema imposible de desatender frente al modelo de designación de parte es la conveniencia de la “batalla entre expertos” para introducir conocimiento especializado al proceso judicial. En principio, existe una tensión entre la estructura del proceso judicial y el proceso de formación de los saberes especializados en los diferentes campos del conocimiento.

El proceso judicial lo integran dos partes, cada una representada por un abogado que busca la declaración del derecho en cabeza de su mandante, su herramienta principal es la persuasión a través de argumentos jurídicos con sustento en las pruebas practicadas, todo ello dirigido a un tercero imparcial que debe resolver el litigio; por el contrario, en los conocimientos especializados no existen estrictamente partes enfrentadas y su propósito nunca es persuadir a las personas.

Por ejemplo, el conocimiento científico apunta a obtener un mayor y mejor conocimiento sobre el entendimiento del universo, caracterizado por una discusión racional sobre hipótesis presentadas, su herramienta primordial es la observación empírica y objetiva, sin tener una limitación temporal como normalmente lo tiene el proceso judicial (Browne & Harrison-Spoerl, 2008); con el conocimiento técnico pasa algo similar, su propósito no es, ni puede ser, convencer a las personas de que algo es así, su parámetro para aceptar un conocimiento como técnico es que su aplicación funcione adecuadamente para crear un objeto o para realizar una actividad, ciertamente podrán existir discusiones y críticas sobre la mejor manera para lograr ese objetivo, el resultado de esa discusión apunta a mejorar y perfeccionar la misma técnica, algo beneficioso para todos aquellos que desean utilizarla, pero nuevamente, su fin primordial no es vencer al otro; por último, el conocimiento artístico sí que se aleja de esa estructura adversarial del proceso judicial, es difícil plantear que el objetivo principal de un artista sea convencer al público de que su colega está equivocado en la manera de hacer arte, el arte no intenta refutar o persuadir a alguien, más bien busca expresar ideas de los artistas tomando como parámetro la estética de una sociedad y época determinada.

Precisamente, se ha cuestionado la manera de abordar el conocimiento especializado al interior del proceso judicial, la crítica apunta a denunciar que la estructura adversarial crea

desacuerdo entre los expertos en asuntos pacíficos al interior de los saberes especializados; en adición, cuando lo manifestado por un experto no está acorde con lo defendido por los abogados, se tiende a menospreciar el trabajo y los conocimientos del perito, de ahí que muchos expertos estén desincentivados para presentar dictámenes periciales, todo ello priva al proceso judicial de los mejores expertos para introducir los saberes especializados (Browne & Harrison-Spoerl, 2008).

Con la descripción del modelo de perito designado por la parte, se cuenta con ideas importantes para emprender el estudio del modelo de designación de expertos estructurado por el CGP, de igual modo, las problemáticas avizoradas sirven como una advertencia ante el surgimiento de diferentes obstáculos.

2.3. El modelo de designación tendencialmente de parte regulado en el CGP

Estudiados los modelos de designación judicial y de parte de los expertos, se pasa a examinar la estructura prevista en el actual estatuto procesal civil colombiano, el cual permite los dos tipos de designación, con prevalencia hacia la pericia de parte.

El CGP modificó ampliamente la prueba pericial, uno de los aspectos más relevantes es la consolidación del tránsito de un modelo de designación judicial a un modelo de designación de expertos tendencialmente de parte. Se habla en términos de consolidación porque normas anteriores habían introducido la posibilidad de designación de expertos por las propias partes, muestra de ello es el literal “d” del numeral 1 del artículo 9 del derogado CPC (Decreto 1400 de 1970)²⁹; el numeral 1 del artículo 21 del Decreto 2651 de 1991³⁰; el numeral 1 del artículo 10 de la Ley 446 de 1998³¹; y finalmente, el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010.³²

El fundamento legal de esta consolidación se encuentra en el artículo 227 del CGP, el cual indica: “la parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas”, ello se traduce en la imposición a las partes de una

²⁹ “Las partes podrán de consuno, en el curso del proceso, designar peritos y secuestre, y reemplazar a este”.

³⁰ “En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios:

1. Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad o parte de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlos al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo”.

³¹ “1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.

³² “La parte que pretenda valerse de un experticio podrá aportarlo en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas. El experticio deberá aportarse acompañado de los documentos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito y con la información que facilite su localización”.

carga de aportación del dictamen pericial, en tanto corresponde a las partes, antes de iniciar el proceso o al momento de la contestación de la demanda, ejecutar diferentes actividades orientadas a introducir los saberes especializados requeridos para el éxito de sus pretensiones o excepciones.

Esas actividades consisten en identificar las proposiciones lingüísticas incluidas en sus escritos iniciales que requieren de saberes especializados, luego, las partes deben determinar el campo del conocimiento implicado y los posibles sujetos que pueden dictaminar sobre la materia, posteriormente, deben buscar, elegir y contratar a un experto idóneo para conceptuar sobre el tema, acto seguido, indicar al experto contratado los puntos que deben ser analizados en el dictamen pericial, finalmente, cuando el informe esté elaborado, presentarlo con la demanda o la contestación a la misma.

En el modelo estructurado en el CGP existe otra forma de elección de peritos por la parte, se trata del artículo 190, regulación que permite a las partes elegir y contratar a un experto de común acuerdo para la producción de un dictamen pericial, las actividades descritas en el párrafo anterior se ejecutan de consuno, y a continuación, las partes presentan el dictamen al juez para su apreciación. Desde la perspectiva de Hernán Fabio López Blanco no sería necesario abrir el espacio para la contradicción (2017, pág. 382); no obstante, que el dictamen sea presentado conjuntamente, no implica necesariamente la aceptación del resultado y la omisión del ejercicio de contradicción, la norma está dirigida a facilitar la gestión logística y económica para la consecución de un peritaje relevante en el proceso, en ningún momento regula un procedimiento diferente para su práctica, contradicción o valoración, por ende, debe seguir las reglas generales para todo dictamen pericial.

En principio, la elección del perito por la parte es la forma preferente para la introducción de saberes especializados en vigencia del CGP; ello no significa la inexistencia de otras vías, el mismo estatuto procesal permite al juez designar expertos en tres supuestos específicos, a saber:

El primero se trata de la pericia decretada oficiosamente conforme al artículo 230 del CGP, cuya condición es que sea necesaria “para esclarecer los hechos objeto de controversia” según la regla general de las pruebas de oficio prevista en el artículo 169 del código mencionado. La potestad puede ser utilizada cuando, luego de considerar los dictámenes aportados por las partes, no exista claridad sobre los hechos, existan dictámenes contradictorios o no se hayan abarcado todos los puntos importantes para el esclarecimiento del caso.

El segundo supuesto es cuando el amparado por pobre solicita una prueba pericial, en donde el juez está encargado de evaluar su procedencia y de designar al experto. Es importante reiterar que en estos dos casos de designación judicial el numeral 2 del artículo 48 y el numeral 2 del artículo 229 del CGP contemplan que se deben elegir a profesionales o a instituciones públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad.

El último supuesto se encuentra regulado en el artículo 234 del CGP, son aquellos informes periciales rendidos por entidades y dependencias oficiales responsables de actividades relacionadas con el objeto del peritaje, posibilidad que puede surgir por solicitud de parte o en virtud de los poderes oficiosos del juez, en cualquiera de los dos casos es el juez quien designa al perito.

A pesar de la existencia de estas tres vías judiciales para designar a los expertos, el modelo de designación de peritos estructurado en el CGP otorga preferencia a las pericias aportadas por las partes, porque los tres supuestos de designación judicial no operan como vía principal, sino bajo ciertos condicionamientos, en los dos primeros casos se puede hablar de un mecanismo subsidiario cuando falta la prueba pericial aportada por las partes, el primero por razones de necesidad para esclarecer los hechos y el segundo porque la parte no cuenta con los recursos económicos para contratar su propio experto.

El tercer caso posee también un condicionamiento, dado que son muy pocas las entidades y dependencias oficiales que tienen como función principal rendir informes periciales, y aquellas que sí contemplan esta función, como lo sería Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en la mayoría de los casos no permiten al ciudadano solicitar y contratar directamente el dictamen pericial, normalmente estas entidades rinden informes expertos por orden de una autoridad pública, bien sea en el marco de un procedimiento administrativo, o como lo prevé el artículo 234 del CGP, en el marco de un proceso judicial. Con todo, no puede predicarse que esta vía de designación judicial sea principal porque está supeditada a las materias propias de la actividad desarrollada por las entidades.

Bajo esta caracterización del modelo de designación de peritos del CGP, se debe traer a colación algunos cuestionamientos efectuados cuando se analizaron por separado los modelos de designación judicial y de parte, pues si el CGP adopta elementos de los dos modelos, ello conlleva a aceptar la posibilidad de presentarse dichas problemáticas, las cuales pueden adoptar otros contornos debido a esa misma mezcla de elementos.

Por un lado, las explicaciones dadas para el modelo de designación judicial permiten advertir el riesgo de sobrevalorar al perito elegido por esta vía, al suponer su imparcialidad e idoneidad sin ningún examen previo. En vigencia del modelo configurado por el CGP, tanto la imparcialidad como la idoneidad son hechos que deben ser acreditados en el proceso a través de otros medios probatorios, máxime cuando se ha excluido a los peritos de la lista de auxiliares de la justicia.

Así mismo, la pericia judicial también puede ser sobrevalorada en los supuestos de incertidumbre o de dictámenes de parte contradictorios, justamente porque el juez acude a un perito designado judicialmente en busca de una solución, ello aumenta el riesgo de desechar los dictámenes periciales aportados por las partes y adoptar pasivamente el dictamen judicial, en estas situaciones la obligación del juez es valorar racionalmente los dictámenes periciales en su conjunto, independientemente del sujeto que haya designado al experto.

Por otro lado, resulta inevitable pensar en la alta posibilidad de que los problemas de parcialidad provenientes de la designación de peritos por la parte se tornen comunes bajo el nuevo modelo configurado por el CGP, efectivamente, se evidenciarán casos de parcialidad de origen, sesgos inconscientes o sesgos de selección. Las consecuencias pueden ser catastróficas para la credibilidad de los expertos si no se establecen unos controles efectivos para evitarlos, los controles no solo deben hacerse al interior del proceso judicial, aquí adquieren importancia los controles externos realizados por las asociaciones de profesionales o los gremios existentes en los diferentes campos con la finalidad de impedir que los peritos se conviertan en mercenarios y vendan sus conocimientos al mejor postor.

Igualmente, los problemas referidos a la tensión entre un proceso adversarial y el proceso de generación del conocimiento especializado pueden influir en el funcionamiento de la prueba pericial en el proceso civil colombiano, se podrán generar falsas discrepancias entre los peritos de parte aun cuando en el campo del conocimiento exista un consenso general; sin embargo, en vista de que el proceso civil colombiano no es puramente adversarial, existe una razón para pensar que estos problemas no adoptarán los niveles alcanzados en el escenario estadounidense, es aquí donde la potestad judicial de designar oficiosamente un perito plantea una solución, no solo para las encrucijadas producidas por la batalla entre expertos, sino también para los problemas de parcialidad.

Los modelos de designación de peritos abordados tienen un vínculo con las falacias que se examinan en el apartado siguiente, en cierto modo, bajo un modelo de designación judicial

es más probable el surgimiento de la falacia de autoridad, y en un modelo de designación de parte es mayor la probabilidad de manifestarse la falacia del juez perito de peritos, como el CGP conjuga ambos modelos, existe el riesgo de presentarse ambas falacias.

3. Las falacias en la valoración de la prueba pericial

A lo largo de este estudio se han referenciado diferentes circunstancias que explican la gran atención dada a la forma de evaluar la prueba pericial, básicamente, como respuesta al tipo especial de conocimiento introducido por este medio de prueba y a la incompetencia epistémica del juzgador para aprender dicho conocimiento.

Ligado a ello, en ciertos escenarios la prueba pericial adquiere una gran relevancia para la resolución del caso concreto, por apuntar a la verificación de hechos centrales y por contar con la capacidad de introducir unos conocimientos especializados que difícilmente pueden ser conocidos a través de otros medios de prueba, a tal punto que se le puede otorgar la calificación de “prueba reina”.

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos algunos ejemplos de ello, como la prueba de ADN en los procesos de filiación, en los cuales el juez obligatoriamente debe ordenar la práctica del examen de conformidad con el artículo 1 de la Ley 721 de 2001 y el artículo 386 del CGP; asimismo, la prueba pericial es relevante para acreditar la relación de causalidad en los supuestos de responsabilidad civil por actos médicos, productos defectuosos o por construcción de edificaciones; en los casos de lesiones personales es trascendental el dictamen sobre la pérdida de la capacidad laboral o aquel que acredita el daño emergente futuro, como podrían ser los gastos de recuperación o de adaptación; el último ejemplo se encontraba en el derogado proceso de interdicción, según el artículo 586 del CGP con la demanda debía aportarse un concepto de un psicólogo o neurólogo sobre el estado de salud del presunto discapacitado, aun así, la prueba pericial es importante cuando se busca acreditar hechos psicológicos o internos de las personas.

Esa gran importancia de la prueba pericial no puede conllevar a una sobrevaloración de su poder suasorio, nuestro régimen probatorio está fundado en la valoración libre y racional de todos los medios de prueba, por lo tanto, el juzgador tiene plena autonomía respecto al contenido del dictamen pericial, ello se ve corroborado con la posición defendida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, bajo el entendido de que el juez “como director del

proceso y atendiendo las demás probanzas debidamente recaudadas y analizadas en su conjunto, puede acogerlo total o parcialmente, lo mismo que descartarlo”.³³

En definitiva, el juez no está obligado a aceptar las consideraciones del dictamen, más bien se predica su autonomía e independencia a la hora de valorar la prueba pericial, esa autonomía e independencia puede gravitar entre dos extremos que conducen al surgimiento de las falacias examinadas a continuación. Desde este momento es importante aclarar que la denominación de falacia se reserva únicamente para los extremos de las dos posiciones que puede adoptar el juez respecto a la prueba pericial; tanto la utilización de un argumento de autoridad como la asunción del juez como perito de peritos poseen un trasfondo racional defendible, en últimas, el objetivo es identificar y cuestionar aquellos supuestos en los que dichas posiciones son radicalizadas, desconociendo así diversas garantías probatorias.

3.1. El argumento de autoridad y la falacia ad verecundiam

Los razonamientos basados en argumentos de autoridad no son exclusivos de los estrados judiciales, la necesidad de adquirir conocimiento está presente en todos los espacios de nuestra vida, ese aprendizaje puede ocurrir por diferentes vías: podemos confiar en la percepción directa de nuestros sentidos, en nuestra capacidad de deducir algo con base en cierta información o podemos confiar en lo que nos comunican otras personas; eso sí, no solemos confiar en cualquiera.

La confianza depositada en alguien depende en gran medida de la relación que tengamos con ella o de la posición social ocupada por dicha persona, en ese sentido confiamos en aquellos sujetos que consideramos una autoridad; bien por una relación de poder, como sería la relación entre autoridades gubernamentales y ciudadanos; bien por una relación de respeto o admiración, el caso de los hijos frente a sus padres es un buen ejemplo; o bien por una relación cognitiva, al reconocer que un individuo posee una inteligencia o sabiduría superior a la nuestra, el ejemplo cotidiano es el vínculo entre estudiantes y profesores, pero también estaría incluida la relación entre una comunidad y un experto.

Justamente, este último ejemplo es de interés para el propósito del presente trabajo, H.L.A. Hart explica la estructura de este razonamiento en el caso de las autoridades científicas, lo cual es completamente aplicable a las autoridades técnicas, artísticas o de cualquier otro

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de mayo de 2014, radicación No. 08001-31-03-011-2008-00263-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

conocimiento especializado: [L]a razón de la creencia constituida por la declaración de una autoridad científica [que alguna afirmación es verdadera] es en cierto sentido perentoria, ya que se acepta como razón para creer sin una investigación o evaluación independiente de la veracidad de lo que se afirma. También es independiente del contenido, ya que su estatus de razón no depende del significado de lo que se afirma, siempre y cuando esté dentro del área de su especialidad. [...]Para ser una autoridad en algún tema, un hombre debe efectivamente tener algún conocimiento, inteligencia o sabiduría superior la cual haga que sea razonable creer que lo que dice sobre ese tema es más probable que sea cierto que los resultados obtenidos por otros a través de sus investigaciones independientes, por lo que es razonable que acepten la declaración autorizada sin dicha investigación independiente o evaluación de su razonamiento. (H.L.A Hart citado por Brewer, 1998, pág. 1582).³⁴

Considerar a un sujeto como una autoridad en un área del conocimiento permite confiar en lo que se comunica, sin necesidad de realizar comprobaciones por nuestra propia cuenta, realmente esa confianza en las autoridades es una necesidad originada en la inviabilidad de aprender acerca de todo y la imposibilidad fáctica de adquirir todos los conocimientos directamente, bajo ese condicionamiento, la utilización de argumentos de autoridad no es *per se* irracional.

El argumento se torna falaz cuando las afirmaciones se asumen como verdaderas basándose exclusivamente en la calidad de autoridad y se aceptan pasivamente sin considerar otras fuentes referidas al mismo asunto. Para un mejor entendimiento de la falacia es necesario acudir a dos autores que efectúan sus consideraciones desde el ámbito de la filosofía, para luego entrar a precisar sus consecuencias en el campo probatorio.

Por un lado, está lo considerado por John Locke en 1690, quien según Carmen Vázquez (2014) fue el inventor de la expresión “*argumentum ad verecundiam*”, en términos de Locke la falacia consistiría en:

[...] invocar las opiniones de hombres que, por su inteligencia, por su doctrina, por su eminencia, por su poder, o por alguna otra causa, han adquirido fama y han establecido su reputación en grado de autoridad ante la común opinión. Cuando los hombres han sido elevados a alguna clase de dignidad, se piensa que es falta de modestia, en otros, contradecir a aquéllos en cualquier cosa, o poner en duda la autoridad

³⁴ Texto original: H.L.A. Hart, *ESSAYS ON BENTHAM: STUDIES IN JURISPRUDENCE AND POLITICAL THEORY* (1982), págs. 261-262.

de quienes ya están investidos de ella. Cuando un hombre no cede rápidamente ante la decisión de los autores aprobados, decisión que los otros reciben con acatamiento y respecto (sic), se tiende a censurar esa manera de proceder como un acto de soberbia; y se considera como efectos de una gran insolencia el que un hombre se atreva a establecer su propia opinión y a sostenerla contra la corriente del cauce de la Antigüedad, o a ponerla en la balanza en oposición a las doctrinas de algún docto o de algún autor recibido. Quien respalde su tesis con semejantes autoridades cree, por sólo eso, que necesariamente debe salir victorioso, y no se detendrá en calificar de impudicia a quien ose contradecirlas. Esto es lo que, según me parece, puede llamarse un argumento *ad verecundiam* (Locke citado por Vázquez Rojas, 2014, pág. 326).³⁵

Por otro lado, Montserrat Bordes Solanas (2011) elabora una definición más concisa de la falacia de apelación a la autoridad en el siguiente sentido:

Es la falacia aristotélicamente contraria a la *ad hominem*, cuya apelación al origen o fuente de la afirmación se presenta aquí como positiva. En coincidencia con su etimología, la denominación heredada de esta falacia remite a *verecundia*, el término latino para *respeto* o *modestia* ante el experto. Se habla incluso del “efecto del halo”, la credibilidad de los expertos incluso en materias que no son de su competencia. Consiste en creer suficiente con apelar a una autoridad que defiende una postura para creer que esa postura es correcta o verdadera (Págs. 215-216).

Justificar alguna creencia con base en la apelación a la autoridad limita el pensamiento autónomo, en cierto modo, lo afirmado por la autoridad reemplaza el pensamiento de aquella persona que emplea la falacia *ad verecundiam*, lo que se traduce en la renuncia a pensar por sí mismo; en otras palabras, la consecuencia más crítica de la falacia es la eliminación total del “ejercicio de la facultad de raciocinio, invocando el carácter concluyente de la autoridad” (Bentham citado por Vázquez Rojas, 2014, pág. 327).³⁶

Al trasladar esa idea al objeto de estudio, se advierte que el juez incurrirá en la falacia cuando asuma como cierto el contenido del dictamen pericial por el solo hecho de considerar al perito como una autoridad en la materia, sin evaluar críticamente otros aspectos del dictamen

³⁵ Texto original: Locke, J., (1690): *An Essay Concerning Human Understanding*. Citado por la traducción al castellano de O’Gorman, E., (1999): *Ensayo sobre el entendimiento humano*, 2ª ed., México: Fondo de Cultura Económica.

