

PRUEBA PERICIAL DE PARTE EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO

JUAN ESTEBAN OSPINA LOAIZA

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN
2016

PRUEBA PERICIAL DE PARTE EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO

JUAN ESTEBAN OSPINA LOAIZA

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN
DERECHO

ASESORES TEMÁTICOS
OSCAR ALBERTO GARCÍA ARCILA
JUAN CAMILO MEJÍA WALKER

COORDINADORA ACADÉMICA MAESTRÍA EN DERECHO
DIANA PAOLA HERRERA

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN
2016

Nota de aceptación

Firma jurado

Firma jurado

A mi madre, por ser quien es y enseñarme con el ejemplo quien quiero ser

A quienes me acompañaron fines de semana y noches en vela y con su apoyo lograron que este proyecto saliera adelante —de alguna forma— les ofrezco disculpas y doy las gracias

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	7
PRUEBA PERICIAL DE PARTE EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO	15
1. CONCEPTO	15
1.1. Sobre la prueba en general	15
1.2. Sobre la prueba pericial	21
1.2.1.. Características de la prueba pericial	25
2. TRATAMIENTO LEGAL DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO	25
3. OBJETO DE LA PRUEBA PERICIAL	31
4. PERITO	34
4.1. Legitimación y Competencia	35
4.2. Objetividad del perito.....	38
4.3. Formación del perito	40
5. EL DICTAMEN PERICIAL	42
5.1. Forma.....	42
5.2. Contenido.....	43
6. CONTRADICCIÓN Y VALORACIÓN DEL DICTAMEN	53
6.1. Actuación de las partes y los peritos en el juicio	53
6.1.1. En el proceso escrito.....	54
6.1.2. En el proceso oral – Ley 1395 de 2010.....	61
6.1.3. En el proceso oral – Ley 1564 de 2012.....	64
6.2. Valoración de la prueba pericial por el juez	70
6.2.1. Facultad para apartarse del dictamen pericial.....	77
7. CONCLUSIÓN.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	84

INTRODUCCIÓN

La prueba judicial es un acto procesal establecido para acreditar la veracidad de las circunstancias fácticas planteadas en una reclamación jurídica y la oposición que frente a la misma se eleve. La finalidad es dotar al juez de certeza para que resuelva el conflicto con el mayor nivel de justicia material.

La prueba pericial ha sido definida como el medio probatorio a través del cual se le lleva al juez el convencimiento sobre circunstancias relevantes a los hechos del proceso¹. Más que fuente de prueba, se trata de la exposición motivada de un conocimiento extraído de un objeto de prueba², que permite al juez obtener una información que por su grado de especialidad no habría podido corroborar sin la participación de un tercero experto en la materia.

Como los demás medios de prueba, sirve para dotar al juez de la certeza necesaria para definir a cuál de los sujetos procesales le asiste razón jurídica en su pretensión, aplicando el derecho objetivo que se subsume al caso concreto.

Además, le permite al juez dar cumplimiento al principio de motivación de la sentencia, requisito de existencia de tal providencia, sin el cual no habría cumplimiento del derecho al debido proceso³, pues, la sentencia emitida en el proceso debe estar sustentada en la verificación de los hechos alegados como fuente de la reclamación jurídica⁴.

¹ Azula Camacho, Jaime. (2008) Manual de Derecho Procesal. Tomo VI Pruebas Judiciales. 3ª ed. Bogotá – Colombia: Temis S.A. pág. 4

² Ruiz Jaramillo, Luís Bernardo. (2007). El derecho a la prueba como derecho fundamental. Estudios de Derecho (Medellín); Vol. 64, No. 143, 2007; pág. 184.

³ Nisimblat, Nattan. (2013). Derecho Probatorio. Introducción a los medios de prueba en el Código General del Proceso. Principios y medios de prueba en particular. Bogotá D.C. – Colombia: Ediciones doctrina y ley Ltda. pág. 137

⁴ Rocha Alvira, Antonio. (1990). De la prueba en derecho. Medellín – Colombia: Biblioteca jurídica DIKÉ. pág. 25

Por regla general, las partes pueden hacer uso de los distintos medios de prueba para acreditar la existencia de uno o varios hechos generadores de la obligación⁵ o el derecho reclamado ante el juez.