³⁶ Texto original : Bentham, J., (1816) : *Traité des sophismes politiques* (Etienne Dumont). Citado por la traducción al castellano de Ballarin, J., (1990): *Falacias Políticas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

y sin considerar los demás medios de prueba. Como lo expresa el profesor Luis Bernardo Ruiz Jaramillo (2019):

Este fenómeno se (sic) denominado en la doctrina como *peritus in arte credendu* o la falacia *ad verecundiam* (o de la autoridad) y consiste en que el juez asume como indiscutible el conocimiento del perito en razón a su reputación o posición social o institucional; este fenómeno se manifiesta, entre otras, mediante un razonamiento inferencial inválido por el perito cuando realiza inferencias concluyentes, que quien las realiza es el juez en la sentencia, y no probabilísticas como las que debe hacer el experto (Pág. 348).

El juzgador no podría convertir el examen del informe pericial en una operación automática, bajo la excusa de su ignorancia sobre la información experta, puesto que desconocería su función institucional y estaría delegando su competencia exclusiva de determinar los hechos finalmente acreditados en un proceso judicial. En Estados Unidos se ha llamado la atención sobre esta problemática, especialmente cuando se presentan peritajes sobre materias científicas: Cuando la corte escucha el testimonio de un “experto”, especialmente de alguien reconocido como “experto científico”, el jurado puede quedar demasiado impresionado por las credenciales presentadas y la terminología utilizada por esta persona, lo que dificulta la capacidad del jurado para comprender y evaluar completamente la prueba presentada por el experto. Los comentaristas han notado el “aura de infalibilidad científica” que rodea al experto, especialmente cuando ofrecen ciertas formas de prueba, como la prueba estadística (Browne & Harrison-Spoerl, 2008, págs. 1132-1134).

La idoneidad y las credenciales del perito son factores que no se puede omitir al emprender el estudio de la prueba pericial, en cualquier caso el perito debe acreditar el dominio de los conocimientos especializados para conceptuar sobre el objeto de la experticia, pero justamente ese examen de las capacidades del experto puede desembocar en la falacia *ad verecundiam*, en los siguientes supuestos:

(I) El juez acepta el contenido del dictamen basándose exclusivamente en que el perito está bien calificado para conceptuar sobre la materia.

(II) El juez acepta el contenido del dictamen únicamente porque proviene de una entidad oficial o institución especializada en el objeto del peritaje.

(III) El juez otorga una importancia desproporcionada a la idoneidad del perito, por tal motivo le asigna más mérito probatorio del que realmente tiene, por ejemplo,

porque allegó una cantidad significativa de títulos académicos o por ser uno de los pocos profesionales dedicados al objeto de la experticia.

(IV) El juez utiliza exclusivamente la idoneidad del experto para dirimir las discrepancias surgidas entre peritajes.

Aunado a ello, existe una situación que aumenta el riesgo de proliferación de la falacia *ad verecundiam*, se trata de aquellos casos en donde el perito afirma en términos de certeza la acreditación de ciertos hechos objeto de debate probatorio, así, la prueba pericial se convierte en un medio probatorio determinante de la decisión judicial, un buen ejemplo de ello son los casos del paradigma de la individualización comentados en el primer capítulo.

En dichos casos es posible que el juez incurra en una pretermisión total o parcial de la valoración de los demás medios de prueba, dado que el sentido de la decisión dependerá en gran parte de lo expuesto por el experto; empero, esto no debe repercutir en la usurpación por parte del perito de las funciones propias del juez, del tal modo que sea el primero el que termine resolviendo todos los asuntos importantes del caso planteado. De ahí que sea trascendental tener claro las funciones correspondientes a uno y a otro, en todo caso, la función del perito será instruir al juzgador acerca de los hechos que requieren conocimientos especializados para su comprensión o verificación, sin ostentar la potestad de referirse a los extremos jurídicos del litigio.

Para terminar, un ejemplo de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ilustra el acápite desarrollado³⁷, en síntesis, se juzgó un caso de responsabilidad civil médica en donde una persona perdió su ojo izquierdo al ser sometida a una serie de operaciones con el objetivo original de curar una perforación ocular. La corporación que incurre en la falacia *ad verecundiam* es el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, quien determinó, con base en el informe pericial rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal, la inexistencia de responsabilidad de los demandados argumentando que:

[...] la pericia fue elaborada por profesionales de la medicina, y los interrogantes planteados a la escuela de medicina legal de Bogotá fueron resueltos por un especialista en la materia, de manera que el criterio de éstos ha de imponerse sobre el del juez de primera instancia al hacer su propia interpretación y análisis de la historia clínica.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2017, radicación No. 08001-31-03-009-2007-00052-01, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

En este apartado es evidente la apelación a la autoridad realizada por el Tribunal, por su parte, al revisar la decisión de aquel cuerpo colegiado, la Corte Suprema de Justicia entendió que la experticia no contaba con suficiente sustento científico, por tal razón, declaró la existencia de un error de hecho, concluyendo:

[...] la correcta valoración del dictamen pericial de que se trata, exigía del juzgador establecer si las conclusiones del mismo tenían suficiente sustento científico, sin que, por ende, le fuera viable tomar únicamente las deducciones finales del experto, en tanto que ello implicaba cercenar la experticia, pues conducía a desconocer su fundamentación, cuyo análisis debe ser siempre crítico.

De lo anterior resulta necesario admitir que cuando un juzgador asuma irreflexivamente las consideraciones del experto, por la simple razón de considerarlo una autoridad en la materia, sin tomar en cuenta otros aspectos y sin considerar los demás medios de prueba obrantes en el proceso, incurrirá en un error de hecho eventualmente controlable por la vía de los diferentes recursos.

3.2. Iudex est peritus peritorum o el juez es perito de peritos

La otra posición descansa en conceder al juez una gran autonomía e independencia al momento de conocer la prueba pericial, se resume en el brocardo “*iudex est peritus peritorum*”, traducido normalmente como “el juez es el perito de los peritos” o “el juez es el perito entre peritos” (De Miranda Vázquez, 2012, pág. 294), la idea tras esta posición implica ubicar al juez a la par de los expertos respecto a los conocimientos especializados.

El autor español Pedro María Garciandía González (1999) considera que la respuesta clásica a la contradicción existente entre la necesidad de conocimientos especializados y la posibilidad de valorar críticamente el dictamen de peritos está orientada a concebir al juez como un sujeto con ciertas capacidades que le permiten enjuiciar correctamente el contenido de los informes periciales, se le reconoce al juzgador:

[...] no sólo la posesión de una *buena información* jurídica, sino también una personalidad humana madura, con los debidos ingredientes de prudencia y sentido crítico, que permiten extraer de aportaciones ajenas lo que sirve para la propia función de juzgar.

De acuerdo con estas consideraciones, se concluye que el juez ha de ser considerado un “*perito peritorum*”; esto es, un perito por excelencia, en orden a la función de juzgar, después de haber valorado todas las pruebas, sin sometimiento necesario a la opinión pericial; debiendo ser su sentido humano lo que predomine por encima de toda especialización y técnica especializada que haya sido introducida en el proceso (Págs. 253-254).

Esta posición confía en que las capacidades profesionales de los jueces les permite efectuar un examen crítico de los conocimientos especializados introducidos por el dictamen pericial, de este modo se evita la tendencia del juez a acoger irreflexivamente lo manifestado por el experto bajo la excusa de su ignorancia sobre la materia, sea como fuere, el juzgador goza de la libertad para aceptar o rechazar el contenido de la prueba pericial.

El autor italiano Michele Taruffo (2008) también se refiere a esta posición del juzgador como *peritus peritorum*, sin otorgar una valoración positiva o negativa de la misma, más bien la trata como una paradoja:

Por un lado, se presupone que el juez recurre al científico precisamente porque no tiene los conocimientos científicos necesarios para decidir sobre los hechos del caso; pero, por otro lado, se exige que el mismo juez sea capaz de valorar la fiabilidad de los resultados de la prueba científica y de atribuirles el peso probatorio que, sobre la base en su convicción discrecional, considere adecuado. Se excluye, en efecto, y por buenas razones, que los resultados de la prueba pericial sean vinculantes para el juez y se admite, en cambio, que es éste quien debe resolver si acepta tales resultados o discrepa de ellos. Además, se pide que el juez motive específicamente su resolución sobre el resultado de la prueba pericial, sobre todo cuando su valoración difiere de la del perito (Págs. 293-294).

Los dos autores citados coinciden en que existe una contradicción entre la ignorancia del juez sobre los conocimientos especializados y la imposición de un deber de valorar la fiabilidad de los mismos, la diferencia se encuentra en la confianza depositada por el autor español en las capacidades profesionales del juzgador, las cuales le permitirían superar la paradoja.

La idea de aceptar un juez perito de peritos ha generado un debate en torno a la conveniencia de la expresión, porque entendida literalmente puede generar malentendidos respecto a la verdadera función del juez, en últimas “el juicio del tribunal no debe ser un juicio

técnico-científico, sino un juicio de credibilidad” (Flores Prada, 2005, pág. 343). Sea este el momento para manifestar que los profesionales en el derecho no tienen algo para decir acerca de biología, ingeniería, química, medicina o en cualquier otro campo del conocimiento diferente al derecho, lo único a lo que puede aspirar un abogado es a comprender esos saberes especializados y aprender a manejarlos al interior de un proceso judicial, pedirle al juez que discuta y refute por su propia cuenta esos saberes especializados simplemente es un despropósito, como lo enseña Ignacio Flores Prada (2005):

De ahí que el juez no pueda ser considerado, pese a lo manido de la expresión, un *peritus peritorum*, precisamente por que (sic) el juicio jurisdiccional es, y tiene que ser, completamente distinto al pericial. El perito emplea máximas de experiencias especializadas que el juez desconoce, por lo que no puede valorarlas aplicando otras máximas de experiencia especializadas, científicas o técnicas, es decir, no es un perito dirimente (Págs. 360-361).

Aun así, la posición del juez como perito de peritos tiene un trasfondo teórico recuperable y fundamental para la propuesta final de este trabajo, se debe rescatar lo referente a la independencia y autonomía del juzgador frente a los dichos del perito, porque su aceptación irreflexiva es una transgresión de la valoración racional de la prueba, y a su vez, afecta la motivación de la decisión judicial.

Carlos de Miranda Vázquez (2012) propone superar la idea del juez como perito de peritos para dar paso a la concepción del juzgador como un vigilante de los razonamientos del experto, puesto que el juez desconoce los saberes especializados y no le compete la introducción de los mismos al proceso, así explica su idea:

[...] proponemos suprimir la formulación actual (*iudex est peritus peritorum*) por la siguiente: *iudex est custos peritorum* (hemos encontrado esta idea, algo menos desarrollada, en Hernández, 2005, pp. 75-76). El juez no es el perito de los peritos o el perito entre los peritos. Tan siquiera es perito. Sin embargo, no puede hacer dejación de su función jurisdiccional, cediendo su puesto al experto. Aunque la materia requiera conocimientos técnicos de los que carezca, por encontrarse por encima de los propios del hombre con un nivel cultural medio, lo que se le encomienda al juez es vigilar al perito, en el bien entendido de evaluar si la información que le ha proporcionado es fiable (Págs. 299-300).

Como se mencionó en la introducción de este capítulo, lo verdaderamente problemático es la radicalización de estas posiciones, dado que dan al traste con los derechos fundamentales que amparan a las partes. Radicalizar la posición del juez como perito de peritos puede conllevar a permitir la introducción de conocimientos especializados por parte del juzgador, pues si se le considera como un perito, ante la necesidad de conocimientos especializados podrá asesorarse por su parte o acudir a la literatura especializada para resolver el caso, como lo señala el profesor Luis Bernardo Ruiz Jaramillo (2019):

También en la prueba pericial debe evitarse la falacia contraria, consistente en la invasión de la órbita del perito por el juez, denominada *iudex peritus peritorum*. En este caso el juez se convierte en “perito de peritos” e ingresa, *motu proprio*, el conocimiento especializado afectando el principio de la necesidad de la prueba (prohibición del juez de decidir con base en conocimiento privado) y el derecho a probar a las partes, ya que estas no tienen posibilidad de contradecirlo (Pág. 350).

La posición del *iudex est peritus peritorum* se ve bien representada en una sentencia proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en el año 2016, cuyo magistrado ponente fue Ariel Salazar Ramírez³⁸. En dicha providencia se enjuicia la responsabilidad civil médica de Inversiones Médicas de Antioquia S.A. y la Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda por la muerte de la señora Luz Deisy Román Marín el 23 de junio del año 2002, demanda planteada por la deficiencia en la atención médica, quirúrgica y hospitalaria prestada por las demandadas a la paciente, quien sufrió una apendicitis que se agravó en una peritonitis. En las consideraciones de la sentencia se explica que para determinar el elemento culpa se deben conocer los parámetros de conducta del agente, los cuales pueden probarse por cualquier medio probatorio o estar exentos de prueba, al tratarse de hechos notorios.

El máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria asume que los estándares médicos aplicables a un caso concreto pueden ser calificados como hechos notorios, lo que si bien está acorde con autores como Devis Echandía³⁹, genera suspicacias respecto a las consecuencias jurídicas derivadas de esa idea.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de septiembre de 2016, radicación No. 05001-31-03-003-2005-00174-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

³⁹ Para Devis Echandía existe notoriedad de un hecho “cuando en el medio social donde existe o tuvo ocurrencia, y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del saber humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza sobre tal hecho, en forma que no le deje dudas sobre su existencia presente o pasada, mediante sus conocimientos previos o la investigación privada que haga o por las pruebas aducidas con ese propósito” Pág. 230. (1974). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía.

Muestra de ello es que cuando se analiza la negligencia de las demandadas, la Corte Suprema de Justicia introduce por su propia cuenta 22 fuentes bibliográficas diferentes, entre guías del Ministerio de salud, protocolos de urgencia, literatura especializada nacional y extranjera, todas ellas apuntan a determinar el estándar que debían seguir los galenos en el tratamiento de la paciente.

Aquí es importante resaltar que en la sentencia esa literatura especializada no es utilizada exclusivamente como contexto o herramienta hermenéutica para una mejor valoración de las pruebas periciales aportadas por las partes, de hecho, algunas referencias a los dictámenes periciales obrantes en el proceso se hacen primordialmente para reforzar la posición sustentada con base en esas fuentes bibliográficas. Por el contrario, la literatura especializada es utilizada como un parámetro para derivar consecuencias jurídicas concretas frente a la negligencia de los médicos; así lo hace cuando reprocha el hecho de haber recetado analgésicos a la paciente; o por conceder el alta cuando se requería mantenerla bajo observación; por la forma de realizar el diagnóstico; y por último, para criticar el manejo dado a la paciente cuando ya presentaba apendicitis aguda.

Claramente en esta sentencia el juez se considera como un perito de peritos, porque se apropia de una de las funciones de la prueba pericial señaladas en el primer capítulo, concerniente a la instrucción o educación sobre los parámetros reguladores de una profesión. Resulta paradójico encontrar en la misma sentencia una crítica a esta forma de proceder de los jueces, en los siguientes términos:

No es jurídicamente admisible ni conveniente en la práctica que los jueces se inmiscuyan en la sugerencia de los procedimientos científicos que deben llevar a cabo los profesionales de la medicina, pues esa no es su labor ni su ámbito de conocimiento, siendo exclusiva potestad de los médicos establecer las acciones que han de ejecutar según el estado de su ciencia frente a una enfermedad específica. No obstante, para los efectos de realizar el respectivo juicio de reproche culpabilístico, sí es necesario que el juez entre a valorar los estándares de la profesión y los compare con las acciones realizadas por el equipo médico para el tratamiento de una dolencia determinada, pues únicamente este balance o contraste permitirá concluir si se actuó conforme a lo que el ordenamiento jurídico espera de ese sector o gremio profesional.⁴⁰

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de septiembre de 2016, radicación No. 05001-31-03-003-2005-00174-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Increíblemente, no queda otra cosa que coincidir con esta advertencia, a los jueces no les compete inmiscuirse en la sugerencia de procedimientos científicos, técnicos o artísticos. Efectivamente, en el juicio de reproche culpabilístico, el juez debe contrastar el estándar de la profesión y las acciones desplegadas por los agentes, el problema surge cuando esos estándares son introducidos por el mismo juzgador, ya que la única vía jurídicamente adecuada es mediante los medios de prueba legalmente establecidos.

En conclusión, la sentencia analizada sirve para reiterar la crítica comentada en diferentes apartados del presente estudio, en el sentido de que el juez no es el competente para la introducción de los conocimientos especializados, lo cual se sostiene por diferentes razones, a saber: primero, porque vulnera el principio de la necesidad de la prueba; segundo, por el desconocimiento del derecho de las partes a aportar los medios de prueba; tercero, porque la información introducida se torna incontrovertible, pues al ser incluida en la sentencia no hay espacio para el ejercicio de la contradicción, el único mecanismo restante sería el control a través de los recursos, escenario imposible cuando se trata de un órgano de cierre; cuarto, no existe una garantía de que la información introducida por el juzgador sea realmente confiable y represente los saberes aceptados por las áreas del conocimiento; y quinto, no es posible garantizar que el juez interprete correctamente la literatura especializada, debido a su ignorancia en la materia.

3.3. Algunos apuntes desde la epistemología jurídica para la solución de las falacias

En este breve apartado se traen a cuento algunas reflexiones de la autora Carmen Vázquez Rojas (2015) desde la óptica de la epistemología jurídica, sus enseñanzas son útiles para la superación de la falacia *ad verecundiam* y de la posición del juez *peritus peritorum*, al mismo tiempo, estas consideraciones sirven como preludeo a la propuesta construida en el último capítulo.

Como se mencionó anteriormente, la autora mexicana cataloga la prueba pericial como una especie de testimonio, al trasladar esa idea al proceso judicial, se deduce que el experto ocupa el lugar del hablante, por el hecho de ejercer un acto de comunicación dirigido a exponer un conocimiento especializado ignorado por la audiencia; es decir, por el juez, cuyo rol será adquirir conocimientos o creencias para verificar y entender algunas circunstancias fácticas del caso.

Existen dos posturas epistemológicas acerca de la justificación del conocimiento aportado por un testimonio: la primera es el reduccionismo, bajo sus planteamientos las razones para justificar y aceptar la información, conocimiento o creencias provenientes de un testigo se encuentran en asuntos externos al propio testimonio, en otras palabras, para evaluar la justificación de un conocimiento proporcionado por un testigo se deben confrontar las afirmaciones proferidas por este y los hechos que habitualmente ocurren en la realidad, si existe compatibilidad y consistencia entre esos dos elementos, se puede concluir la justificación del conocimiento expuesto y, por tanto, la aceptación de aquel como base para tomar decisiones (Vázquez Rojas, 2015, págs. 54-55).

El problema de esta postura radica en la limitación del conocimiento humano, lo cual se incrementa tratándose de la prueba pericial. Si para determinar la justificación del conocimiento allegado por el experto debemos comparar sus afirmaciones con lo que habitualmente ocurre, ciertamente se presentará en el juez una carencia de elementos para desarrollar tal tarea, porque sus experiencias no han sido percibidas desde la óptica de alguna ciencia, técnica o arte, lo que limita la ejecución de la comparación entre lo dicho por el experto y la realidad.

En contraposición a ello, se encuentra la postura denominada no-reduccionismo, en este caso la justificación del conocimiento devendrá de razones halladas en el propio testimonio, para su fundamentación se utilizan dos principios; estos son, el “principio de veracidad”, entendido como la inclinación que tiene el ser humano a decir la verdad, y el “principio de credulidad”, que afirma la tendencia de la audiencia a confiar en la veracidad de lo dicho por el hablante. Bajo esa lógica, la única forma para rechazar las aseveraciones del testigo atiende a la existencia de otras circunstancias relevantes que afecten la credibilidad; si estas no se presentan, la audiencia debería aceptar sin ningún reparo las consideraciones del testigo (Vázquez Rojas, 2015, pág. 56).

En el marco de la prueba pericial, la fuerza del principio de veracidad puede aumentarse por considerar que las afirmaciones del experto se sustentan en su competencia científica, técnica o artística. Bajo la postura no-reduccionista, el juez debe evaluar si las demás pruebas del juicio contradicen o refutan la prueba pericial, si aquello no ocurre, el juez debería aceptar sin ninguna objeción el contenido del dictamen. Esta postura envuelve ciertos riesgos, ya que puede conculcar algunas garantías del debido proceso como la valoración racional de la prueba o la motivación de las decisiones judiciales, pues al aceptar sin más las conclusiones expuestas por el perito, se abre la puerta a consideraciones irracionales o sin fundamento epistémico alguno.

De estas observaciones es dable concluir que la mejor forma para evaluar el dictamen pericial sin incurrir en la falacia *ad verecundiam* o la posición del juez *peritus peritorum* es la combinación de las posturas reduccionista y no-reduccionista, de tal modo que las razones para aceptar el conocimiento especializado se deriven tanto de la confrontación de las afirmaciones del experto con la realidad, como de la idoneidad del perito y la coherencia con los demás medios de prueba. Ello sería un avance para evitar la materialización de las falacias en el escenario judicial, de todas formas, en la propuesta desarrollada se relacionan diferentes estrategias para cumplir dicho objetivo.

4. Propuesta para abordar la prueba pericial

El derecho constitucional a la prueba debe ser garantizado por los diversos sujetos que intervienen en el proceso judicial, especialmente por el juez. Tal forma de concebir la prueba judicial trae consigo unos principios que deben ser adoptados para desarrollar las diferentes etapas procesales, bajo esa idea, la prueba judicial debe estar basada en la razón, lo que:

[...] permite a las partes, con sus respectivas pruebas, la construcción de un acervo probatorio resultante que se constituye en una base objetiva (independiente de la voluntad de los sujetos) sobre la que el juez debe determinar los hechos; además, la presencia de tal base probatoria facilita también un control sobre la decisión del juez (Ruiz Jaramillo, 2019, pág. 94).

Lo relevante es que la adopción de las decisiones al interior del proceso no sea un reflejo del estado mental subjetivo de convicción del juez; por el contrario, se debe procurar por decisiones basadas en la prueba practicada, acompañada con una valoración racional y objetiva.

Al mismo tiempo, de la prueba pericial se deriva un conocimiento de carácter empírico, en el entendido de que la información introducida por los medios de prueba debe tener un reflejo comprobable en la realidad (Ruiz Jaramillo, 2019, pág. 95), punto que adquiere especial relevancia en el tratamiento de la prueba pericial, de modo que, en muchos casos, será necesario preguntarse por las investigaciones empíricas que sustentan las afirmaciones del experto.

Esta propuesta para valorar la prueba pericial asume una posición cuasiholística del proceso (Ruiz Jaramillo, 2015); es decir, el juez debe asumir una actitud activa y crítica en las diferentes etapas procesales que le proporcionan información relevante para la acreditación de las proposiciones fácticas discutidas, aprehendiendo e interpretando toda esa información con la finalidad de efectuar la valoración de la prueba.

Por tal motivo, la propuesta aborda dos momentos preprocesales, como lo son la elección del perito y la elaboración del dictamen, y cuatro etapas procesales, la de admisión, contradicción, valoración y motivación. De igual modo, no es una propuesta dirigida exclusivamente al juez, también se incluyen algunos comentarios para las partes y el perito.

El andamiaje jurídico sobre el cual se desenvuelve la propuesta es el Código General del Proceso, por ello gran parte de las observaciones se concentran en el perito de parte, por la prevalencia otorgada por dicho estatuto procesal, sin ignorar totalmente los pormenores de la pericia decretada judicialmente.

La propuesta explica el funcionamiento de la prueba pericial en el CGP e intenta proporcionar algunas respuestas respecto a cuatro problemáticas expuestas a lo largo de este trabajo: dos principales, la de la falacia *ad verecundiam* y la posición del juez como perito de peritos, y dos secundarias, el tema de las parcialidades del perito y el paradigma de la individualización, ello no significa que a lo largo de la propuesta no se aborden otros temas importantes, como lo es la evaluación acerca de la calidad de los conocimientos introducidos por la prueba pericial.

4.1. La elección del perito

La propuesta inicia con el estudio del momento de la elección del perito, como se planteó en el segundo acápite del trabajo, en el modelo de designación de expertos imperante en el actual CGP les corresponde a las partes buscar, elegir y contratar a un experto para construir el dictamen pericial que posteriormente será presentado con los escritos iniciales-demanda o contestación-.

El riesgo de presentarse los problemas de parcialidad aludidos está latente en un modelo que impone a las partes la carga de elección del experto, nuevamente la experiencia estadounidense sirve como advertencia para dicha problemática, Samuel R. Gross (1991) comenta respecto al modelo adversarial lo siguiente: A veces se dice que este sistema maximiza la evidencia disponible para el órgano encargado de determinar los hechos, ya que los adversarios, entre ellos, estarán motivados para tratar de localizar y presentar todas las pruebas relevantes. Una afirmación más limitada y precisa es que (al menos en los litigios civiles) el sistema permite a las partes definir el ámbito de las pruebas relevantes: se asume que las partes pueden velar por sus propios intereses, y se asume que el tribunal no tiene un interés independiente en revisar las pruebas que las partes no presenten (Pág. 1126).

La anterior consideración puede dividirse y analizarse desde dos aristas, la primera resalta que la posibilidad de cada parte para elegir a su propio perito enriquece el debate probatorio; sin embargo, en contextos como el colombiano existe una problemática ineludible, en tanto, una parte considerable de la población no cuenta con los recursos económicos necesarios para elegir y contratar a su propio experto, frente a esto se puede aducir que el amparo por pobreza resuelve la dificultad, pero ello sería desconocer que el amparado por pobre está limitado en sus opciones, pues la designación del perito estará a cargo del juez y se preferirán entidades públicas o privadas, mientras que la persona con recursos económicos tiene un amplio espectro de peritos para elegir, incluso podría considerar peritos internacionales, algo influyente en el peso probatorio de la prueba pericial.

La segunda arista está relacionada con un punto comentado en el segundo capítulo de este estudio; es lo atiente a los problemas causados por un modelo de designación de expertos tendencialmente de parte, en donde prevalecen los intereses de estas, por encima de las necesidades epistémicas del juez. Si bien la propuesta propende por un debate en torno a conocimientos especializados objetivos con miras a alcanzar la verdad procesal, lo cierto es que bajo el modelo referido, el conocimiento previo del concepto pericial permite a la parte decidir acerca de la conveniencia o no de presentar el dictamen, en el caso de recibir un informe totalmente desfavorable y no contar con otros medios de prueba, lo más sensato sería no presentar la demanda o no oponerse a la misma, en el supuesto de contar con un concepto parcialmente favorable, la tarea sería evaluar la conveniencia de aportarlo tomando en cuenta el acervo probatorio y los fundamentos jurídicos, en todo caso, sería muy ingenuo proponer a las partes la elección de un perito sin importar que el concepto experto desfavorezca sus intereses.

A pesar de ese riesgo de parcialidad, las partes deben ser cautelosas a la hora de seleccionar un perito, toda vez que una elección basada únicamente en el hecho de que el experto apoya su posición puede significar una pérdida de tiempo y dinero. A lo largo del proceso se puede desvelar que el perito no posee las competencias necesarias para dictaminar sobre la materia o determinarse la falta de fundamentación del dictamen.

En consecuencia, al momento de elegir al experto, la parte debe previamente delimitar el objeto de prueba, luego, su elección debe estar guiada principalmente por la idoneidad del perito, lo ideal sería verificar las credenciales y documentos habilitantes para el ejercicio de la profesión, o en el caso de las labores, los documentos u otros medios de prueba que permitan acreditar su aptitud para rendir el dictamen. No puede dejarse de lado la importancia de la

correspondencia entre la especialidad del experto y el tema de prueba, entre mayor sea la cercanía de los dos elementos, mayor puede ser el mérito probatorio de la experticia.

La experiencia en el ámbito profesional y/o judicial también puede facilitar el entendimiento con el experto y el desenvolvimiento en el proceso, aquí también adquiere relevancia la capacidad explicativa del perito, no en términos de simple persuasión, sino en términos de claridad en el acto comunicativo dirigido al juzgador, de tal modo que se eviten las confusiones y las ambigüedades al momento de presentar el dictamen o durante el ejercicio de la contradicción.

En suma, una disposición útil para orientar la elección de un experto idóneo es el artículo 226 del CGP, el cual establece una serie de requisitos que debe contener el dictamen pericial, entre ellos se resalta la necesidad de la parte de identificar con precisión los hechos que pretende probar, en tanto el inciso segundo del mencionado artículo establece que solo se puede presentar un dictamen pericial por cada hecho o materia.

En similares términos, no se puede perder de vista lo dispuesto en el artículo 235 del CGP: en primer lugar, insta a las partes a abstenerse de presentar informes periciales elaborados por personas incursas en alguna de las causales de recusación para las jueces contempladas en el artículo 141 del CGP. Aun así, el legislador fue laxo para la parte que desatienda dicha disposición, la consecuencia no es la inadmisión del dictamen, más bien el juez debe evaluar esas circunstancias, y si comprueba que afectan gravemente la credibilidad, tiene la facultad de negarle mérito probatorio.

En segundo lugar, el párrafo del artículo 235 del CGP declara que el solo hecho de pagar los honorarios al experto no se traduce en un interés en el desenlace del proceso. Lo importante de este párrafo es la prohibición para la parte de pactar un valor extra o disminuir la remuneración dependiendo del resultado del proceso. De alguna manera, el legislador advirtió la posibilidad de que el perito se convierta en un mercenario contratado para apoyar la posición de la parte; no obstante, dicha prohibición no es suficiente para suprimir el riesgo de presentarse los sesgos conscientes e inconscientes del perito, precisamente porque la iniciativa de elección la tiene la parte y el experto intentará desarrollar una buena labor para compensar los honorarios recibidos.

Analizado el problema desde la perspectiva del perito, es importante reconocer que existen diferentes razones para rechazar propuestas de abogados tendientes a acomodar los saberes especializados a sus pretensiones o excepciones, como lo sería la ética profesional, el

respeto a su saber especializado, además de la responsabilidad penal, civil o profesional en la que podría incurrir al vender sus conocimientos al mejor postor, todo lo anterior podría evitar que el dictamen pericial se convierta en una “forma segura y legal de comprar un veredicto”, tal y como bromean algunos abogados en Estados Unidos (Gross, 1991, pág. 1129).

Inversamente, en el dictamen pericial decretado de oficio, el juez tiene la iniciativa de elección del perito, en virtud del numeral 2 del artículo 229 del CGP debe acudir preferiblemente a “instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad”, asimismo, conserva la posibilidad de seleccionar peritos particulares, conforme al numeral 2 del artículo 48 del CGP. De todos modos, los criterios mencionados para el perito de parte también son útiles para la elección judicial.

En relación al momento de la elección del perito, debe considerarse el artículo 170 del CGP, el cual faculta al juzgador para decretar pruebas de oficio en las diferentes etapas probatorias, incluso antes de fallar. Por último, el juez debe fijar los honorarios a pagar al perito por los servicios prestados y se deben cubrir los gastos para la construcción del dictamen, las partes cuentan con tres días para realizar la consignación.⁴¹

Como se expuso, en la primera etapa preprocesal la problemática principal que se puede limitar es la de las parcialidades y sesgos del perito, precisamente por ser el momento de su elección, como se verá a continuación, en la etapa de construcción del dictamen se pueden abordar otros problemas.

4.2. La construcción del dictamen pericial

Luego de aceptar la propuesta hecha por la parte o de recibir la orden judicial, el perito debe identificar y delimitar las actividades necesarias para el desarrollo de la labor encomendada, un buen peritaje debe cubrir la totalidad de puntos relevantes y evitar la extralimitación en lo requerido por las partes o el juez.

Posterior a la demarcación del objeto de la pericia, el experto ejecutará las actividades correspondientes para construir el dictamen pericial. Existe infinidad de formas de elaborar una experticia, nada más recordar las funciones identificadas en el primer capítulo conduce a imaginar muchas posibilidades, las cuales varían en función de las diversas metodologías aplicables en los campos de conocimiento. Lo que sigue a continuación es una descripción muy general de las posibles actividades a ejecutar por el experto, se intenta abarcar la mayoría de

⁴¹ Artículo 230 CGP.

supuestos, sin desconocer que en el caso concreto las actividades dependen de los intereses de la parte y las consideraciones del juez.

Para iniciar, el experto ejecuta una fase de observación sobre las cosas, personas, sustancias o medios de prueba, en definitiva, sobre aquellos elementos constitutivos del objeto de estudio. La fase anterior arroja los datos necesarios para construir lo que la jurisprudencia ha denominado base fáctica del dictamen pericial⁴². A continuación, el perito debe escoger los conceptos, teorías, leyes, metodologías, en fin, los saberes especializados necesarios para analizar el objeto de estudio. La siguiente fase es la relación entre el caso concreto y los saberes especializados elegidos, es la fase de análisis, en donde también tiene lugar la realización de experimentos para comprobar alguna hipótesis planteada. Finalmente, el perito elabora las conclusiones con la información recaudada, siempre recordando la proscripción de referirse a elementos propiamente jurídicos y debe abstenerse de relacionar su opinión acerca de la forma de resolver el caso concreto.

En estas operaciones periciales pueden intervenir colaboradores del perito, siempre y cuando se identifiquen a los participantes, así se desprende del numeral 1 del artículo del artículo 226 del CGP, sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia también ha explicado que:

El dictamen pericial comprende el juicio técnico pronunciado sobre los datos recogidos; y esto no puede hacerse sino por el perito designado. Pero las *operaciones preparatorias* para recoger esos datos pueden ser de naturaleza variadísima, según el objeto y la clase de la peritación; algunas elevadas, otras de inferior rango; unas difíciles, otras fáciles; tales materiales, tales intelectuales. Y no se debe excluir *a priori* que algunas de estas operaciones deban o puedan confiarse por los peritos a sus ayudantes”, con tal que, agrega la Corte, de conformidad con la ley, en el cumplimiento de dichas tareas, esos auxiliares obren bajo la dirección y responsabilidad de los peritos.⁴³

Para la construcción del dictamen es imprescindible que el experto tome en cuenta los parámetros del artículo 226 del CGP, especialmente su inciso quinto: “Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones”. En relación con los requisitos mínimos del dictamen establecidos en el

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de julio de 2018, radicación No. 50637, M.P: Patricia Salazar Cuéllar.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de abril de 2000, Ref. expediente 5042. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

artículo citado, el perito debe conocer que se trata de una carga formal de obligatorio cumplimiento impuesta a las partes, quienes deben solicitar al experto la inclusión de la información requerida, en vista de que son datos importantes para la contradicción y la valoración del medio probatorio.

Durante la etapa de construcción, el perito recopila información, analiza y elabora otros documentos que sirven de sustento para el informe final, el experto debe relacionar y adjuntar dichos documentos e informaciones con la presentación del dictamen pericial, tal y como lo dispone el numeral 10 del artículo 226 del CGP, este requisito permite a las partes y al juez conocer las fuentes expertas, procedimientos, experimentos y la metodología ejecutada por el perito.

Aunado a ello, el inciso 4 del artículo 226 del CGP consagra una consecuencia jurídica para la firma del dictamen pericial, la cual implica un juramento en el sentido de que lo plasmado corresponde a la real convicción profesional del experto y que su opinión es totalmente independiente.

La etapa de elaboración del dictamen no es completamente ajena a la actividad del juez y de las partes, de hecho, de la interpretación de los artículos 229 y 233 del CGP se extrae un deber de colaboración para las partes y una obligación del juez de adoptar las medidas necesarias para los dictámenes elaborados luego del inicio del proceso judicial. Este es el primer momento del cual el juez puede recolectar información relevante para la valoración de la prueba pericial, dado que si la parte se abstiene de facilitar el acceso a la información, a los objetos o a los lugares importantes para la actividad pericial, el juez puede deducir un indicio en contra de aquella, de igual modo, si la parte impide la elaboración del informe, el juez presumirá “ciertos los hechos susceptibles de confesión que la otra parte pretenda demostrar con el dictamen”.

Un ejemplo sobre el particular se encuentra en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se trata de una controversia generada entre dos sociedades que habían conformado un consorcio, en la providencia se resalta que la demandada incumplió su obligación de colaborar en la práctica de la prueba pericial, por abstenerse de proporcionar al perito la documentación suficiente, y limitarse a remitir únicamente la contabilidad generada por la parte demandante.⁴⁴

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2015, radicación No. 11001 31 03 019 2009 00360 01, M.P. Margarita Cabello Blanco.

Todas las anteriores consideraciones contribuyen a limitar el surgimiento de la falacia *ad verecundiam* y la posición del juez como perito de peritos, en tanto la forma como se estructure el informe aumenta o disminuye la autonomía del juzgador respecto al dictamen pericial. Si el perito invade la órbita del juzgador y se refiere a elementos jurídicos o directamente afirma la acreditación de algún supuesto fáctico narrado por las partes, es más probable que el juez incurra en la falacia de apelación a la autoridad; en contraposición a ello, si el dictamen es ambiguo, confuso, carente de fundamentación o no abarca todos los puntos relevantes, es más probable que el juez se vea tentado a invadir la órbita del experto e introduzca sus propios conocimientos para suplir dichas falencias.

En cualquier caso, el dictamen debe exponer e interpretar los datos con la rigurosidad científica, técnica o artística del caso, reservando para el juez la función institucional de aceptar o no las hipótesis planteadas por las partes (Gascón Abellán, Lucena Molina y González Rodríguez , 2010, pág. 6).

En cuanto a las parcialidades estudiadas, en la etapa de construcción del dictamen pericial no existen unos controles identificables para evitar la problemática, más allá de lo comentado para los dictámenes elaborados durante el proceso, relacionados más con la obstrucción a las actividades periciales que con las parcialidades. En el caso del dictamen contratado por la parte, queda únicamente confiar en la objetividad, imparcialidad del perito y en el temor a incurrir en alguna de las responsabilidades señaladas.

Caso contrario a lo que sucede con el paradigma de la individualización, pues su origen se encuentra justamente en la forma como los peritos construyen y presentan los dictámenes periciales. Para solventar la problemática se han propuesto diversas soluciones, la primera de ellas consiste en exigir a los peritos precaución en la forma como plasman sus conclusiones, concretamente se ha procurado por emplear probabilidades para establecer los juicios de individualización, esto es, pasar de afirmaciones en términos de certeza absoluta, a una declaración donde se señale la probabilidad de que cierto vestigio pertenezca a una fuente determinada. La principal limitación de esta solución es la exigua formación de los jueces en el campo de la estadística, por ello, resulta insuficiente que el perito se refiera en términos de probabilidad cuando el juez no tiene las competencias necesarias para entender el verdadero significado de dicha información.

Otra de las soluciones planteadas por las cortes estadounidenses es la utilización de escalas de probabilidad verbal por parte del perito al momento de realizar un juicio de

individualización, expresiones como “más probable que no”, “con un grado razonable de certeza balística” o simplemente “lo más probable” son ejemplos de ello (Kaye, Mnookin, & Bernstein, 2010, pág. 697). El problema con estas escalas de probabilidad verbal es que resultan insuficientes para aclarar y precisar el grado de probabilidad alcanzado científicamente en el juicio de individualización.

Finalmente, otra propuesta para la solución de la problemática es requerir a los expertos que sus conclusiones de individualización estén relacionadas y contrastadas con las hipótesis planteadas por las partes, en ese sentido se avala que: [...] el experto simplemente informe que es más probable que la evidencia surja cuando las muestras provienen de una fuente común que cuando provienen de fuentes distintas. De forma equivalente, (a los bayesianos), el experto podría afirmar que es más probable que el acusado esté asociado con el crimen dada la evidencia que sin ella (Kaye, Mnookin y Bernstein, 2010, pág. 700).

Esta solución ha sido adoptada por el Grupo de Genética Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia, por lo menos eso fue lo que ocurrió en un proceso de investigación de la paternidad fallado por la Corte Suprema de Justicia en el año 2019, la prueba de ADN aportada al litigio señalaba como resultado: “[...] una probabilidad de paternidad del 99,99990 % y que es 32.683.446.730,4987 veces más probable que el accionado sea el padre biológico a que no lo sea”.⁴⁵

En conclusión, el principal remedio para evitar el paradigma de la individualización consiste en proscribir a los peritos la realización de afirmaciones de individualización en términos de certeza absoluta profesional; en lugar de ello, los expertos deben describir al juez las características de los dos objetos en cuestión, señalar las similitudes y diferencias, de tal manera que sea el juzgador quien decida la credibilidad de la hipótesis. En todo caso, el perito debe revelar las investigaciones empíricas con las que sustenta el dictamen, declarar el porcentaje de error de sus conclusiones, y señalar el conjunto de objetos o la población relevante tomada como referente para el desarrollo del juicio de individualización.

Luego de la elaboración del dictamen y verificado el cumplimiento de los requisitos mínimos contenidos en el artículo 226 del CGP, la parte aporta dicho dictamen con la presentación de la demanda o la contestación a la misma para ser sometido al juicio de admisibilidad.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de agosto de 2019, radicación No. 76147-31-10-002-2011-00027-02, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

4.3. La admisibilidad del dictamen pericial

El tercer momento corresponde a la admisibilidad del dictamen pericial, acto dirigido enteramente por el juez, quien debe determinar con base en los criterios de licitud, pertinencia, conducencia y utilidad la introducción del dictamen pericial al proceso, decisión no solo guiada por lo contenido en el artículo 168 del CGP, sino también por otros requisitos contemplados en el estatuto procesal civil.

Sin margen de duda, el artículo 226 del CGP es una disposición trascendental para orientar la admisión del dictamen pericial, al establecer una serie de requisitos que deben ser verificados por el juez en este estadio procesal.

La Corte Suprema de Justicia inició el estudio de la función de estos requisitos en el supuesto de los dictámenes periciales presentados para acreditar el interés para recurrir en casación. Del rastreo jurisprudencial realizado⁴⁶, se extrae que en la mayoría de autos los requisitos mínimos del dictamen pericial son concebidos como un presupuesto para valorar el medio de prueba.