Al dictamen de experto se acude cuando resulta necesario establecer hechos que requieren especiales conocimientos en alguna ciencia, arte, profesión o técnica, sobre los cuales sólo pueden pronunciarse expertos⁶ designados para exponer, a través de un dictamen, unas reglas de su especialidad que al aplicarse sobre un objeto de condiciones similares al que es materia de estudio producen unos efectos que deben ser verificados para comprobar su coincidencia con lo alegado por las partes. Constituye pues, la principal función del perito, además de la constatación de unos hechos, la socialización de la experticia practicada⁷.

El dictamen pericial ha gozado de una doble condición, como ya se adelantó, es un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos de un 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, por tal razón se habla del perito como de un auxiliar de la justicia, esto es una persona que ejerce un oficio público y se ha dispuesto que deben ser desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación e incuestionable imparcialidad y han sido sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces.

Pero además, es un medio de prueba en sí mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso.

⁵ *Ibíd.* pág. 35

⁶ Azula Camacho, Jaime. (2008). *Op. Cit.* pág. 306

⁷ Nisimblat, Nattan. (2013). *Op. Cit.* pág. 407

La doctrina ha señalado que, como regla general, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, esto es que deben probar que la pretensión elevada ante la jurisdicción cumple con los presupuestos jurídicos necesarios para que su pretensión resulte favorecida por la decisión judicial⁸ o dicho de manera más simple “*cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable*”⁹, acto que cumplen evidenciando que los fundamentos de hecho y de derecho utilizados para sustentar la petición elevada efectivamente se materializaron y por ello les asiste el derecho reclamado. Además, que deben asumir las consecuencias adversas de la carencia de la prueba sobre los hechos que le son favorables a su pretensión condenatoria o a su defensa, según sea el caso.

No obstante, en lo que a la prueba pericial se refiere la regla general consistió en que el estado debía disponer de un conjunto de expertos dispuestos para su práctica y que la misma debía llevarse a cabo a instancias del proceso judicial, por orden del juez de conocimiento, quien era el único sujeto procesal con facultad para designar, de entre los expertos previamente inscritos, al que llevaría a cabo la prueba. Sin embargo, tal condición ha desapareciendo gradualmente de los distintos ordenamientos procesales en tanto se ha tendido a establecer que la parte que pretenda valerse de un dictamen pericial debe aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas, esto es la demanda o la contestación de la demanda, el pronunciamiento frente a las excepciones, la sustitución o reforma a la demanda y demás oportunidades probatorias.

La legislación colombiana, en materia civil, ha introducido de manera paulatina la posibilidad de que las partes incursas en un disenso ante la jurisdicción participen de manera activa en la elaboración de la prueba pericial, estableciendo la

⁸ Rosenberg, Leo. (2004). La carga de la prueba. Buenos Aires: Ediciones jurídicas europa – américa. pág. 3

⁹ Ídem. pág. 91

necesidad de la misma para el proceso y designando al especialista encargado de elaborar el dictamen, primero fue el Decreto 2651 de 1991 que estableció en su artículo 22 la facultad para que cualquiera de las partes presentara experticias producidas por instituciones o profesionales especializados, en las oportunidades procesales para facilitar pruebas.

Luego la Ley 446 de 1998, que adicionó el Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400 de 1970, estableció de manera permanente tal facultad, mediante una norma similar a la arriba reseñada. Normativa que, finalmente, fue refrendada por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, que modificó el Código de Procedimiento Civil en su artículo 183.

La norma en cada caso era, esencialmente, la misma y presentaba una falencia que se concreta en la omisión de establecer unas condiciones mínimas para acreditar la idoneidad del especialista encargado de realizar el dictamen.

Más tarde, fue la Ley 1395 de 2010 la que se pronunció sobre la materia al señalar que la parte que tuviera interés en valerse de una experticia podría aportarlo en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas y que el mismo debería aportarse acompañado de los documentos que sirvieran para acreditar la idoneidad y la experiencia del perito.

Tales disposiciones, sin embargo, se establecieron bajo el entendido que las partes podían hacer uso de la facultad de aportar por su cuenta la prueba de experto al proceso, si a bien tenían hacerlo, lo que dio lugar a que la presentación de tal prueba no gozará de popularidad en la práctica judicial.

Situación contraria nos encontramos ahora con lo normado en la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, donde se estableció que la parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para

pedir pruebas y solo se faculta al juez para decretarla ante la solicitud de un amparado por pobre o de oficio¹⁰.