Son representativas de esta posición las siguientes manifestaciones: “el artículo 226 del Código General del Proceso prescribe que todo dictamen, para asignársele mérito demostrativo, debe cumplir con unas exigencias”⁴⁷; el dictamen “no satisface las condiciones para ser tenido como tal”⁴⁸; algunas providencias expresamente consignan que el dictamen pericial “para su admisibilidad formal, debe atender los parámetros relacionados en el canon 226”⁴⁹; en otros autos, la Corte Suprema de Justicia ante el incumplimiento de los requisitos mínimos utiliza expresiones como “no surte eficacia para lo que intenta demostrar”⁵⁰ o “no resulta idóneo para tal propósito”⁵¹; por último, una serie de autos son consistentes en que dichos requisitos se constituyen en un presupuesto para la valoración, pero al mismo tiempo son utilizados para

⁴⁶ Se analizaron veinticinco autos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, proferidos entre los años 2016 y 2020, la forma de elección fue aleatoria.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, autos: AC 7467-2016, AC 432- 2018, AC 1911-2018, AC 464-2018, AC 2354-2019, AC 468-2020.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, autos: AC 7246-2016, AC 8174-2016, AC 1923-2018, AC 2613-2019, AC 3624-2019,

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, autos: AC 3686-2019, AC 4369-2019, AC 4651-2019, AC 5138-2019, AC 038-2020, AC 592-2020.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, AC 1240-2018.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, AC 8747-2017, AC 4643-2018,

valorar el contenido del dictamen⁵², por ejemplo, negando el mérito probatorio por “la ausencia de anexos que permitiera conocer la fuente de las conclusiones a las que llegó el experto”.⁵³

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, analizó la posibilidad de inadmitir un dictamen pericial por faltar alguno de los requisitos indicados en el artículo 226 del CGP, en dicha sentencia concluyó:

De modo que el análisis acerca del cumplimiento o no de los requisitos enlistados en el citado precepto 226 corresponde a una actividad propia del momento en que se dirime la controversia, razón por la cual la ausencia de los mismos no da lugar al rechazo automático de dicho medio de convicción. Esto es, a que se impida su ingreso al proceso, puesto que los únicos motivos que llevan a esa determinación son los referidos en el artículo 168 *ídem*, huelga reiterar, respecto de «*las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles*». Y no existe disposición especial en materia de experticia que autorice excluir la prueba por esa razón.⁵⁴

En ese mismo orden de ideas, recientemente la Corte Suprema de Justicia profirió una sentencia⁵⁵, esta vez en sede de casación, en la cual enjuiciaba la responsabilidad civil médica de una entidad promotora de salud por las falencias en el diagnóstico y en la atención de una paciente que sufría de una infección producida por un hongo, situación que desembocó en la perforación de su córnea, la afectación de otras estructuras oculares y finalmente la pérdida del órgano visual. Lo importante de esta sentencia es que los requisitos mínimos del dictamen pericial previstos en el artículo 226 del CGP son utilizados para valorar el medio probatorio, de hecho, a partir de la interpretación de estos requisitos se construyen cuatro criterios específicos de valoración, los cuales serán citados más adelante.

Entonces, la Corte Suprema de Justicia entiende actualmente que la verificación de los requisitos mínimos de dictamen pericial debe realizarse en el momento de la valoración de la prueba, y no en la admisibilidad, en el entendido de que los medios probatorios solo pueden ser inadmitidos por el incumplimiento de los criterios generales dispuestos en el artículo 168 del

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, autos: AC 5405-2016, AC 6081-2017, AC 464-2019, AC 4643-2019.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 21 de noviembre de 2017, AC 7710-2017, M.P: Álvaro Fernando García Restrepo.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de tutela del 3 de marzo de 2021, radicación No. 05001-22-03-000-2020-00402-01, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2020, radicación No. 47001-31-03-004-2016-00204-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

CGP. Si bien se comparte la idea de que los requisitos del dictamen contemplados en el artículo 226 del CGP deben ser evaluados en el momento de la valoración, es necesario realizar algunas precisiones, dado que esa interpretación puede conllevar a la inutilización de otras funciones prestadas por la norma.

El artículo 226 del CGP es una disposición que puede cumplir diversas funciones en los actos procesales y extraprocesales, como se comentó anteriormente, estos requisitos son útiles para orientar la elección del experto y la construcción del dictamen pericial, pero adicionalmente, son de una utilidad considerable para el ejercicio de la contradicción y el desarrollo de una correcta valoración del medio de prueba.

Por ahora, basta con decir que, si el examen sobre el cumplimiento de los requisitos del artículo 226 del CGP se posterga para el momento de la valoración, las dos últimas funciones comentadas resultarían seriamente perjudicadas. En el ejercicio de la contradicción, porque la contraparte no contará con información relevante para cuestionar la idoneidad, objetividad e imparcialidad del perito, así como refutar los métodos, técnicas, instrumentos, fundamentos y documentos utilizados para la elaboración del dictamen. En la misma lógica, para el momento de la valoración, el juez no conoce esos datos que le permitirían desarrollar un estudio más completo del peritaje, ello limitaría el examen de los seis criterios propuestos en este estudio para apreciar el dictamen.

Por tal razón, es importante que el juez revise el cumplimiento de los requisitos mínimos del dictamen pericial desde el momento de la admisibilidad de la prueba. Se trata de una revisión formal; es decir, el juzgador tiene la tarea de verificar que la parte aportó un dictamen con las informaciones requeridas por el artículo mencionado, en ningún caso ello se traduce en la potestad para evaluar el contenido material del peritaje, función reservada para el momento de la valoración.

La inclusión de esta información en el dictamen pericial es una carga procesal que debe ser acatada por la parte, a pesar de ello, dicha disposición debe ser entendida a la luz del derecho a la prueba, por lo tanto, si el juez evidencia que el dictamen pericial carece de alguno de los requisitos, es más conveniente requerir a la parte para complementarlo en lugar de inadmitirlo.

Esa posibilidad no está alejada de la realidad, en el rastreo jurisprudencial realizado se identificó una providencia en la que la Corte Suprema de Justicia menciona que el Tribunal Superior de Manizales requirió a la parte recurrente “con el propósito que el experto

complementara la experticia de manera puntual, concreta, sin vacilaciones, exhaustiva, detallada, específica, y sin lugar a dudas o dubitaciones”.⁵⁶

En cualquier caso, el juez debe intentar obtener esa información en aras de garantizar el derecho de contradicción de la contraparte, e igualmente para facilitar su obligación de valorar racionalmente la prueba y motivar la decisión judicial. En los procesos que requieran información experta para la verificación de ciertos hechos, debe prevalecer la necesidad epistémica del juez por encima del cumplimiento estricto de las formalidades, por esta razón, resulta más acertado conceder la oportunidad de complementar el dictamen con la información faltante, negar esa posibilidad implica privar al juez de un medio de prueba importante para el esclarecimiento de los hechos y se desconocen las dificultades logísticas, técnicas y/o económicas que tuvieron las partes para contratar al experto.

Incluso luego de conceder la oportunidad para completar dicha información, debe aceptarse que un dictamen pericial carente de alguno de estos requisitos puede seguir siendo útil para el proceso, piénsese en lo comentado para aquellos supuestos en los que la prueba pericial es determinante, y ante la ausencia de ella, el juez queda a la deriva para resolver el litigio.

Por esta razón, el juez debe sopesar las consecuencias de inadmitir un dictamen pericial; a pesar que falte alguno de estos requisitos, si considera de trascendental importancia la prueba podría admitirla, y posteriormente, en la etapa de contradicción podrá indagar sobre la información faltante, asimismo, en la etapa de valoración puede restar mérito probatorio por dicho incumplimiento, pero sin lugar a dudas, decretar una prueba de oficio resulta la vía adecuada para superar este obstáculo, sin la necesidad de excepcionar los requisitos.

Con todo, se asume la existencia de cuatro requisitos con los que se debe ser inflexible al momento de enjuiciar la admisibilidad de la prueba pericial, puesto que el medio probatorio se torna inútil ante la falta de alguno de ellos, para iniciar se tienen los numerales 1 y 2 del artículo 226 del CGP.

El numeral 1 se refiere a la “identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración”, y el numeral 2 dispone que se debe informar sobre “la dirección, número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito”, estos dos requisitos se pueden agrupar como información de identidad y contacto del experto.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 18 de febrero de 2020, AC 468-2020, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Un dictamen pericial que omita esta información, no solo carece de cualquier credibilidad y confiabilidad, sino también que es imposible identificarlo como un medio probatorio por carecer de uno de los elementos más importantes: la fuente de prueba. Adicionalmente, un dictamen pericial presentado en dichos términos conculca el derecho de contradicción de la contraparte, a causa de la imposibilidad de refutar la idoneidad del perito y no se contarían con los datos para convocarlo a un eventual interrogatorio (Semillero de Investigación de Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia, 2018, págs. 80-81).

Otro de los requisitos es el numeral 3 del artículo 226 del CGP, desde el cual se deriva la consecuencia de inadmisibilidad en los supuestos en los que el perito dictamine desde un área profesional que requiere de una autorización estatal para ejercer cierta profesión, y no se anexasen “los documentos idóneos que lo habiliten para su ejercicio”, es el caso típico de las profesiones liberales, como la medicina, la ingeniería y la contaduría, en donde para su ejercicio se requiere, además de haber aprobado una carrera en una institución de educación superior, una habilitación concedida por el Estado.

Un ejemplo muy claro es el de los evaluadores, quienes para ejercer su actividad deben estar inscritos en el Registro Abierto de Evaluadores, según lo contemplado por el artículo 5 de la Ley 1673 de 2013, ejecutar labores de evaluador sin estar inscrito implica un ejercicio ilegal de la actividad y pueden imponerse sanciones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, además de las sanciones penales y civiles correspondientes.

Este requisito se asume como netamente de admisibilidad porque si el sujeto no está autorizado para ejercer la profesión, mucho menos está autorizado para rendir un dictamen pericial que involucra los saberes de dicho campo, el simple hecho de carecer de estos documentos demuestra que el sujeto no es un experto en la materia, por consiguiente, el dictamen se torna inútil.

Finalmente, el numeral 7 del artículo 226 del CGP dispone que el perito debe informar “si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente”, de la revisión de esta última disposición atinente a las causales de exclusión de la lista de auxiliares de la justicia, se concluye que el perito podría incurrir en todas las causales, con excepción de los numeral 7 y 11 por referirse a otro tipo de auxiliares de la justicia.

La consecuencia de inadmisibilidad del dictamen pericial puede deducirse cuando la causal en la cual ha incurrido el perito lo inhabilite para dictaminar en el proceso. Solo para plantear algunos ejemplos, con base en la causal número 1 del artículo 50 del CGP se pueden

inadmitir aquellos dictámenes presentados por personas con una sanción penal vigente consistente en la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio, de conformidad con el artículo 46 del Código Penal-Ley 599 de 2000. En esa misma lógica, un dictamen pericial puede ser inadmitido cuando el perito esté incurso en la causal descrita por el numeral 2 del artículo mencionado, esto es, “a quienes se les haya suspendido o cancelado la matrícula o licencia”.

La razón para justificar la inadmisibilidad de un dictamen pericial presentado por un sujeto inmerso en alguna de estas causales responde a la idea expuesta en párrafos anteriores, en el entendido de que no pueden rendir dictamen pericial aquellos sujetos inhabilitados para ejercer la profesión, técnica, arte u oficio en cuestión, por no contar con las credenciales mínimas que lo autorizan para ello, como lo sería la licencia profesional.

Cabe precisar que todo lo comentado hasta aquí es perfectamente aplicable a los dictámenes periciales realizados en virtud de encargo judicial, dichas experticias también deben ser lícitas, conducentes, pertinentes, útiles y cumplir con la carga formal de comunicar las informaciones requeridas por el artículo 226 del CGP, pues su función no es solo de admisibilidad, sino también de contradicción y valoración.

Bajo este entendimiento del juicio de admisibilidad de la prueba pericial, se concluye que el artículo 226 del CGP procura por la admisión de un dictamen pericial transparente respecto a la identidad e idoneidad del perito, su experiencia en el escenario judicial, la relación con la parte que lo contrata, sus impedimentos legales para actuar como experto, la consistencia en los métodos utilizados y la base fáctica para la elaboración del dictamen.

En otro orden de ideas, resulta pertinente traer a colación la preocupación por controlar desde la etapa de admisibilidad la fiabilidad de los conocimientos introducidos por la prueba pericial, ello claramente influenciado por la experiencia estadounidense, específicamente, por la famosa trilogía *Daubert*⁵⁷, la cual produjo un cambio en el entendimiento de la admisibilidad en el sistema legal de Estados Unidos, en resumen: La opinión mayoritaria de *Daubert* establece una serie de temas importantes que se encuentran a lo largo de la trilogía. Primero, reconoció al juez como el “*gatekeeper*” quien debe filtrar los testimonios expertos ofrecidos. Segundo, el objetivo de la revisión es garantizar que el testimonio experto, para ser admisible, debe ser “no solo relevante, sino fiable” (Berger, 2011, pág. 12).

⁵⁷ Compuesta por los casos fallados por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos: *Daubert vs Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993); *General Electric vs Joiner.* (1997); y *Kumho Tire Co. Vs Carmichael* (1999).

Esa función asignada al juez de evaluar la admisibilidad de los dictámenes periciales, no solo bajo el criterio de relevancia, sino también de la confiabilidad del conocimiento, es ajena a nuestra tradición jurídica y no responde a la estructura de nuestro proceso judicial. En Estados Unidos es plausible la asignación de esa función por la existencia de los juicios por jurados, en tanto el juez asume la tarea de seleccionar los testimonios expertos cimentados efectivamente en un saber especializado, excluyendo así la posibilidad de que los jurados conozcan testimonios expertos infundados o sustentados en *junk science*.

En el proceso civil colombiano, tanto la admisión como la valoración del dictamen pericial están exclusivamente en cabeza de un juez profesional; no por ello deja de ser deseable que el juzgador se preocupe desde el juicio de admisibilidad por la fiabilidad de los saberes expertos, de este modo se asegura una mayor economía procesal y se evita la contaminación del juicio con pruebas que no aportan al objetivo de construir una providencia basada en un conocimiento empírico y razonable.

Como consecuencia de agregar al juicio de admisibilidad un filtro concerniente a la calidad de los saberes especializados, aparece la dificultad de armonizar esta idea con la estructura del proceso civil colombiano. El profesor Rodrigo Rivera Morales (2016) coincide en la necesidad de: “realizar un juicio de admisibilidad respecto a la validez del conocimiento que se propone aportar, esto es, que efectivamente la pericia ofrecida o solicitada tiene posibilidades, con fundamento en la ciencia o la técnica, de la determinación de unos hechos” (pág. 614); sin embargo, no se comparte la solución ofrecida: orientada a utilizar los criterios establecidos en el artículo 422 del Código de Procedimiento Penal y los criterios generales de pertinencia y conducencia señalados en el CGP.

Por un lado, el artículo 422 de la Ley 906 de 2004 es inadecuado porque se refiere, concretamente, a las pruebas periciales que incluyen conocimientos científicos novedosos, excluye así aquellos conocimientos técnicos, artísticos y científicos consolidados y aceptados, así mismo, los criterios establecidos son una reproducción de los criterios *Daubert*, los cuales, más allá de las críticas que se les han realizado⁵⁸, podrían conllevar a una confusión de las etapas de admisibilidad y valoración probatoria.

Por otro lado, los criterios de pertinencia y conducencia no constituyen un filtro apropiado frente a dictámenes periciales sin fundamento científico, técnico o artístico. En la

⁵⁸ La autora Carmen Vázquez Rojas dedica el capítulo segundo de su libro *De la prueba científica a la prueba pericial* (2015) al análisis crítico de los factores *Daubert*, por no ser este el objeto del artículo, nos remitimos a dicha obra.

tradicional conceptualización elaborada por Devis Echandía (1974), la pertinencia o relevancia de la prueba es: “la relación entre el hecho objeto de ésta y los fundamentos de hecho de la cuestión por decidir, que permite a aquél influir en la decisión” (Pág. 343); luego entonces, los dictámenes periciales sin sustento en algún área del conocimiento, podrían ser pertinentes, siempre y cuando apunten a probar un hecho relevante para la resolución del litigio.

Aunado a ello, Parra Quijano (2009) define la conducencia de los medios de prueba como: “la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. Supone que no exista una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado” (Pág. 145); bajo esa definición, la conducencia tampoco evita la entrada de informes expertos infundados, el dictamen pericial está autorizado por el CGP, y las normas que prohíben la acreditación de ciertos hechos no están dirigidas a controlar la fiabilidad de los saberes expertos.

Ahora bien, un entendimiento amplio del criterio de la utilidad de la prueba resulta adecuado para constituir un primer filtro de la calidad de los conocimientos especializados. Devis Echandía (1974) entiende que la prueba “debe prestar algún servicio, ser necesaria o por lo menos conveniente para ayudar a obtener la convicción del juez” (pág. 350). Por su parte, Parra Quijano (2009) señala que la prueba es inútil “cuando sobra, por no ser idónea, no en sí misma, sino con relación a la utilidad que le debe prestar al proceso, ya que éste sólo puede recaudar las pruebas necesarias para el pronunciamiento del fallo” (pág. 148).

A partir de estas definiciones, el criterio de utilidad de la prueba puede aplicarse para inadmitir aquellos dictámenes periciales que evidentemente no cuentan con ningún sustento científico, técnico o artístico, por la simple razón de no contribuir en ninguna medida al esclarecimiento de los hechos. Cabe aclarar que no se trata de anticipar la valoración de la prueba, la propuesta está dirigida a los casos indiscutibles, en los cuales aparezca de manera patente la inutilidad del informe experto, por discordancia entre el fundamento y el hecho a probar.

Se identifican tres casos de inutilidad, el primero, consiste en la improcedencia del dictamen pericial en los términos del inciso primero del artículo 226 del CGP, esto es, cuando la prueba pericial se ofrezca para verificar hechos que no requieren de un conocimiento especializado, verbigracia, tratar de establecer la propiedad sobre un bien inmueble a través de un informe pericial; el segundo, es la utilización de pseudociencias o *junk science* para fundamentar el dictamen, por ejemplo, pretender acreditar la relación afectiva entre dos

personas por la coincidencia en sus signos zodiacales; el tercero es cuando el peritaje, si bien se encuentra fundamentado en un área del conocimiento fiable, esta es totalmente discordante con el saber necesario para acreditar el hecho, como lo sería intentar verificar la deficiencia en los diseños de un edificio por medio de un peritaje sustentado en la ingeniería química.

Definir cuándo una prueba pericial es improcedente, infundada, presenta información sustentada en *junk science* o en un área del conocimiento totalmente alejada de los hechos debatidos no es una tarea fácil, por lo tanto, ante la duda, el juez debe admitir el dictamen pericial en aras de garantizar la máxima actividad probatoria de las partes y sin incurrir en una valoración anticipada de la prueba.

Para concluir, la etapa de admisibilidad es un momento de recopilación de información importante para evitar caer en las problemáticas de la falacia *ad verecundiam*, el juez como perito de peritos, las parcialidades y el paradigma de la individualización. Desde este momento inicial, el juez debe empezar a construir una idea respecto a los pormenores de la prueba pericial, por eso resulta tan relevante lograr que el dictamen se adjunte con toda la información requerida por el artículo 226 del CGP.

Por ejemplo, en el caso del paradigma de la individualización, es importantísimo verificar si el perito relacionó las investigaciones empíricas con las que sustentó el dictamen. Igualmente, es imprescindible examinar si dentro de la exposición de los experimentos, métodos e investigaciones realizadas, el perito incluyó el rango de error de su juicio de individualización y la población o el conjunto de objetos tomados como referencia.

Desde el momento de la admisibilidad, el juez debe identificar aquellas falencias que le indiquen la presencia de dichas problemáticas, empezando a vislumbrar las preguntas a realizar en el momento del interrogatorio, sin olvidar que su función en la admisibilidad se limita a verificar la inclusión en el peritaje de toda la información relevante, puesto que la evaluación del contenido material debe reservarse para luego de transcurrida la etapa de contradicción.

4.4. La contradicción de la prueba pericial

El cuarto momento a evaluar en esta propuesta es la contradicción del dictamen pericial, etapa que cobra relevancia a raíz del modelo de designación de experto tendencialmente de parte, por tal razón, el carácter adversarial predomina en la eventual etapa de contradicción, sin perjuicio de las pruebas periciales designadas judicialmente, las cuales igualmente están sujetas al ejercicio de la contradicción.

La Corte Constitucional ha entendido que un condicionamiento indispensable para poder valorar la prueba pericial es garantizar a la contraparte la oportunidad para controvertirla, sobre el particular ha señalado:

La prueba pericial tendrá valor probatorio y, por consiguiente, podrá ser apreciada por el juez solamente si corresponde a un acto procesal que fue sometido al principio de contradicción y fue regular y legalmente practicado en el proceso, conforme a las reglas previstas en la ley para el efecto. Dicho de otro modo, si el dictamen pericial no ha sido decretado por un juez, o no ha sido controvertido en el proceso, carece de mérito probatorio y no puede ser valorado judicialmente porque no es una prueba legalmente practicada.⁵⁹

La contradicción no solo se concibe como un derecho de las partes y como un condicionamiento para efectuar la valoración de la prueba pericial, también se concibe como un método de formación de la prueba, algo coherente con la idea de un medio de prueba integrado tanto por el dictamen como por las manifestaciones del experto realizadas durante el interrogatorio, Michele Taruffo entiende la contradicción como un:

[...] *método* de formación de la prueba que aspira a asegurar, mediante la confrontación dialéctica de las posiciones, informaciones y argumentaciones diversas proporcionadas por las partes, la plenitud y fiabilidad del procedimiento probatorio y de los criterios de decisión sobre los hechos (Taruffo citado por Pérez Gil , 2010, pág. 121).⁶⁰

Esa confrontación dialéctica entre las partes sirve para controlar, aclarar, complementar y precisar la información introducida por la prueba pericial, en ese sentido, el derecho de contradicción comprende dos acepciones, para el juez es una herramienta cognoscitiva que le permite obtener información importante para aceptar o rechazar el contenido del peritaje, y respecto a la parte es un medio para controlar y debatir la información ingresada al proceso por la contraparte (Vázquez Rojas, 2014, pág. 177).

Frente a la segunda acepción, la parte contra quien se aduzca un dictamen pericial es la titular el derecho a la contradicción, por esa razón, es el sujeto principal llamado a controlar el

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-274 de 2012, M.P: Juan Carlos Henao Pérez.

⁶⁰ Texto original: “La prueba científica”, incluido como apéndice V (pp.277-295) en la monografía *La prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons 2008. Es una versión en español de “La prova scientifica nel processo civile”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, LIX, diciembre 2005, No. 4, pp. 1079-1111 traducida por Vázquez Rojas, C., con revisión de Ferrer Beltrán, J.

contenido de la prueba. El ejercicio pleno de este derecho implica la posibilidad de “oponerse a su práctica, controvertir su conducencia, discutir su alcance, o en fin, controlarla u orientarla de acuerdo con sus propios objetivos o intereses”.⁶¹

Desde la perspectiva de Marco Antonio Álvarez (2017, págs. 294-300) el derecho a controvertir el dictamen pericial implica la garantía de conocer el informe experto con anticipación de la audiencia, la posibilidad de buscar asesoramiento por otro perito y el derecho a escoger alguna o todas las formas de refutación.

De conformidad con el artículo 228 del CGP, existen tres formas para controvertir el dictamen, a saber, solicitar al juez que no lo decrete como prueba; aportar otro peritaje para debatir los asuntos planteados por el perito de la contraparte; y convocar al experto a la audiencia para que rinda interrogatorio. La parte puede elegir cualquiera de estas formas o combinarlas según su estrategia.

La solicitud al juez para no decretar el dictamen como prueba estaría basada en el incumplimiento de los requisitos generales de admisibilidad contemplados en el artículo 168 del CGP, igualmente, dicha solicitud puede estar fundamentada en el desconocimiento de los requisitos mínimos del dictamen pericial regulados por el artículo 226 del mismo estatuto procesal, con las precisiones realizadas en el apartado anterior.

La segunda forma de refutación constituye el escenario ideal de confrontación dialéctica, el cual estaría dado por un juicio en donde ambas partes cuenten con la capacidad de aportar un dictamen pericial, ese enfrentamiento entre la información experta aportada por cada perito condiciona al juez a efectuar una evaluación de cada una de las posiciones planteadas, disminuyendo el riesgo de incurrir en la falacia *ad verecundiam*, porque la apelación a la autoridad se torna inconducente cuando se tienen dos autoridades con criterios diversos sobre un punto específico; no obstante, no se puede ignorar el contexto social y económico de nuestro país, dado que el alto costo de las pruebas periciales configura un obstáculo para materializar el derecho constitucional a la prueba y presenciar este escenario ideal de confrontación dialéctica.

Por último, la eventual convocatoria al experto a rendir interrogatorio responde a la consolidación del principio de oralidad en el proceso civil y propicia un debate más directo

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de junio del año 2001, expediente No. 5645, M.P: José Fernando Ramírez Gómez.

entre los conocimientos aportados. La Corte Constitucional en la sentencia C-124 de 2011 con base en las consideraciones de Ortells Ramos, destacó:

[...] la contradicción del dictamen pericial en audiencia permite contar un escenario epistemológico calificado, que no es posible lograr dentro del proceso escrito. Esto debido a que la audiencia permite que el juez y las partes puedan lograr una comprobación directa sobre el contenido de la experticia, a partir del interrogatorio personal al perito. Esto a su vez redundante en la conservación de las garantías procesales, pues todas las partes concurren personalmente al acto de contradicción, aumentándose con ello el grado de transparencia y publicidad del trámite.⁶²

La contraparte puede formular el interrogatorio al perito asesorándose sobre los puntos debatidos, ya sea a través de la contratación de un experto para este fin específico, o bien basándose en el contenido del dictamen presentado por el mismo. Ciertamente, puede ocurrir que la parte no cuente con el asesoramiento de un experto y no posea la capacidad para presentar una experticia, en dicho caso el derecho a la contradicción se ve limitado por factores externos, por mucho que el abogado o la parte posean conocimientos sobre algunas materias, la variedad de saberes especializados impide un ejercicio pleno del derecho; sin embargo, en esta etapa procesal, los requisitos mínimos regulados en el artículo 226 del CGP reaparecen como una solución a la dificultad señalada.

Efectivamente, contando con la información requerida por el artículo en mención, la contraparte puede plantear un ejercicio adecuado de la contradicción sin necesidad de contar con el asesoramiento de otro experto, esa información le permite cuestionar la idoneidad del perito, su experiencia en los estrados judiciales, los problemas de parcialidad, la existencia de algún impedimento legal de conformidad con el artículo 50 del CGP, la coherencia y consistencia de los métodos utilizados en peritajes anteriores o de los empleados en su ejercicio profesional, y por último, puede debatir el sustento documental del peritaje.

De la práctica del interrogatorio al experto, el dictamen pericial puede adquirir mayor solidez, ya sea porque el perito pudo reafirmar su idoneidad, precisar sus afirmaciones, aclarar algunos puntos oscuros o complementar los vacíos detectados en el informe; pero también puede ocurrir que el informe pierda peso por la revelación de inconsistencias, contradicciones o vacíos sobre algún elemento del dictamen, así mismo, la contraparte pudo lograr refutar la idoneidad del perito o poner en tela de juicio la parcialidad del mismo.

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-124 de 2011, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

Ahora bien, existe una problemática respecto a la cual el juez debe ser cauteloso, es la referida a la sobrevaloración del principio de inmediación, el cual se encuentra consagrado en los artículos 6 y 171 del CGP, en el entendido de que el juez debe practicar personalmente todas las pruebas. El juzgador al estar en contacto directo con el perito, no solo percibe su lenguaje verbal, sino que observa otros aspectos influyentes en su juicio sobre la veracidad o no del mismo. Se trata de respuestas neurofisiológicas, por ejemplo, la palidez, el sonrojo, los tics; o el lenguaje corporal, como la forma de mirar, la gesticulación y las microexpresiones; o también, expresiones paraverbales, tales como la palabra dubitativa, los temblores en el habla, la tardanza en responder o los silencios injustificados (De Miranda Vázquez, 2014, págs. 348-350).

Desde la posición defendida en este trabajo, la inmediación es exclusivamente una técnica fiable para la formación de las pruebas, su utilidad debe reservarse para el momento de la práctica del interrogatorio al perito, en ningún caso puede tomarse como un criterio para desarrollar la valoración, lo que podría conducir al error del intuicionismo.

Así las cosas, el escenario de la contradicción permite recopilar información complementaria a la contenida en el dictamen pericial, todo ello en aras de una mejor interpretación del medio probatorio, precisamente esto es lo que comprende la noción del derecho a la contradicción como una herramienta cognoscitiva para el juzgador. El juez no solo tiene la tarea de dirigir el interrogatorio propuesto por la contraparte, según lo previsto en el artículo 228 del CGP, cuenta también con iniciativa para citar al perito a interrogatorio y preguntarle acerca de su idoneidad, imparcialidad y del contenido del dictamen.

En cualquier caso, el juez debe adoptar una posición activa frente a la práctica del interrogatorio, de tal suerte que es la oportunidad para solicitar al experto la aclaración de puntos confusos, precisar el significado del lenguaje técnico, indagar sobre las problemáticas que afectan la confiabilidad del peritaje, o incluso, solicitar explicaciones adicionales sobre puntos relevantes no incluidos en el dictamen. Lo anterior disminuye la necesidad del juez de invadir la órbita funcional del perito, mientras más clara, coherente, precisa y completa resulte la prueba pericial, menor será la necesidad del juzgador de entrometerse en los conocimientos especializados, es de anotar que las actividades comentadas deben desarrollarse teniendo siempre presente el respeto a la garantía de imparcialidad.

En el caso de un peritaje sustentado en el paradigma de la individualización, la contraparte tiene la tarea de intentar rebatir sus conclusiones, puede demostrar la existencia de

inconsistencias en las investigaciones o experimentos desarrollados por el experto; o evidenciar la carencia de sustento empírico para el juicio de individualización; o resaltar que las conclusiones no merecen credibilidad por poseer un margen de error demasiado alto.

En síntesis, luego del ejercicio de contradicción, el juez pudo recopilar información adicional a lo plasmado en el dictamen pericial, datos que serán de suma importancia para efectuar una correcta valoración del medio probatorio.

4.5. La valoración de la prueba pericial

Abordada la prueba pericial de la manera propuesta, la primera tarea del juzgador para efectuar la valoración de este medio de prueba es la recopilación de ese conjunto de informaciones extraído de las diferentes etapas probatorias estudiadas. Ese agregado de información debe ser ordenado, analizado y contrastado para conformar una base que permita ejercer una valoración adecuada, con la precaución de no incurrir en la falacia *ad verecundiam* o asumir la posición del juez como perito de peritos, así como advertir las parcialidades del experto y el paradigma de la individualización.

Como se ha defendido a lo largo de este trabajo, la actividad valorativa no puede ser pasiva e irreflexiva; por el contrario, el juez debe asumir una actitud crítica y diligente para el entendimiento de los conocimientos especializados ofrecidos por el experto, aun reconociendo la ignorancia del juez sobre las materias científicas, técnicas o artísticas, esto no puede conllevar a que “la actividad de juzgamiento quede sometida a la obligación de aceptar el concepto tal y como fue presentado, porque el auxilio que presta el concurso de los peritos no lo ata inexorablemente, solo coadyuva la función del operador judicial”.⁶³

El juez no puede omitir la valoración de este medio de prueba bajo la excusa de desconocer los saberes especializados introducidos por el perito, en efecto, el juzgador no tiene la capacidad para entrar a debatir directamente los conocimientos especializados en igualdad de condiciones con el experto, pero lo que sí puede ejercer, es un examen de diversos puntos que no requieren la experticia en la materia, en últimas, el juez “tiene encomendada la labor de vigilar el razonamiento del perito” (Abel Lluch, 2014, pág. 130).

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de junio de 2016, radicado N°11001 31 03 034 2005 00301 01, M.P. Margarita Cabello Blanco.

La regulación traída por el artículo 235 del CGP arroja algunas luces sobre los puntos que deben ser examinados por el juzgador para la valoración de este medio de prueba, señala el tenor literal de la norma:

ARTÍCULO 232. APRECIACIÓN DEL DICTAMEN. El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso.

A continuación, se analizan los criterios para valorar la prueba pericial, si bien se toman en cuenta los regulados por el artículo citado, se agregan algunos que han sido considerados por la doctrina y la jurisprudencia, pues permiten al juzgador desarrollar una adecuada valoración del medio probatorio.

El parámetro para desarrollar la valoración del peritaje no es otro que las reglas de la sana crítica, las cuales son aceptadas en el ordenamiento jurídico colombiano para la valoración de todos los medios de prueba, como lo ha explicado la Corte Constitucional con fundamento en los planteamientos de Eduardo Juan Couture:

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.⁶⁴

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha entendido la sana crítica como:

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-622 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

[...] un método de apreciación de la prueba en forma razonada (racional), por oposición a la tarifa legal; comporta la exigencia de utilizar la lógica, la ciencia, las reglas de la experiencia, el sentido común, la técnica, la filosofía, etc. Dicho de otro modo, impone realizar juicios valorativos con fundamentos que deben resistir análisis. Cuando ello no ocurre, hay simple asunción caprichosa del medio probatorio.⁶⁵

Teniendo claro el método a utilizar para valorar el dictamen pericial, veamos ahora los criterios referenciados por la doctrina y la jurisprudencia.

4.5.1. La idoneidad del experto

El primer criterio para valorar la prueba pericial es la idoneidad del perito, consistente en la experiencia, los conocimientos, capacidades y habilidades en el área fundamento del dictamen, su acreditación al interior del proceso se da primordialmente por la misma información aportada por el experto, en virtud de los numerales 3, 4 y 5 del artículo 226 del CGP.

En el apartado dedicado a la admisibilidad se dejó planteado que para admitir un dictamen pericial sustentado en un área del conocimiento estudiada por una profesión que requiere una autorización estatal, el perito debía presentar los títulos universitarios y las credenciales habilitantes para ejercer la profesión. En la etapa de valoración probatoria, la idoneidad del perito no se aborda como una condición para rendir el dictamen, sino como un criterio para aceptar o rechazar el contenido de la experticia.

Tomando en cuenta esa información, el juez tiene el deber de examinar los títulos académicos, de ellos puede deducir un mayor grado de confiabilidad si el perito cuenta con estudios adicionales, ya sea de especialización, maestría o doctorado, siempre y cuando tengan relación con el objeto de la pericia. Como se planteó anteriormente, los títulos académicos no son el único criterio para otorgar credibilidad a un perito, debido a la existencia de asuntos eminentemente prácticos en los que la idoneidad puede ser inferida de otros documentos o por indicios confirmatorios de la experiencia del experto.

El juez también debe evaluar el acoplamiento entre la idoneidad del perito y el objeto de la pericia, la constatación de una relación directa entre estos dos puntos influye en la mayor o menor credibilidad otorgada a las declaraciones del experto, dado que existen áreas del

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de mayo de 2019, radicado No. 08001-31-03-003-2010-00324-01, M.P: Luis Alonso Rico Puerta.

conocimiento demasiado amplias como para ser conocidas integralmente por un solo hombre, es más, dentro de algunos saberes especializados existen diversas ramificaciones tendientes a especializar aún más los conocimientos, por tanto, para ser considerado un experto en esas subespecialidades se requiere de estudios adicionales, como lo explicó John Henry Wigmore en 1940: La capacidad es en todos los casos relativa, es decir, relativa al tema sobre el cual se pide a la persona que haga su declaración. El objetivo es asegurarse de que la pregunta al testigo sea respondida por una persona que esté capacitada para responderla. Su idoneidad es entonces una idoneidad para responder sobre ese punto. Puede que esté capacitado para responder sobre otros innumerables asuntos, pero eso no justifica aceptar sus puntos de vista sobre el asunto en cuestión (Wigmore citado por Kaye, Mnookin, & Bernstein, 2010, pág 98).⁶⁶

El ejemplo de la química sirve para aclarar la idea, ciertamente existen unos conocimientos comunes que todo químico debe saber, la constatación del título académico le sirve al juez como indicio de confiabilidad en las declaraciones del perito en asuntos generales y transversales a la química; sin embargo, cuando el objeto de la pericia sea un asunto propio de una rama o subespecialidad de la química, el examen debe ser mucho más exigente; supongamos que la necesidad del informe experto se plantea para acreditar un hecho relacionado con la química inorgánica, pero el perito contratado por la parte únicamente tiene estudios y experiencia en bioquímica, por consiguiente, la credibilidad del experto podría ser cuestionada por el desfase entre su idoneidad y el objeto de la pericia. Este factor también resulta útil para resolver el enfrentamiento entre dos peritos de una misma área del conocimiento. En resumen, mientras mayor sea la cercanía de los conocimientos del experto con el objeto del peritaje, mayor puede ser la confiabilidad otorgada.

Las dificultades en la determinación de la idoneidad del experto no solo pueden surgir por su defecto en los conocimientos, sino también por los excesos en los mismos, concretamente, cuando el perito está sobrecalificado en un área del conocimiento, en principio y en la mayoría de los casos, esto sería una ventaja para esclarecer los hechos del litigio, empero, ello podría conducir a la creencia de que un experto con dichas cualidades tiene la capacidad de dictaminar sobre cualquier materia, cuando lo importante es constatar una relación directa entre los conocimientos del perito y el objeto específico del informe pericial.

Aparte del examen sobre el acoplamiento entre los conocimientos del experto y el objeto particular de la pericia, el juez también debe determinar la vigencia de los saberes

⁶⁶ Texto Original: Wigmore, J. H., (1940), *Evidence*, § 555, 3 ed.

especializados utilizados por el perito, como se planteó en el primer capítulo, el perito puede estar sesgado inconscientemente por la época en la que realizó sus estudios o ejerció la práctica, esto podría conllevar a la introducción al debate probatorio de planteamientos superados o refutados al interior del área en específico, por dicha razón, el juez debe evaluar si el experto ha adelantado estudios recientes en su campo o se ha mantenido ejerciendo la profesión u oficio, lo cual sería un indicador para afirmar la idoneidad del experto, en contraposición a ello, si los únicos estudios realizados por el experto datan de hace 30 o 40 años y hace mucho tiempo no practica su profesión u oficio, se podría deducir la falta de idoneidad para dictaminar en dicha materia, debido a la desactualización de sus saberes.

Continuando con los indicadores acerca de la idoneidad del perito para conceptuar, se encuentra la autoría de libros, ensayos o artículos de investigación publicados, el numeral 4 del artículo 226 del CGP señala que se informarán sobre las publicaciones realizadas en los últimos 10 años. Las contribuciones académicas del perito a su campo de conocimiento sirven para inferir su objetividad y la calidad en el contenido del dictamen, generalmente, la autoría de libros, revistas, investigaciones u otros textos se elaboran sin tener en mente eventuales controversias judiciales, ahora, la confiabilidad se puede derivar siempre y cuando lo informado en el proceso sea coherente y consistente con lo defendido en las publicaciones, en el caso contrario, la experticia perdería peso probatorio.

La experiencia laboral poseída por el experto también puede ser un indicador de mayor objetividad y calidad, en el entendido de que el ejercicio laboral permite afianzar los conocimientos, obliga al experto a mantenerse actualizado y a conocer los avances de su campo, un ejemplo de ello es una sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, en la cual se le confirió credibilidad a un experto bajo el siguiente razonamiento: “dado que el experto Arimán López Murillo refirió 15 años de experiencia en la realización e interventoría de proyectos inmobiliarios, participando en grandes urbanizaciones en la ciudad de Bogotá, sus colofones son creíbles”.⁶⁷

En adición, la experiencia en el escenario judicial es un criterio a tomar en cuenta en este punto, información que debe ser declarada por el experto de conformidad con el numeral 5 del artículo 226 del CGP; este indicador tiene sus variables, no se trata simplemente de derivar mayor confiabilidad por poseer experiencia en este ámbito, efectivamente, haber presentado

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de marzo de 2018, radicación No. 11001-31-03-016-2005-00156-01, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

otros dictámenes anteriormente permite al experto conocer la dinámica de un proceso judicial y entender la función para la cual es convocado; sin embargo, constatar que el trabajo principal o exclusivo del experto es rendir dictámenes periciales puede insinuar una posible tendencia a favorecer a la parte contratante, se podría detectar una parcialidad de origen según los términos usados en este estudio, de todas maneras, no es algo que deba asumirse como una certeza absoluta, pero es una circunstancia que no se puede dejar de atender.

Es dable llegar a la conclusión de que el juez no puede omitir la evaluación del criterio de la idoneidad del perito; no obstante, la sobrestimación de este o su apreciación exclusiva pueden conducir al juzgador a incurrir en la falacia *ad verecundiam*; en efecto, que el perito esté bien preparado académica y profesionalmente es un indicador para confiar en la experticia, pero no puede ser el único criterio, en definitiva el juez no debe apelar exclusivamente a los títulos académicos, publicaciones, experiencia profesional o judicial para aceptar el contenido del dictamen, como lo expresa Matos de Araujo Chaves (2012):

La competencia profesional del perito requiere siempre su apreciación conjunta con el contenido del dictamen, de acuerdo con los demás criterios de valoración, jamás como única clave para su aceptación o rechazo. Estimamos que así no es razonable que el juez intente justificar su decisión únicamente en el denominado *argumento de autoridad*. Al perito profesional no le sería suficiente basar la fuerza de sus conclusiones en su eventual mayor competencia profesional o formación académica (Pág. 40).