Esta modificación constituye un cambio de paradigma para el juez y las partes, en el área civil, ya que implica la ampliación de los elementos materia de estudio y contradicción de esta prueba, para juez y partes, al exigir el acompañamiento de la experticia con informes que den cuenta tanto de la idoneidad del especialista designado para rendir el dictamen, como de la relación de medios técnicos usados para efectuar las investigaciones y experimentos sustento de la experticia y su relación con los establecidos para el desarrollo ordinario de las actividades de la especialidad.

Además, la prueba pericial de parte maximiza el sistema adversarial del proceso civil colombiano, en tanto amplifica el enfrentamiento dialéctico de las partes como método para otorgar al juez un conocimiento favorable a sus pretensiones y excepciones y tendiente a desvirtuar la prueba de la contraparte.

Ello si se tiene en cuenta que la experticia presentada al proceso en buena medida se encaminará a producir un resultado acorde con los objetivos de la parte que la presenta, esto es, ganar el caso elevado ante la jurisdicción o cuando menos disminuir los efectos negativos de la sentencia, pues resulta natural que cada parte haga uso de la prueba con la intención de persuadir al fallador sobre la veracidad de sus afirmaciones para ser beneficiado con el reconocimiento del derecho reclamado. Y es que no se puede caer en la ilusión de esperar que la parte, a instancias de quien se practicó el dictamen extraprocesal, la allegue al proceso en el evento que resulte desfavorable a sus intereses.

Así pues, para garantizar la objetividad e imparcialidad del perito se dispuso de una serie de requisitos formales que deberán acompañar el dictamen pericial

¹⁰ Ley 1564 de 2012, artículo 229, numeral 2.

contratado y aportado por la parte, relativo a la idoneidad del experto en el ejercicio de la profesión o arte¹¹ y a la fundamentación metodológica de la experticia.

La variación en la forma de arribo de la prueba pericial al proceso, trae consigo la necesidad de una transformación sustancial en la manera como los operadores jurídicos tendrán que acercarse a las pruebas técnicas para apoyarse en ella a la hora de determinar el resultado del litigio, así como para contradecirla, toda vez que la valoración que de la misma efectúe el juez, no podrá limitarse a la evaluación de la racionalidad de las conclusiones y la idoneidad del perito, sino que, además, debe ser necesario determinar la calidad del método usado para alcanzar el resultado arrojado, de tal forma que se fundamenten con datos y observaciones sistemáticas las acciones profesionales, que den cuenta de la labor de exploración rigurosa que debe realizar el perito.

Mas, tal evaluación, por regla general, escapa de las capacidades del juez, en tanto se acude al perito precisamente ante la falta de experticia de los funcionarios judiciales en materias distintas a la interpretación y aplicación de las disposiciones normativas, por ello resulta de vital importancia para la práctica judicial el apoyo de las partes en la presentación de informes periciales que contemplen una adecuada estructura metodológica y que en su contradicción contemplen no solo un análisis adecuado de las condiciones profesionales del perito sino también de los métodos llevados a cabo para la práctica de la prueba y para ambos sujetos procesales una estructura de estudio que les permita llevar a cabo tales tareas.

Es en este contexto en que se lleva a cabo la presente investigación que tiene como título: *prueba pericial de parte en el proceso civil colombiano*, para establecer la evolución de la práctica de la prueba pericial en el derecho civil colombiano y la forma como el legislador pretende que sea abordado el juicio de

¹¹ Código General del Proceso. Artículo 226.

valoración y contradicción ante la incorporación de unas reglas mínimas de validación de dictamen y del especialista.

El estudio está dividido en seis acápites. Los tres primeros se dedican a exponer conceptualmente la necesidad de la prueba para el proceso y de la prueba pericial, en particular, además del objeto de estudio de este medio de prueba. En el cuarto y quinto se exponen las características de la figura del perito y su relación con la prueba. En el sexto se analizan las exigencias valorativas que trae consigo la pericia de parte y los elementos que deben ser objeto de análisis por juez y partes para llevar a cabo el proceso de motivación de la prueba en la sentencia, de un lado, y el proceso de contradicción y defensa, del otro. Monografía que en conjunto tiene como base el estudio teórico de la evolución de la legislación colombiana alrededor de la prueba pericial como medio de prueba y la apropiación de esquemas de valoración de legislación foránea.

Se finaliza con una serie de conclusiones que pretenden presentar al lector las principales ideas desarrolladas.