En ese orden de ideas, la solución que se plantea para evitar la falacia *ad verecundiam* es poner en igualdad de condiciones el criterio de la idoneidad del experto con los demás criterios de valoración que se van a trabajar, de tal modo que el juez amplíe la información a tener en cuenta para otorgar o no credibilidad al dictamen.

4.5.2. Los métodos, técnicas e instrumentos utilizados por el perito

El segundo criterio de valoración es todo lo concerniente a la metodología utilizada por el perito, dentro del cual se incluyen las técnicas, investigaciones, experimentos, instrumentos, condiciones de examinación del objeto y, en general, cualquier actividad desarrollada con la finalidad de construir el informe experto.

Este criterio no aparece expresamente regulado por el artículo 232 del CGP, no por ello deja ser un elemento a tomar en cuenta para la actividad valorativa, ya que la metodología

empleada puede ser el origen de diversos errores influyentes en el dictamen pericial, en palabras de David L. Faigman (2006): Diferentes métodos presentan diversas oportunidades para cometer errores. El error en la ciencia podrían ser producto de variación estadística (es decir, diferencias fortuitas) o una consecuencia de docenas de posibles errores metodológicos, como errores de codificación, hipótesis adivinadas por los sujetos, sesgos de memoria, error experimental e incluso fraude científico. Y la mayoría de estos errores, a diferencia de la variación estadística, no se pueden cuantificar (Pág. 1220).

A pesar que los planteamientos anteriores se refieren al campo científico, sirven de advertencia para los demás conocimientos especializados, en la lógica que si existen errores o inconsistencias en los métodos empleados por el experto para la elaboración del dictamen, el juez debe evaluarlos y determinar si las conclusiones son consecuentes con la utilización de dicha metodología.

Para evaluar este criterio, el juez cuenta con la información recopilada en los momentos procesales anteriores, en la etapa de valoración toma trascendencia lo expuesto en el apartado de la elaboración del dictamen, en el sentido de que el juez pudo derivar indicios o presunciones en contra de la parte por obstaculizar la actividad pericial.

Adicionalmente, el juez posee la información aportada por el propio experto como consecuencia del cumplimiento de lo ordenado por el artículo 226 del CGP; en el dictamen pericial deben constar “los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas” y lo requerido por los numerales 8, 9 y 10 del mismo artículo:

8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.

Los numerales 8 y 9 sirven al juez para indagar sobre la coherencia de los métodos utilizados por el perito frente a los peritajes rendidos anteriormente o a los métodos utilizados en su actividad profesional, la confiabilidad en la metodología utilizada también está dada por su utilización reiterada para comprobar un hecho concreto, de tal modo que si el experto es consistente con la metodología utilizada o la modifica, pero con una justificación válida, será un indicador de objetividad y confiabilidad de los resultados; por el contrario, si esa modificación no responde a una justificación aceptable, sería una señal para el juez de la falta de fundamentación del peritaje o de la parcialidad del perito.

La información requerida por el numeral 10 del artículo 226 del CGP es fundamental para determinar la base fáctica de la experticia, hasta el punto que si el perito no aporta los documentos o no relaciona la información usada para construir su dictamen, el juez puede restar todo mérito probatorio, pues una garantía de objetividad y calidad es el estudio de la mayor cantidad de datos e informaciones pertinente para la comprensión del objeto de la pericia.

En contraste con este entendimiento de dichos requisitos, se tiene la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia en una sentencia ya citada en el apartado de la admisibilidad⁶⁸, en la cual se otorga gran preponderancia a la metodología utilizada por el experto, en efecto, dos de los criterios de valoración propuestos están dirigidos a verificar: (i) Validez o aceptabilidad suficiente del método o técnica utilizada por el perito, y (ii) Aplicación, Adecuación y coherencia del método con todos los hechos objetos del dictamen en el proceso.

Al entablar la comparación entre lo regulado por el artículo 226 del CGP y estos criterios de valoración, se observa una discordancia, dado que los numerales 8 y 9 de la disposición citada apuntan a verificar la coherencia y la consistencia de los métodos utilizados por el experto en comparación con peritajes anteriores o con los empleados en su ejercicio profesional, en ninguno de los dos numerales se hace referencia a que “debe ser un método generalmente aceptado por la comunidad especializada en el campo respectivo” o que “el método o técnica aceptado se haya aplicado en forma estricta a todos los hechos y evidencias obrantes en el proceso”, tal y como se afirma en la sentencia discutida.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2020, radicación No. 47001-31-03-004-2016-00204-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

Ahora bien, en relación con la metodología empleada por el experto, existen diversos ejemplos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se eligen tres para ilustrar algunos aspectos. El primero se trata de una controversia generada por el incumplimiento de un acuerdo privado de cesión de derechos, en el proceso se presentaron dos peritajes contables, los cuales fueron descartados porque su elaboración no tuvo el rigor necesario, ya que no habían consultado la contabilidad de la sociedad, uno de ellos elaboró los cálculos con base en la información elaborada a mano por los propios demandados y no se tuvieron en cuenta datos importantes, es así como la Corte Suprema de Justicia arriba a la siguiente conclusión:

Las cifras resultantes, por lo tanto, fueron el fruto de la apreciación de datos inciertos o imprecisos, de los que no existe certeza alguna de fiabilidad. Las conclusiones de tales trabajos no fueron la consecuencia de la aplicación del propio discernimiento de los expertos sobre bases objetivas y verificables, y, por ello, la decisión no podía sustentarse en los mismos.⁶⁹

Otro ejemplo respecto al criterio de la metodología consiste en un proceso de petición de herencia y reivindicación respecto a dos inmuebles que ya habían sido asignados y vendidos a terceras personas, en este obraba un dictamen pericial tendiente a acreditar los frutos causados por los inmuebles, el cual fue desechado por:

[...] la falta de un trabajo de campo en la zona donde se localizan los inmuebles que brindarían confiabilidad al dicho del evaluador, lo que es irrefutable ante la ausencia de soportes de su dicho e ilustración sobre las labores comparativas en el mercado inmobiliario del municipio para las épocas a que se contraía.⁷⁰

El último ejemplo tiene que ver con el tiempo transcurrido entre la ocurrencia de los hechos y la práctica de la experticia, pues el paso del tiempo puede modificar las condiciones del objeto a evaluar o incluso hacerlo desaparecer. Se trata de un caso de responsabilidad civil en contra de una empresa electrificadora por la muerte de una persona que al intentar alcanzar con una vara unos cocos de una palma ubicada cerca a unas líneas de conducción eléctrica recibió una descarga eléctrica que le provocó la muerte.

El peritaje decretado estaba orientado a determinar la forma como ocurrió el contacto con las redes de conducción eléctrica, la Corte no le otorgó credibilidad porque cuando se

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de marzo de 2018, radicación No. 11001-31-03-017-2012-00624-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de mayo de 2019, radicación No. 25183-31-84-001-2007-00094-01, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

realizó, la palma ya no existía, por tanto, la distancia entre la palma y las líneas de conducción debía calificarse de hipotética.⁷¹

En definitiva, en el dictamen pericial siempre debe incluirse a detalle los pasos metodológicos seguidos por el experto para la construcción del informe, en palabra de la Corte Suprema de Justicia, ello constituye un soporte que:

[...] siempre debe explicitarse en el dictamen, a efectos de que, sin dejar de ser -a fin de cuentas- una opinión del perito, se sostenga ella en reglas, métodos, procedimientos técnicos, científicos o artísticos que la tornen lo más objetiva posible, y, por ese camino, que le brinden al trabajo realizado por el experto, la fuerza persuasiva necesaria para su acogimiento, en tanto es un juicio racional emitido con base en el conocimiento especializado acerca de un hecho cuya valoración es necesaria en el proceso y no pertenece a la órbita del derecho ni cae en el ámbito de la información media o común.⁷²

Este criterio es muy importante para solventar la problemática del paradigma de la individualización, el juez debe examinar si la metodología propuesta por el experto es acertada para efectuar un juicio de individualización de un objeto o persona, paralelamente, debe verificar la inclusión de los documentos e investigaciones que soportan empíricamente la investigación realizada, aunado a ello, debe comprobar la indicación sobre la población de referencia para establecer la individualización, así como el margen de error del procedimiento.

4.5.3 El contenido del dictamen experto

El tercer criterio para la valoración de la prueba pericial es lo relativo al contenido del dictamen experto, quizás uno de los puntos más difíciles de examinar, puesto que su apreciación implica enfrentarse con la comprensión del conocimiento especializado. En este criterio se agrupan “la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos” según lo dispuesto por el artículo 232 del CGP.

Para iniciar, la solidez del dictamen pericial responde a la consistencia y contundencia para plantear su posición, un peritaje es sólido cuando no ha sido refutado y/o no contiene

⁷¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de octubre de 2017, radicación No. 23162-31-03-002-2008-00030-01, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de junio de 2014, radicación No. 73001-31-03-001-2008-00374-01, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz.

puntos débiles, la solidez puede verse menguada por el ejercicio del derecho de contradicción planteado por la contraparte o por las demás pruebas obrantes al interior del proceso.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha reflejado este criterio, por ejemplo, en un proceso de responsabilidad civil en contra de Petrobras Colombia Limited, se estudian los daños causados a un cultivo de fruta de propiedad del demandante, con ocasión de la realización de estudios de suelo para la búsqueda de yacimientos de petróleo y gas, frente al dictamen pericial practicado en el proceso se adujo:

Al revisar la experticia se observan inconsistencias en relación con la determinación de las franjas de terreno que en la finca Villa Claudia resultaron afectadas con los trabajos realizados por la contratista de la demandada, porque a pesar de incluirse la totalidad del área de los lotes «*Casa Beneficiadero 1,7920 has. – Los Mangos 1,7870 has. – El Aceituno 2,4000 has.*», no obra evidencia de que los daños hubieren abarcado tales dimensiones.⁷³

Por su parte, la claridad no es una característica que otorgue una mayor credibilidad a la prueba pericial, más bien se trata de una condición para iniciar la actividad valorativa, en tanto ningún tipo de apreciación probatoria puede ser adelantada si no se comprende la información introducida por el medio de prueba, en palabras de Nieva Fenoll (2010):

[...] no es infrecuente que el perito, siendo para él obvio mucho de lo que dice, no pierda mucho el tiempo en explicarlo demasiado. De esa forma, el texto del dictamen acaba resultando confuso, oscuro, y lo cierto es que no se aciertan a entender las razones de que el perito haya dictaminado de un modo u otro.

Un dictamen, en esas condiciones, no puede ser creíble, y salvo que el perito lo concrete más en su comparecencia ante el tribunal, su resultado debería ser desechado, porque ningún juez podrá motivar en una sentencia que ha seguido un dictamen pericial cuyas razones no entiende, no desde el punto de vista científico, sino desde la perspectiva meramente descriptiva (Pág. 291-292).

La característica de exhaustividad está relacionada con lo comentado en su momento para la metodología, un dictamen será exhaustivo si examina la mayor cantidad de datos e información disponible y pertinente para el objeto de la pericia, a su vez, la exhaustividad estará

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de febrero de 2016, radicación No. 11001-31-03-013-2007-00682-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

presente cuando el perito haya realizado a profundidad las investigaciones y experimentos que le permitan una mejor comprensión del asunto.

La precisión del dictamen pericial se define como “la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los extremos del dictamen, de suerte que un dictamen puede extralimitarse por exceso-cuando el perito se pronuncia sobre extremos no admitidos-cuanto por defecto-cuando deja de hacerlo sobre los admitidos” (Abel Lluch, 2014, pág. 132).

Este punto se puede ilustrar con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, consiste en un litigio surgido a raíz de un contrato de administración delegada para la rehabilitación y explotación de una finca, el dictamen pericial decretado de oficio tenía como objeto liquidar el daño emergente sufrido por la demandante, al entrar a valorar la experticia, la Corte señaló:

De entrada se deja sentado que no era del objeto de la experticia que el auxiliar de la justicia conceptuara sobre los posibles perjuicios y su cuantía a título de lucro cesante, en razón que dicho tópico quedó por fuera de la decisión de remplazo; materia cuyo estudio no se abordará en esta oportunidad.

De igual manera, excedió el experto el marco de lo solicitado en el cuestionario que debía evacuar al introducir un hecho nuevo y extraño al contenido de la controversia a decidir, cuando dentro del daño emergente determina el valor actual de los dos predios de propiedad de la demandante, que le fueron rematados por deudas laborales a su cargo, como una extensión del daño por ella sufrido a consecuencia del incumplimiento del contrato de administración delegada.⁷⁴

Continuando con los otros elementos de este criterio, la calidad de los fundamentos del dictamen es el punto más complejo que debe evaluar el juzgador, el cual implica la evaluación directa del conocimiento especializado introducido por el experto, como se ha planteado en algunos apartados, esta dificultad no puede justificar que el juzgador asuma la posición de perito de peritos, incluso introduciendo su conocimiento privado para suplantar la función pericial, debido a los inconvenientes que acarrea de cara a los principios de necesidad de la prueba, contradicción y las garantías de fiabilidad del conocimiento, entonces: ¿la solución es que el juez se relegue y omita el examen de la calidad de los conocimientos especializados?

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de diciembre de 2017, radicación No. 47001-31-03-002-2002-00068-01, M.P. Margarita Cabello Blanco.

A lo largo de este trabajo se ha recalcado la ignorancia del juez respecto a los conocimientos especializados, y en caso tal que los posea, se debe presumir su ignorancia, por los peligros señalados en el párrafo anterior; no obstante, para poder garantizar una valoración racional del medio probatorio se debe exigir al juez, por lo menos, la comprensión integral de los saberes expertos y desarrollar la capacidad para confrontarlos con las hipótesis planteadas por las partes, a partir de ese ejercicio tiene la función de determinar los hechos que se encuentren respaldados por la experticia.

Se puede objetar razonablemente que la exigencia de comprensión del dictamen redundaría en los mismos inconvenientes, en la mayoría de los casos la inteligencia promedio del juzgador no basta para entender lo informado por el perito y deducir exitosamente las consecuencias probatorias para resolver el caso. Pareciera que la valoración de la calidad de los fundamentos inserta al juez en un círculo infinito sin una solución aparente, a pesar de todo, debe reconocerse que algunos jueces no solo cuentan con su inteligencia promedio para comprender un dictamen pericial, existen tres circunstancias facilitadoras del examen sobre la calidad de los saberes especializados, a saber:

La primera es que el juez, además de ser abogado, tenga estudios o experiencia en el campo de la experticia, atravesar ese proceso de aprendizaje le permite comprender los conocimientos expertos y evaluar así la calidad de los mismos, esta herramienta es válida para solucionar la dificultad siempre y cuando el juez no introduzca su conocimiento privado. Debe resaltarse lo improbable de esta opción, dado que para lograr acceder a la judicatura se requiere una amplia experiencia y estudios en Derecho, es un proceso que toma años, lo cual reduce las posibilidades de estudiar o practicar otro conocimiento especializado. Ciertamente esto no elimina totalmente la posibilidad de que el juez sea a la vez un experto, pero en tal caso, las probabilidades de que esa experticia coincida con el objeto del dictamen pericial vuelven a ser mínimas, debido a la gran variedad de pruebas periciales eventualmente presentadas en un proceso.

La segunda circunstancia concierne a la experiencia obtenida por el juez durante su carrera judicial, no es lo mismo intentar comprender una prueba de ADN por primera vez, que procurar entenderla luego de haber conocido cien de ellas. El acercamiento constante a las pruebas periciales, su discusión mediante el ejercicio de contradicción, la obligación de valorarlas, el deber de argumentar en la sentencia sobre su confiabilidad y el control de la decisión por la vía de los recursos, proporciona al juez experiencia relevante para una comprensión correcta de este tipo de pruebas, máxime si se tiene en cuenta que en algunas

especialidades se conoce de antemano los tipos de dictámenes más comunes, por ejemplo, en la especialidad familia son habituales las pruebas de ADN y los conceptos psicológicos. Una vez más, es una circunstancia contingente, que un juez haya conocido una gran cantidad de pruebas periciales no garantiza la capacidad para comprender correctamente los conocimientos especializados y poder desarrollar una valoración racional del medio de prueba.

La tercera circunstancia consiste en el aprendizaje privado del juez, no se trata en este caso de contar con otra profesión o experiencia en cierta área, más bien es el supuesto del juez que, ante la necesidad de comprender un dictamen pericial, acude por sus propios medios a la literatura especializada o se asesora de algún conocido para entender el conocimiento experto y minimizar los errores de interpretación. Este interés propio del juez es válido, incluso deseable, bajo la condición de que el conocimiento apprehendido sirva para una mejor comprensión del dictamen presentado por las partes o decretado de oficio, nunca para suplantar el medio de prueba y usurpar las funciones propias del experto.

Las propuestas más sólidas para solucionar la encrucijada estudiada giran en torno a la idea subyacente en la tercera circunstancia; en la actualidad, un juez reacio a aprender y entender de ciencia, técnica, arte o cualquier otro saber experto simplemente no concuerda con las necesidades del sistema judicial, el cual requiere de jueces abiertos y dispuestos a comprender el conocimiento incluido en las pruebas periciales, como lo plantea David L. Faigman (2006) para el campo científico: En el siglo veintiuno-y cuanto antes mejor- los jueces no tienen otra opción que convertirse en científicos aficionados, el trabajo lo requiere. Esto es cierto mucho más allá de la estrecha zona de las reglas de admisibilidad para la evidencia experta e incluye todos los contextos en los que la investigación empírica es relevante para la adopción de decisiones jurídicas. Los responsables de adoptar las decisiones jurídicas simplemente no pueden utilizar adecuadamente el conocimiento científico si no comprenden las premisas de los métodos y las estadísticas de investigación (Pág. 1209).

Lo anterior se acepta siempre y cuando el juez no sobrepase sus límites funcionales, en efecto, esa actitud abierta frente a los conocimientos especializados facilitaría la evaluación de los saberes ignorados. El juez no es perito de peritos, su competencia no incluye aportar y debatir en igualdad de condiciones con los expertos, más bien se trata de vigilar las diferentes actividades realizadas por el experto y garantizar la existencia de una correspondencia entre lo dicho por los expertos en sus campos de conocimiento y lo manifestado por los peritos en el proceso judicial, de tal modo que ese acto comunicativo no sea tergiversado por las partes o los mismos expertos.

Sin lugar a dudas, frente al examen de la calidad de los fundamentos la solución es imperfecta, se debe confiar en que los demás criterios comentados en este apartado tengan la capacidad de evidenciar y limitar los problemas originados en la ignorancia del juez sobre los saberes especializados.

Ello se corrobora con la jurisprudencia reciente sobre la materia, en sentencia del año 2020, la Corte Suprema de Justicia hizo el ejercicio de traer a colación las ideas más importantes acerca del examen sobre la fiabilidad de los conocimientos, se cita doctrina sobre la materia, jurisprudencia local y extranjera, incluso se relacionan los casos paradigmáticos de la experiencia estadounidense como el caso *Frye vs United States* (1923) y la famosa trilogía *Daubert*, con base en ello y a partir del artículo 226 del CGP, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria propone algunos criterios para la valoración de la prueba pericial, a saber:

- (i) Validez o aceptabilidad suficiente del método o técnica utilizada por el perito.
- (ii) Aplicación, adecuación y coherencia del método con todos los hechos objeto de dictamen en el proceso.
- (iii) Consistencia interna o relación de causa-efecto, entre los fundamentos y la conclusión del peritaje.
- (iv) Calificación e idoneidad del experto.⁷⁵

Como se ha analizado en este trabajo, el artículo 226 del estatuto procesal vigente posee unas funciones y finalidades aplicables en diferentes etapas procesales; sin embargo, en estricto sentido no puede afirmarse que la disposición mencionada incluya expresamente los criterios propuestos por la Corte Suprema de Justicia, tal vez con la excepción del criterio referido a la calificación e idoneidad del experto. La propuesta parece responder a una intención de adoptar las ideas de la doctrina y jurisprudencia extranjera, además de reiterar algunos planteamientos realizados por la misma Corte Suprema de Justicia en años anteriores.

Sea de ello lo que fuere, todos estos criterios intentan controlar la fiabilidad del conocimiento indirectamente, apuntan a asuntos que no conllevan una evaluación directa de los conocimientos especializados. Los dos primeros criterios se enfocan en la técnica, método e instrumentos utilizados por el experto, el tercero alude a una evaluación de la coherencia entre fundamentos y conclusiones, y el último criterio tiene su acento en el examen de las calidades

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2020, radicación No. 47001-31-03-004-2016-00204-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

de la persona que funge como perito. Ninguno de ellos intenta adentrarse en un examen inmediato de los saberes expertos, idea consistente con lo defendido en este estudio, con la acotación de que los demás criterios detallados en la propuesta desarrollada también son útiles para limitar y evitar la introducción de conocimientos especializados infundados. Finalmente, la sentencia citada asigna al juez un rol frente a la prueba pericial aceptable desde los planteamientos del presente estudio:

Frente a la ciencia, el juez no es “*peritus peritorum*”. Su rol es guardián del conocimiento experto. Abandona su estatus de simple espectador o de omnisciente. Evalúa a través de criterios racionales la correspondencia verosímil entre el conocimiento vertido en el litigio por el perito y lo establecido por la comunidad especializada a la cual éste pertenece.⁷⁶

En pocas palabras, la solución no puede estar ni en una apelación ciega a la autoridad, ni en un juez perito de peritos, el punto medio es imperfecto, pero es la mejor solución a la luz de los derechos procesales y probatorios.

Para finalizar lo concerniente al contenido del peritaje, la tarea final del juzgador consiste en el estudio de los resultados consignados, esto es, las conclusiones, las cuales deben contar con ciertas características para poder otorgar credibilidad al medio de prueba, desde los planteamientos del profesor Xavier Abel Lluch (2017), estas deben ser:

1) correctas, respondiendo a una actuación profesional objetiva e imparcial; 2) completas, pronunciándose sobre todos los extremos objeto del dictamen; 3) claras, utilizando un lenguaje comprensible por el hombre medio; 4) concisas, procurando que cada conclusión contenga y exprese una idea; 5) congruentes, logrando una coherencia entre el método, las operaciones periciales y las conclusiones (Pág. 237).

En síntesis, los subcriterios referidos al contenido material del dictamen representan la dificultad más grande para el juez, puesto que lo obligan a la comprensión de los saberes expertos, la revisión de sus diferentes elementos y la realización de un juicio para otorgarle o no peso probatorio.

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2020, radicación No. 47001-31-03-004-2016-00204-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

4.5.4. La imparcialidad del perito

El cuarto criterio de valoración comprende la indagación sobre la imparcialidad del perito, luego de transcurrir por las diferentes etapas procesales, el juez ha tenido la posibilidad de reunir diferentes datos para evaluar este punto. Aunado a lo extraído del interrogatorio al experto, el mismo perito debe incluir en el dictamen pericial información sobre este punto, según lo dispuesto por los numerales 5 y 6 del artículo 226 del CGP. Esa información es crucial para determinar si el perito adolece de parcialidad de origen, disposicional, cognitiva o incurre en alguno de los sesgos conscientes o inconscientes descritos en el primer capítulo.

Hay que reconocer la imposibilidad de eliminar totalmente las parcialidades y los sesgos del experto, los cuales en muchos casos son desconocidos por él mismo, entonces lo relevante será determinar si esos problemas afectan a tal punto el peritaje que es imposible confiar en él, por tratarse de una opinión guiada principalmente por diferentes motivos que afectan la objetividad del experto, es decir, el simple hecho de identificar alguna parcialidad o sesgo no se traduce inmediatamente en la negación de todo valor probatorio del dictamen pericial. El artículo 235 del CGP regula lo relativo a la imparcialidad del perito:

El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito.

El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad.

En la audiencia las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad.

La norma citada intenta guiar al experto para que desarrolle sus actividades sin favorecer a ninguna de las partes, de hecho, el párrafo de dicho artículo señala: “no se entenderá que el perito designado por la parte tiene interés directo o indirecto en el proceso por el solo hecho de

recibir una retribución proporcional por la elaboración del dictamen”, salvedad necesaria en un modelo de designación de expertos tendencialmente de parte.

La verdad es que el modelo de designación de expertos no puede restar o aumentar automáticamente el peso probatorio de un dictamen pericial, en otras palabras, el juez no puede demeritar el experto por el simple hecho de haber sido contratado por la parte o no puede otorgar total confiabilidad a un perito designado judicialmente, en cada caso, es necesario analizar integralmente otros factores, como lo enseña Matos de Araujo Chaves (2012):

La deseada objetividad del dictamen no se confunde con la imparcialidad del perito, teniendo en cuenta que todo profesional, en cualquier circunstancia, tiene interés en demostrar y defender la validez de su trabajo; sea el perito designado judicialmente o elegido a instancia de parte. El perito desarrolla su actividad bajo un punto de vista técnico o científico y tiene el compromiso ético profesional de sostener su posición (Págs. 53-54).

En resumidas cuentas, el criterio de la parcialidad es un asunto que el juez no puede evadir al momento de la valoración de la prueba pericial; empero, solo en el caso de comprobar que lo plasmado en el dictamen responde primordialmente a una parcialidad o a cualquiera de los sesgos estudiados, puede restar o negar el peso probatorio a este medio.

4.5.5. La actuación del perito en el proceso judicial

El quinto criterio es todo lo referente a la actuación del perito en el juicio, la mayoría de consideraciones se adelantaron cuando se estudió la contradicción del dictamen, aunque en el momento de la valoración, el juzgador debe analizar la información recopilada en la intervención realizada por el perito en la audiencia de interrogatorio, de modo que se integren sus declaraciones con el contenido del dictamen pericial, los cuales conforman un único medio de prueba.

El juez puede restar mérito probatorio al encontrar contradicciones entre lo consignado en el dictamen y lo declarado por el perito en la audiencia; igualmente lo hará al percatarse de contradicciones en la propia declaración del experto o por las refutaciones logradas por la contraparte en el interrogatorio; por el contrario, el juzgador puede derivar una mayor credibilidad si las declaraciones del perito en la audiencia fueron coherentes con lo afirmado en el dictamen, no se avizoró ningún tipo de contradicción y las complementaciones o aclaraciones fueron consistentes con la posición planteada desde el inicio.

Para terminar este criterio, en lo relacionado con el lenguaje corporal del perito percibido por el juez en la audiencia, se debe reafirmar que estos aspectos no pueden determinar su confiabilidad, pues se ha comprobado que esas expresiones del lenguaje no verbal tienen varias explicaciones, asumir que un perito está mintiendo por el hecho de sonrojarse, evadir la mirada, o incluso, por presentar un temblor al momento de hablar, no cuenta con suficiente comprobación empírica.

No se está alentando por una eliminación de la garantía de la inmediación; todo lo contrario, se acepta que tiene una gran importancia para la aprehensión del conocimiento por parte del juez; no obstante, a la hora de evaluar el comportamiento de un perito en audiencia se debe otorgar mayor prevalencia al lenguaje verbal por encima de los demás aspectos (De Miranda Vázquez, 2014, págs. 368-370).

4.5.6. La valoración conjunta de la pericia con los demás medios de prueba

El último criterio es el principio clásico del derecho probatorio de la valoración conjunta de los diferentes medios de prueba obrantes al interior del proceso, regulado legalmente en el artículo 176 del CGP. De este ejercicio de confrontación se puede disminuir el peso probatorio de la prueba pericial al considerarla una pieza aislada y contradictoria con el entramado conformado por los demás medios de prueba que sustentan una hipótesis planteada por una de las partes; o en cambio, puede otorgársele mayor peso si complementa o es consistente con la hipótesis sustentada por el acervo probatorio.

En este punto es muy relevante la confrontación entre los dictámenes periciales ingresados al proceso, de suerte que pueden surgir escenarios en donde las pruebas periciales sean coincidentes en sus conclusiones, ante lo cual aumenta la carga argumentativa del juez para apartarse de ellas.

Con todo, el escenario más común en el modelo de designación de expertos estructurado por el CGP sería encontrar peritajes que sostienen conclusiones contrapuestas, para resolver esta disparidad entre opiniones expertas, el juez puede utilizar los criterios aquí estudiados para la valoración de la prueba, determinando cuál de los peritajes es más confiable; no obstante, puede ocurrir que luego de ese examen, ambos peritajes sean considerados confiables o no hayan logrado acreditar los hechos, frente a ello, la solución más adecuada es decretar un dictamen de oficio con la finalidad de dirimir esta encrucijada. La pericia dirimente permite al juez superar esa controversia entre los expertos contratados por las partes, bien sea

porque coincide con alguno de los dictámenes originales o porque alcanza independientemente el grado suficiente para acreditar el hecho discutido.

En el caso de resultar insuficiente, Carmen Vázquez (2015) sostiene que otra opción para solventar la dificultad sería entablar un careo entre los peritos contratados por las partes y aquellos designados por el juez, con los objetivos de:

- a) Determinar el objeto de la prueba pericial y/o los métodos o técnicas que se deberían utilizar, por lo que debería ocurrir antes de la formación de la prueba.
- b) Abordar alguna cuestión que, en opinión del tribunal, merezca mayor discusión una vez practicadas las pruebas.
- c) Especificar cuál es el desacuerdo y los acuerdos entre los peritos y, por supuesto, las razones de ello, también una vez que han sido practicadas las pruebas (Pág. 263).

En cierta medida, esta solución cuenta con sustento legal en el caso colombiano, de conformidad con el artículo 223 del CGP, el juez puede decretar careos “de las partes entre sí, de los testigos entre sí y de estos con las partes, cuando advierta contradicción”, lo cual podría ser aplicable a los peritos.

4.5.7. La valoración de los peritajes sustentados en el paradigma de la individualización

Para finalizar con la etapa de valoración de la prueba pericial, se presenta la forma de proceder y los resultados del rastreo jurisprudencial realizados sobre el tema del paradigma de la individualización. En los supuestos de pericias científicas orientadas a establecer la individualización de un objeto o persona, el juez debe asumir una actitud cautelosa para su estudio, debido a las problemáticas que envuelven este tipo de peritajes.

Lo primordial es no caer en el error de asumir estas pruebas como infalibles, incluso la prueba de ADN, que en la actualidad goza de una alta confiabilidad, no ha sido asumida por la Corte Suprema de Justicia como una prueba generadora de certezas absolutas. Un caso de la jurisprudencia da cuenta de ello, se trata de un proceso de investigación de paternidad en el cual se decreta una prueba de ADN, de esta se concluye que el demandado tiene “todos los alelos paternos obligados que debería tener el padre biológico de la menor”; sin embargo, el demandado alega que su hermano gemelo también tuvo relaciones sexuales con la madre de la niña, al hermano gemelo también se le realiza la prueba de ADN y el resultado es que la

paternidad tampoco se excluía, por lo tanto, se debían acudir a otros medios de prueba. En la sentencia se cita jurisprudencia de la misma Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en el siguiente sentido: “el Estado reconoce que la información de la prueba de ADN no es completa, absoluta, con ella no se alcanza a plenitud la certeza, sino tan solo un porcentaje de ella” y “la información de la prueba de ADN no arroja certeza absoluta sino tan solo una altísima probabilidad de paternidad o maternidad”.⁷⁷

Con mayor razón, las pruebas periciales que pretendan establecer un juicio de individualización deben ser abordadas en sus justas proporciones, esto es, pruebas sustentadas en la estadística, las cuales solo pueden alcanzar un alto grado de probabilidad, pero hasta el momento no logran individualizar un objeto o persona con exclusión de todas las demás existentes.

Sobre este tipo de pruebas no se encontró mucha jurisprudencia en la esfera civil, se resalta una sentencia de 1980 con ponencia del Magistrado José María Esguerra Samper: también es un caso de filiación natural y petición de herencia, en el proceso se discutieron nueve dictámenes grafológicos, los cuales intentaban determinar la autenticidad de una firma consignada por el presunto padre en una carta enviada a la madre biológica, la carta contenía una confesión sobre el vínculo paterno-filial. Lo interesante de este asunto es la disparidad en los peritajes, tres experticias afirmaban la autenticidad de la firma y los seis restantes consideraban que era falsa, si bien los dictámenes grafológicos no son determinantes para resolver el caso concreto, se destacan algunas consideraciones sobre el tema:

De vieja data ha analizado esta Corporación el valor demostrativo que pueden tener los dictámenes grafológicos y jamás, hasta el momento, ha considerado que tengan pleno poder demostrativo, no obstante que el transcurso del tiempo y el avance de las ciencias, la grafología ha progresado mucho y otro tanto ocurre con los aparatos científicos y las técnicas que suelen utilizar los grafólogos.

[...] La firma de una persona puede ser tan variada, que fácil es considerarla como escrita por distintas personas. Ciertamente hay algo característico y permanente en la firma que una persona acostumbra para sus actos públicos y privados, pero esa persistencia de la forma puede variarse con el transcurso del tiempo, o por una emoción o enfermedad.

⁷⁷ (Sentencia C – 476 del 10 de mayo de 2005)” (Cas. Civ., sentencia del 30 de abril de 2008, expediente No. 68001-3110-004-2003-00666-01, citadas en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 22 de septiembre de 2010, radicación No. 25899-3184-001-2006-00314-01, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

En estos casos la forma y rasgos de la letra cambian. (...) La grafología no está recibida hoy como ciencia. No hay en ella principios inconcusos de los cuales puedan derivarse conclusiones científicas rigurosamente ciertas.

[...] Por tanto, no hay inconveniente alguno en que un dictamen de grafólogos expertos, y reputados, razonable y suficientemente fundamentado a juicio del sentenciador, y apreciado en conjunto con otros elementos, pueda constituir plena prueba de que una firma o un manuscrito tachados de falso o cuya autenticidad debe demostrarse, sean en efecto apócrifos o auténticos.⁷⁸

Las consideraciones planteadas por la Corte Suprema de Justicia en ese momento sirven de advertencia para los casos que se resuelven en la actualidad, efectivamente, las bases científicas, los instrumentos y métodos utilizados para desarrollar juicios de individualización han avanzado desde aquella época, en la medida en que esos conocimientos se vayan afianzando y mejorando, este tipo de pericias obtendrán mayor confiabilidad. La implementación de sistemas inteligentes con bases de datos sobre los diferentes rasgos característicos de las personas es un gran progreso para la cuestión; pero en lo que al Derecho concierne, el *quid* siempre radica en la correcta introducción de esos conocimientos al proceso jurisdiccional, de tal modo que exista una correspondencia entre lo aceptado por el campo científico y lo debatido probatoriamente.

4.6. La motivación de la decisión judicial

Una de las garantías que comprende el derecho fundamental al debido proceso es la motivación de todas las providencias judiciales, ello imprime legitimidad a los fallos al incluir un ejercicio argumentativo orientado a justificar fáctica y jurídicamente el sentido de la decisión. La función procesal de la motivación de las providencias es explicada por Igartua Salaverría (2003):

La motivación ejerce de cautela preventiva contra el riesgo del error pues, por mucho que se redacte tras la decisión, ya deja sentir su peso en el momento de decidir: la obligación de motivar apremia al juez a decidir racionalmente si pretende afrontar con éxito los ulteriores controles procesales y sociales. Después, en los controles

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de agosto de 1980, Gaceta Judicial Civil 80/81-6 Número 2407, M.P. José María Esguerra Samper.

inherentes a una organización judicial jerarquizada, la motivación permita al tribunal superior desanidar el error (si hubiere) de la sentencia impugnada (Pág.180).

Lo anterior autoriza a concluir que la motivación de las providencias judiciales facilita el control de la decisión por la parte interesada, quien debe emplear algún medio de impugnación para refutar los argumentos expuestos por el juzgador, los cuales son sometidos al control del mismo juez o de otro de mayor jerarquía, dependiendo del recurso interpuesto. En similares términos, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que la motivación razonada de la decisión implica:

Las sentencias deben estar constituidas por un razonamiento lógico cuya conclusión sea el resultado de la demostración de los supuestos de hecho previstos en la norma sustancial que contiene las consecuencias jurídicas que se reclaman en las pretensiones de la demanda. De ahí que las normas procesales en materia probatoria están concebidas para la finalidad de la averiguación de la verdad en el proceso; y, aunque tales reglas no garantizan estados de “certeza” ni “verdades absolutas” -porque no las hay, ni dentro ni fuera del proceso-, sí ofrecen la posibilidad de corregir la decisión sobre los hechos con relevancia jurídica a partir de su correspondencia con la base fáctica del litigio.⁷⁹

Descendiendo las consideraciones académicas y jurisprudenciales citadas al objeto del trabajo, es dable comprender que la garantía de motivación impone al juez la tarea de exponer las razones para otorgar o restar peso probatorio al dictamen pericial. Siguiendo la propuesta construida, el juez debe exponer en su providencia las consideraciones sobre cada uno de los criterios estudiados, de ese modo, se garantiza la posibilidad de identificar si el juzgador ha incurrido en la falacia *ad verecundiam*, la posición del juez como perito de peritos, dejó pasar alguna parcialidad o sesgo, o incurrió en el error del paradigma de la individualización, lo que en algunos casos se podría controlar posteriormente a través de los diferentes recursos.

5. Conclusiones

El presente trabajo de grado asume el dictamen pericial como el medio probatorio por excelencia para la introducción de conocimiento científico, técnico o artístico, en definitiva,

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de junio de 2017, radicación No. 11001-31-03-039-2011-00108-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

cualquier conocimiento especializado diferente a la disciplina jurídica. De ahí se partió de dos hechos fundamentales: la ignorancia del juez respecto a los conocimientos especializados y la obligación del juzgador de valorar racionalmente el dictamen pericial y motivar la decisión judicial.

Del estudio realizado se pudo constatar que la procedencia de la prueba pericial depende de la regulación establecida por cada ordenamiento jurídico, en el caso colombiano dicha normativa se encuentra en el artículo 226 del CGP, la cual resulta ser la más restrictiva en comparación con las reglas de procedencia de España y Estados Unidos, puesto que no comprende otros saberes especializados, por tal razón, la regla de procedencia local debe ser flexibilizada con la finalidad de satisfacer las necesidades del juzgador frente a supuestos de hecho que requieran para su verificación algún conocimiento especializado.

Respecto al tipo de saber introducido por la prueba pericial, se consideró que su característica diferenciadora radica en la ignorancia por gran parte de la población, en otras palabras, el saber experto escapa del conocimiento promedio y común de la mayoría de individuos, incluidos los jueces, debido a que su aprehensión está mediada por un proceso de aprendizaje formal o práctico emprendido por sujetos específicos en un tiempo y lugar determinados. En principio, todos los conocimientos especializados son aceptados al interior del proceso, con excepción del conocimiento especializado sobre el derecho, cuyo manejo está a cargo del juzgador, con la aclaración realizada para la ley y la costumbre extranjera.

En este estudio se concibe al perito como la fuente de la prueba pericial, quien es un sujeto cualificado que ha transcurrido por un proceso de aprendizaje hasta alcanzar el dominio de ciertos saberes. De la comparación realizada entre el CPC y el CGP se concluyó que el estatuto procesal vigente no cuenta con un mecanismo previo y formal para identificar a los peritos, bajo el CGP la idoneidad y capacidad del experto se convierten en un hecho a verificar a través de otros medios de prueba. Ligado a ello, se estudió la obligación del experto de cumplir con su función de manera imparcial, identificando las parcialidades de origen, disposicional, cognitiva, así como los sesgos conscientes e inconscientes. Por último, se determinó que el perito en el ejercicio de sus funciones puede incurrir en responsabilidad penal, civil y/o profesional.

En cuanto a las funciones del perito, se resaltó la importancia de precisarlas con la finalidad de evitar las posibles invasiones en la órbita del juez y viceversa, en términos generales, la función principal del experto es la introducción de conocimientos especializados,

bien sea mediante una descripción, una enseñanza y/o evaluación, en todo caso, el perito no puede realizar afirmaciones categóricas sobre los supuestos de hecho narrados por las partes y le está vedado referirse a conceptos jurídicos.

Una de las conclusiones más importantes del trabajo es la calificación jurídica de la prueba pericial como un medio de prueba autónomo, las razones de esta afirmación atendieron a la positivización de la prueba pericial en el CGP, su funcionamiento en un modelo de designación tendencialmente de parte, el rechazo a la introducción del conocimiento privado del juez, su diferencia respecto a los demás medios probatorios y la capacidad de la prueba pericial de introducir hechos nuevos.

En lo concerniente a los modelos de designación de expertos, se caracterizó el modelo judicial como aquel en donde el juez elige el perito y determina el objeto de la pericia, el dictamen experto adquiere un carácter procesal y el perito se concibe como un auxiliar de la justicia, en esa lógica, se establece una relación de confianza entre el juez y el perito, porque previamente se ha acreditado su idoneidad e imparcialidad, ya que las partes no pudieron influir en su elección.

En contraposición a ello, el modelo de experto designado por la parte impone una carga de aportación en el demandante y demandado respecto al dictamen pericial, bajo dicho modelo, la prueba pericial es concebida en mayor medida como un medio de prueba, posee un carácter preprocesal y resulta necesaria la acreditación de la idoneidad del perito al interior del proceso. En este modelo existe el riesgo de presentarse una parcialidad de origen, en el sentido de que el perito puede intentar favorecer a su contratante, acomodando el informe para favorecer la hipótesis de la parte.