Desde el punto de vista metodológico, el enfoque de tipo cualitativo - hermenéutico, se considera el pertinente para desarrollar el estudio, ya que el plan de trabajo comprende la consulta directa de textos jurídicos, por medios físicos y digitales, para efectuar un estudio de los conceptos y fundamentos, en la literatura existente sobre la teoría general de la prueba judicial, que permita arribar al tema específico de la prueba pericial, desde la generalidad jurídica del concepto hasta el aspecto específico de práctica de la prueba en el área civil del derecho colombiano, para concluir en la forma como debe ser abordada por los sujetos procesales de acuerdo con la legislación vigente.

La estrategia de investigación es la documental, la misma se desarrolla básicamente a partir del análisis de algunas obras de los autores referenciados

que se consideran pertinentes para llevar a cabo este estudio y de la normatividad procesal que ha regulado la materia desde la promulgación del Decreto 1400 de 1970.

El componente ético de la investigación, al tener ésta un carácter documental, comporta el respeto por la obra de los distintos autores y su debida citación, la cual se ha tratado de seguir de la manera más minuciosa. Frente a tal punto no serán necesarias mayores consideraciones por cuanto no se usaron instrumentos como entrevistas, encuestas o programas especializados para la sistematización y análisis de la información.

PRUEBA PERICIAL DE PARTE EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO

1. CONCEPTO

1.1. Sobre la prueba en general

El concepto de prueba no es exclusivo del derecho, *“sino que trasciende el campo general de éste, para extenderse en todas las ciencias que integran el saber humano, e inclusive a la vida práctica o cotidiana”*¹² y es que en las distintas áreas del conocimiento humano imprescindiblemente se deben *“probar los hechos, los resultados, los efectos y las causas de éstos, reconstruyendo los pasados, analizando los presentes, deduciendo los futuros; e inclusive, en el campo de las nociones abstractas, el lógico, el filósofo, el metafísico, tratan de comprobar sus teorías o concepciones”*¹³.

La prueba judicial corresponde a la actividad desplegada al interior del proceso jurisdiccional para establecer los hechos materia del mismo¹⁴. Para que un medio de prueba reciba el calificativo de prueba judicial, este debe presentarse en el curso de un juicio, porque su principal objetivo y finalidad *“es hacer conocidos de un juez los hechos que el adversario se niega a reconocer como ciertos”*¹⁵.

De lo anterior deviene que el concepto de prueba en lo que a su connotación jurídica se refiere cuenta con dos aspectos, el primero, estático que se refiere al medio determinante en la certeza de un hecho y, el segundo, dinámico que

¹² Devis Echandía, Hernando (1976). Teoría general de la prueba judicial. t. I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía. pág. 9

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Azula Camacho, Jaime (2008). Op. Cit. pág. 3

¹⁵ Rocha Alvira, Antonio (1990). Op. Cit. pág. 12

responde a los aspectos de índole procesal y que se refiere a la verificación del hecho dentro de un proceso¹⁶.

Entendido, entonces que el aspecto de mayor trascendencia para la prueba en el ámbito del derecho se circunscribe en la transmisión del conocimiento de unos hechos relevantes al proceso judicial para que llegue a la conciencia del juez y con ello influenciar la decisión, es factible entender la prueba judicial como “*el acto o pluralidad de actos procesales con los cuales se busca producir el convencimiento del juez o acreditarle los hechos anteriores y externos al proceso*”¹⁷ que fueran afirmados por las partes en sus alegaciones, toda vez que sólo resulta necesaria ante la divergencia de los dichos de cada extremo litigioso respecto a la manera como aconteció un hecho determinado.

También se ha tendido a denominar como prueba a las herramientas que se usan para la acreditación de los hechos, esto es los medios o mecanismos legales con los que faculta el ordenamiento jurídico a los sujetos procesales para acreditar sus afirmaciones.

El profesor Devis Echandía enseña que, en materia jurídica la prueba no tiene una finalidad o naturaleza diferente de la que le corresponde a cualquier ciencia reconstructiva y que el método judicial probatorio es uno de los varios comprendidos en el género reconstructivo, así mismo niega que su función sea exclusivamente en materia procesal, ya que advierte un uso práctico más frecuente y general en las actividades extraprocesales.