El CGP diseñó un modelo de designación tendencialmente de parte, ciertamente se les impuso a las partes la carga de aportar el dictamen, pero al mismo tiempo subsiste la posibilidad para el juez de designar judicialmente al experto. En el modelo de designación regulado por el estatuto procesal vigente es probable que se presenten las diferentes problemáticas identificadas para los modelos “puros” de designación de peritos, como sería la asunción pasiva del dictamen presentado por un experto designado judicialmente o los riesgos de manifestarse una parcialidad de origen en los peritos contratados por las partes.

En lo referido a las posiciones posiblemente asumidas por el juzgador a la hora de apreciar la prueba pericial, se analizó la posición basada en un argumento de autoridad, la cual cuenta con un fundamento rescatable, dado que es imposible conocer directamente todos los

saberes existentes, por ello solemos confiar en aquellas personas consideradas como una autoridad. La falacia se constituye cuando al valorar la prueba pericial, el único factor tomado en cuenta es la autoridad del experto, sin examinar otros aspectos del dictamen e ignorando otras razones provenientes de los demás medios de prueba.

La otra posición es la del juez como perito de peritos, en ella se parte de un juzgador con ciertas capacidades que le permiten estar a la par de los expertos y realizar un examen independiente del objeto de la prueba pericial, igualmente, esta posición cuenta con una idea resaltable, consistente en la importancia de la independencia y autonomía del juzgador respecto a la prueba pericial; no obstante, el problema surge cuando el juez se extralimita en sus funciones e invade la órbita funcional del perito, incluso introduciendo su propio conocimiento privado para definir las cuestiones de hecho narradas por las partes.

Para abordar la prueba pericial es necesario examinar integralmente diferentes etapas del proceso de las cuales el juez puede obtener información y empezar a interpretar el medio de prueba. Es así como en la etapa de elección del perito, tanto la parte como el juez deben basar su elección en el criterio de la idoneidad del experto para conceptuar sobre la materia. El primero no cuenta con un criterio de preferencia para la selección del perito y el segundo debe acudir preferiblemente a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad.

En la etapa de construcción del dictamen, el perito no puede extralimitarse en el objeto de la experticia, tiene prohibido referirse a los supuestos de hecho narrados por las partes y a conceptuar sobre puntos de derecho. En adición, la parte debe solicitar al experto la inclusión en el dictamen de la información requerida por el artículo 226 del CGP, requisito entendido como una carga formal impuesta por el ordenamiento jurídico.

La etapa de admisibilidad es un momento que permite al juez recopilar información acerca de la prueba pericial para empezar a crear una idea sobre su credibilidad, tomar en cuenta toda esta información ayuda a evitar la falacia *ad verecundiam*, la posición del juez como perito de peritos, las parcialidades y el paradigma de la individualización. Ahora bien, en el juicio de admisibilidad no solo debe revisarse los criterios de licitud, pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba, sino también los requisitos contenidos en el artículo 226 del CGP, el juzgador debe intentar que esa información obre en el dictamen, debido a su importancia para el momento de contradicción y valoración de la prueba.

En nuestro ordenamiento jurídico el criterio de la utilidad de la prueba sirve como un primer filtro para garantizar la fiabilidad del conocimiento experto, con su utilización se puede desechar aquella información totalmente improcedente, infundada o fundada en *junk science*, o frente a la cual se observa una disparidad abismal entre el objeto de la pericia y el campo de conocimiento elegido para sustentar el dictamen.

La etapa de contradicción se convierte en un momento muy importante para la solución de las problemáticas planteadas, ya que cumple la función de herramienta cognoscitiva para el juzgador y se constituye como un mecanismo de control para las partes. El CGP permite tres formas de contradicción -solicitar que no se decrete el dictamen, convocar el experto a interrogatorio o presentar otro peritaje-, todas ellas permiten controlar, aclarar, precisar y complementar la prueba pericial, luego del ejercicio de contradicción, la prueba pericial puede adquirir mayor solidez o resultar totalmente refutada.

Este escenario adversarial permite al juez recopilar información importantísima para efectuar la valoración, en el supuesto de contar con dos peritos opuestos se reduce la posibilidad de incurrir en la falacia *ad verecundiam*, y al tener la posibilidad de preguntar directamente al experto, puede aclarar o complementar ciertos puntos, sin necesidad de acudir a su conocimiento privado, disminuyendo así las oportunidades para convertirse en un juez perito de peritos. De igual modo, el ejercicio de contradicción es útil para descubrir posibles parcialidades y la aparición del paradigma de la individualización.

Todos estos momentos de recopilación e interpretación de la información obtenida por el juez deben servir como base para efectuar la valoración del medio de prueba, en todo caso, el juzgador debe asumir una actitud crítica y activa respecto al contenido del dictamen pericial. En ese orden de ideas, se propusieron seis criterios que permiten superar las problemáticas analizadas y efectuar una valoración racional del medio probatorio:

1. La idoneidad del perito: Cuyo objetivo es determinar si el perito cuenta con la aptitud para conceptuar sobre la materia, en este criterio se deben analizar las credenciales del experto, la correspondencia entre la idoneidad del perito y el objeto de la experticia, la autoría de libros, artículos e investigaciones, la experiencia laboral y su experiencia en el ámbito judicial.

2. La metodología: Su importancia radica en que para poder otorgar mérito probatorio a los resultados del dictamen pericial es necesario conocer los pasos metodológicos seguidos por el perito, si en ese proceso se presentan fallas, falencias o las etapas son incoherentes con el contenido del informe experto, su peso probatorio puede ser desestimado.

3. El contenido del dictamen: Punto que comprende la solidez, claridad, exhaustividad y calidad de los fundamentos, respecto a este último tema, se arribó a la conclusión que el juez no está en la capacidad de entablar una discusión directa con los conocimientos expertos, por lo tanto, se debe confiar en criterios indirectos para poder ejercer control, en últimas, la obligación del juez es la de comprender el dictamen pericial y con base en él determinar los hechos acreditados en el proceso.

4. La imparcialidad del perito: El perito debe ejercer su labor sin introducir elementos subjetivos para beneficiar o perjudicar a una parte determinada, toda la información recopilada sirve como mecanismo para identificar cuando un perito está parcializado, con todo, el dictamen pericial pierde su mérito probatorio cuando esa parcialidad lo afecte gravemente.

5. La actuación del perito en el proceso: El ejercicio de la contradicción puede refutar o reafirmar los manifestado por el experto, el juez debe tomar nota de estos aspectos y determinar si otorga o no peso probatorio.

6. Valoración conjunta de la prueba: El último criterio consiste en valorar individualmente el peritaje y luego contrastarlo con los demás medios probatorios, de ahí el juzgador podrá extraer conclusiones acerca del peso probatorio adquirido por la prueba pericial de cara al entramado constituido por las pruebas obrantes en el litigio.

Todos estos criterios deben ser analizados por el juzgador, los argumentos que se construyan a partir de allí deben ser expresados en la providencia, materializando así el cumplimiento de motivar la decisión judicial, ello facilita el control que las partes o los otros jueces puedan realizar de la valoración de la prueba pericial.

El tema del paradigma de la individualización es una problemática novedosa en el escenario colombiano, se evidenció que las ciencias forenses pueden incurrir en esta falacia cuando afirman categóricamente en términos de certeza la individualización de una muestra, objeto o persona con exclusión de todas las demás existentes. Este tipo de afirmaciones carecen de sustento científico, porque no existen las investigaciones y los estudios necesarios para comprobar sus fundamentos; por consiguiente, el juez debe comprender que estas pruebas están sustentadas en la probabilidad, por lo cual no pueden asumirse como una fuente de certeza absoluta sobre los juicios de individualización.

La propuesta construida en el presente trabajo disminuye el riesgo de que el juez incurra en la falacia *ad verecundiam*, por el hecho de que la valoración no se concentra exclusivamente

en las calidades del perito, por más autoridad que este sea en la materia, al juez le corresponde evaluar otros aspectos circundantes del dictamen pericial. Paralelamente, la propuesta evita caer en la posición del juez como perito de peritos, el juzgador no está en la capacidad para discutir directamente el contenido material de la prueba pericial, en todo caso, tiene prohibido utilizar su conocimiento privado para resolver el litigio, como se ha repetido a lo largo de este trabajo, la función del juez es comprender los saberes especializados y vigilar los razonamientos efectuados por el experto.

6. Bibliografía

- Abel Lluch, X. (2009). La prueba pericial. En J. Picó I Junoy, & X. Abel Lluch, *Serie estudios prácticos sobre los medios de prueba* (Págs. 15-248). Barcelona: Bosch.
- Abel Lluch, X. (2013). Algunas reformas en la regulación de la prueba pericial en la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*(17), 519-551. Obtenido de <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/12529>
- Abel Lluch, X. (2014). *La valoración de la prueba en el proceso civil*. Madrid : LA LEY Wolters Kluwer España, S.A.
- Abel Lluch, X. (2017). Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial. En J. Pico i Junoy, & C. De Miranda Vázquez, *Peritaje y prueba pericial* (Págs. 211-248). Barcelona: Bosch Editor.
- Álvarez Gómez , M. A. (2017). *Ensayos sobre el Código General del Proceso; medios probatorios* (Vol. III). Bogotá: Temis .
- Baughman, J. (1992). Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom. *Michigan Law Review*, 90(6), 1614-1623. Obtenido de <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol90/iss6/32>
- Berger, M. A. (2011). The Admissibility of Expert Testimony. En *Reference Manual on Scientific Evidence* (Págs. 11-36). Whashington, D.C.: National Academy of Sciences.
- Bermúdez Muñoz, M. (2016). *Del dictamen judicial al dictamen de parte: Su regulación en el CPACA y en el CGP*. Bogotá: Legis.

- Bordes Solanas, M. (2011). *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*. Madrid : Ediciones Cátedra.
- Brewer, S. (Apr de 1998). Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process. *The Yale Law Journal Company*, 107(6), 1535-1681. Obtenido de <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol107/iss6/1/>
- Brown, H. (01 de octubre de 1999). Eight gates for expert witnesses. *Houston Law Review*, 36(3), 743-882.
- Brown, H., & Davis, M. (22 de septiembre de 2014). Eight gates for expert witnesses: fifteen years later. *Houston Law Review*, 52(1), 1-299.
- Browne, N. M., & Harrison-Spoerl, R. R. (2008). Putting Expert Testimony in Its Epistemological Place: What Predictions of Dangerousness in Court Can Teach Us. *Marquette Law Review*, 91(4), 1119-1212. Obtenido de <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol91/iss4/7>
- Cheng, E. K. (2006). Same Old, Same Old: Scientific Evidence Past and Present. *Michigan Law Review*, 104(6), 1387-1402. Obtenido de <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss6/7>
- De Miranda Vázquez, C. (2012). ¿es realmente el juez el *peritus peritorum*"? (Propuesta de reformulación del brocardo y análisis del alcance efetivo de la valoración judicial de la prueba pericial). En C. M. Rúa, *Derecho probatorio contemporáneo: prueba científica y técnicas forenses* (Págs. 293-310). Medellín: Universidad de Medellín.
- De Miranda Vázquez, C. (2014). El mito de la influencia de la intermediación judicial en la valoración de la prueba personal:una revisión crítica. *Justicia: revista de derecho procesal*(2), 339-370.
- Devis Echandía, H. (1974). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia.
- Duque Quintero, S. P., González Sánchez, F. P., Cossio Acevedo, N. A., & Martínez Monsalve, S. M. (2018). *Investigación en el saber jurídico* . Medellín: Editorial Univesidad de Antioquia.
- Faigman, D. L. (2006). Judges as "Amateur Scientists". *Boston University Law Review*, 86, 1207-1225. Obtenido de https://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/153/

- Flores Prada, I. (2005). *La prueba pericial de parte en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Garciandía González, P. M. (1999). *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*. Pamplona : Editorial Aranzandi S.A. .
- Gascón Abellán, M. (1999). *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial pons.
- Gascón Abellán, M., Lucena Molina, J. J., & González Rodríguez , J. (4 de Octubre de 2010). Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar. *La Ley*(7481), 1-16.
- Golan, T. (2008). Revisiting the History of Scientific Expert Testimony. *Brooklyn Law Review*, 73(3), 878-942. Obtenido de <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol73/iss3/3>
- Gozáini, O. A. (2012). La prueba científica no es prueba pericial. *Derecho y sociedad*(38), 169-175. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13116>
- Gross, S. R. (1991). Expert evidence. *Wisconsin Law Review*, 1113-1232. Obtenido de <https://repository.law.umich.edu/articles/196/>
- Igartua Salaverría, J. (2003). *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .
- Kaye, D. H., Mnookin, J. L., & Bernstein, D. E. (2010). *The new Wigmore: a treatise on evidence: expert evidence* (Second edition ed.). New York: Wolters Kluwer. law and business.
- Koehler, J., & Saks, M. J. (2010). Individualization claims in forensic science: still unwarranted. *Faculty Working Papers*, 1-16. Obtenido de <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=facultyworkingpapers>
- López Blanco, H. F. (2017). *Código General del Proceso: pruebas*. Bogotá: DUPRE EDITORES LIMITADA.
- Martorelli, J. P. (2017). La prueba pericial. Consideraciones sobre la prueba pericial y su valoración en la decisión judicial. *Derechos en acción*(4), 1-11. doi:<https://doi.org/10.24215/25251678e051>

- Matos de Araujo Chaves, M. (2012). *El dictamen pericial: criterios de valoración y su motivación en la sentencia civil* (Tesis doctoral) Universidad de Burgos, Burgos.
- Mnookin, J. L. (2008). Expert evidence, partisanship, and epistemic competence. *Brooklyn Law Review*, 73(3), 1009-1033. Obtenido de <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol73/iss3/7/>
- Mnookin, J. L., & Gross, S. R. (2003). Expert information and expert evidence: a preliminary taxonomy. *Seton Hall Law Review*, 34(1), 139-185. Obtenido de <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1569&context=articles>
- Munné Catarina, F. (2017). Imparcialidad y responsabilidad del perito. En J. Pico I Junoy, & C. de Miranda Vázquez, *Peritaje y prueba pericial* (págs. 200-210). Barcelona: Bosch Editor.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid/Barcelona/ Buenos Aires : Marcial Pons.
- Pabón Giraldo, L. D., & Vargas Vélez, O. (2016). La prueba pericial en el proceso civil en Colombia: regulación, dudas, incertidumbres y desafíos. En *Derecho probatorio y la decisión judicial* (págs. 161-185). Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín.
- Parra Quijano, J. (1996). *Tratado de la prueba judicial: la prueba pericial*. Bogotá, D.C: Ediciones librería del profesional.
- Parra Quijano, J. (2009). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá, D.C.: Librería ediciones del profesional Ltda.
- Pérez Gil, J. (2010). *El conocimiento científico en el proceso civil: ciencia y tecnología en tela de juicio*. Valencia : Tirant lo blanch.
- Picó I Junoy, J. (2008). El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español. *Instituto de investigaciones jurídicas UNAM*, 527-565.
- Rivera Morales, R. (2016). Problemática procesal en torno la experticia en el CGP. En I. C. Procesal, *XXXVII Congreso Colombiano de DERECHO PROCESAL* (págs. 607-626). Bogotá, D.C. : Departamento de publicaciones, Universidad Libre.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (julio-diciembre de 2015). La prueba pericial y su valoración en el proceso penal colombiano, hacía un régimen procesal holístico. *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS-UPB*, 45(123), 481-511.

Ruiz Jaramillo, L. B. (2019). *La prueba como derecho en el Código General del Proceso*. Valencia: Tirant lo blanch.

Saks, M. J., & Koehler, J. J. (2008). The individualization fallacy in forensic science evidence. *Vanderbilt Law Review*, 61(1), 199-219.

Semillero de Investigación de Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia. (Diciembre de 2018). Requisitos mínimos de la pericia de parte en el Código General del Proceso: ¿criterios de admisibilidad o de valoración? (I. C. Procesal, Ed.) *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo-ICDP*(7), 63-87.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

Vázquez Rojas, C. (2014). *Tesis doctoral: La prueba pericial: entre la deferencia y la educación*. Girona: Universitat de Girona.

Vázquez Rojas, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. MADRID: MARCIAL PONS.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional, sentencia C-622 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C-476 de 2005, M.P: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, sentencia T-796 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, sentencia T-545 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, sentencia C-124 de 2011, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, sentencia T-274 de 2012, M.P: Juan Carlos Henao Pérez.

JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de noviembre de 1964, M.P. Humberto Barrera Domínguez, Gaceta Judicial 2274, pág. 252-258.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de agosto de 1980, Gaceta Judicial Civil 80/81-6 Número 2407, M.P. José María Esguerra Samper.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de abril de 2000, Ref. expediente 5042. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de junio del año 2001, expediente No. 5645, M.P: José Fernando Ramírez Gómez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de septiembre de 2002, expediente No. 6878, M.P. Jorge Santos Ballesteros.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de septiembre de 2010, radicación No. 25899-3184-001-2006-00314-01, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de decisión de tutelas No.1, sentencia del 17 de diciembre de 2013, No. T-67719 aprobada bajo acta No. 311, M.P: Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de mayo de 2014, radicación No. 08001-31-03-011-2008-00263-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de junio de 2014, radicación No. 73001-31-03-001-2008-00374-01, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de marzo de 2015, radicación No. 13001-31-03-005-1998-00607-01, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2015, radicación No. 11001 31 03 019 2009 00360 01, M.P. Margarita Cabello Blanco.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de febrero de 2016, radicación No. 11001-31-03-013-2007-00682-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de junio de 2016, radicado N°11001 31 03 034 2005 00301 01, M.P. Margarita Cabello Blanco.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de septiembre de 2016, radicación No. 05001-31-03-003-2005-00174-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de junio de 2017, radicación No. 11001-31-03-039-2011-00108-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de octubre de 2017, radicación No. 23162-31-03-002-2008-00030-01, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 1 diciembre de 2017, radicación No. 11001-31-03-001-2010-00055-01, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de diciembre de 2017, radicación No. 47001-31-03-002-2002-00068-01, M.P: Margarita Cabello Blanco.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2017, radicación No. 08001-31-03-009-2007-00052-01, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de marzo de 2018, radicación No. 11001-31-03-016-2005-00156-01, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de marzo de 2018, radicación No. 11001-31-03-017-2012-00624-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de julio de 2018, radicación No. 50637, M.P: Patricia Salazar Cuéllar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de mayo de 2019, radicación No. 25183-31-84-001-2007-00094-01, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de mayo de 2019, radicado No. 08001-31-03-003-2010-00324-01, M.P: Luis Alonso Rico Puerta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de agosto de 2019, radicación No. 76147-31-10-002-2011-00027-02, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2020, radicación No. 47001-31-03-004-2016-00204-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de tutela del 3 de marzo de 2021, radicación No. 05001-22-03-000-2020-00402-01, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

AUTOS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 21 de agosto de 2012, radicado No. 47288-3103-001-2008-00040-01, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 23 de agosto de 2016, AC 5405-2016, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 25 de octubre de 2016, AC 7246-2016, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 29 de noviembre de 2016, AC 8174-2016, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 15 de septiembre de 2017, AC 6081-2017, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 1 de noviembre de 2017, AC 7467-2016, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 21 de noviembre de 2017, AC 7710-2017, M.P: Álvaro Fernando García Restrepo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 19 de diciembre de 2017, AC 8747-2017, M.P: Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 6 de febrero de 2018, AC 432-2018, M.P: Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 15 de febrero de 2018, AC 464-2019, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 4 de abril de 2018, AC 1240-2018, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 15 de mayo de 2018, AC 1911-2018, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 16 de mayo de 2018, AC 1923-2018, M.P: Álvaro Fernando García Restrepo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 30 de octubre de 2018, AC 4643-2018, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 15 de febrero de 2019, AC 464-2019, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 4 de junio de 2019, radicación No. 11001-02-03-000-2019-01079-00, M.P. Margarita Cabello Blanco.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 19 de junio de 2019, AC 2354-2019, M.P: Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 4 de julio de 2019, AC 2613-2019, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 28 de agosto de 2019, AC 3624-2019, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 4 de septiembre de 2019, AC 3686-2019, M.P: Luis Alfonso Rico Puerta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 8 de octubre de 2019, AC 4369-2019, M.P: Luis Alfonso Rico Puerta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 29 de octubre de 2019, AC 4651-2019, M.P: Luis Alfonso Rico Puerta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 29 de octubre de 2019, AC 4643-2019, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 3 de diciembre de 2019, AC 5138-2019, M.P: Luis Alfonso Rico Puerta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 17 de enero de 2020, AC 038-2020, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 18 de febrero de 2020, AC 468-2020, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 25 de febrero de 2020, AC 592-2020, M.P: Luis Alfonso Rico Puerta.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Tribunal Supremo de España, sala primera, sentencia del 15/12/2015, No. 702 de 2013, No. del recurso 2006/2013, ponente: Eduardo Baena Ruiz.

NORMATIVIDAD

República de Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

República de Colombia, Presidente de la República, Decreto 1400 de 1970, Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970, “Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil”.