En derecho la prueba se utiliza principalmente para convencer a otros (a los jueces, funcionarios de policía o administrativos, cuando se la aduce en un proceso o en ciertas diligencias, y también a particulares como sucede en

¹⁶ Ramírez Gómez, José Fernando (2000). La prueba documental. Teoría general. 7ª ed. Medellín: Señal Editora. pág. 21

¹⁷ *Ibíd.* pág. 22

asuntos de estado o en titulación de bienes para su comercio. En las relaciones de vecindad o con un fin de prevención de litigios y de garantía, frente a los demás, de los propios derechos), pero también para tener convencimiento personal o seguridad subjetiva sobre los propios derechos, lo cual equivale a convencerse a sí mismo de la verdad o legalidad de ciertos hechos o actos jurídicos¹⁸.

Tal amplitud sin embargo, no niega que para “*el mundo del proceso, la prueba es fundamental, ya que estando destinada a producirle certeza al juez, no se puede prescindir de ella sin atender contra los derechos de las personas*”¹⁹ toda vez que constituyen la forma como los sujetos procesales buscan convencer al juez del acaecimiento de determinadas circunstancias fácticas que se supone son verdaderas y constituyen la base de sus pretensiones²⁰.

Ahora, no puede confundirse la certeza lograda por el juez, con la verdad material, toda vez que la primera no es más que la creencia de conocer la segunda²¹, pues puede ocurrir que no haya coincidencia por ser errónea la certeza²² ante la falta de elementos probatorios que den cuenta de la verdad histórica. La verdad procesal, entonces, es una noción subjetiva lograda a partir del material probatorio aportado al proceso y en algunos casos de la falta del mismo y, por tanto, el conocimiento que de ella puede predicarse por parte del juez no puede ser más que subjetivo.

Así las cosas, se torna imposible negar que el acto probatorio ha logrado su cometido cuando con el advenimiento de una prueba adecuada, para acreditar la

¹⁸ Devis Echandía, Hernando (1976). Op. Cit. pág. 10

¹⁹ Parra Quijano, Jairo (2007). Manual de derecho probatorio. 16ª ed. Bogotá D.C. – Colombia: Librería ediciones del profesional Ltda. pág. 4.

²⁰ López Blanco, Hernán Fabio (2008). Instituciones del derecho procesal civil colombiano. Bogotá D.C. – Colombia: DUPRE Editores. pág.55

²¹ Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” (1989). Técnica probatoria. Curso de capacitación para jueces de la república. Bogotá D.E.: Talleres editoriales de la Imprenta Nacional de Colombia. pág. 32

²² López Blanco, Hernán Fabio (2008). Op. Cit. pág.55

existencia o inexistencia de un hecho, se profiera sentencia, sea que el convencimiento logrado se ajuste o no a la realidad material de cómo ocurrieron los hechos²³, pues el sentido de la decisión dependerá de la capacidad de las partes de probar los alegatos expuestos en la demanda o en la oposición, bajo el entendido que constituye el único medio para que el juez, tercero ajeno a los hechos, conozca la realidad de las circunstancias fácticas que rodean las narraciones de las partes.

Es por ello que en el proceso judicial resulta necesaria la práctica de las pruebas, por cuanto, las decisiones que resuelvan los litigios deben inexorablemente tener soporte en ellas, ya que no se admite el conocimiento privado del juez para definir los disensos jurídicos puestos bajo su consideración²⁴.

Pues aun en caso que el juez advierta, basado en su propia experiencia, la veracidad de alguno de los hechos alegados, tal conocimiento solo le puede resultar de utilidad para decretar pruebas de oficio, caso en el cual, su decisión se basará en pruebas oportuna y legalmente recaudadas, dado que todo aquello que no ingresa al proceso recaudado por los medios probatorios, no existe para el juez²⁵, aspecto que ha sido claramente normado en nuestra legislación cuando en el Código de Procedimiento Civil²⁶, primero, y en el Código General del Proceso²⁷, después, se estableció la necesidad de fundar la decisión judicial en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, disposiciones con las que, además, se garantiza el derecho de contradicción de las partes y se limita la arbitrariedad de las decisiones judiciales, siendo así garantía del debido proceso.

²³ Betancur Jaramillo, Carlos (1982). De la prueba judicial. 2ª ed. Medellín – Colombia. Biblioteca jurídica diké. pág. 100

²⁴ López Blanco, Hernán Fabio (2008). Op. Cit. pág. 38

²⁵ Parra Quijano, Jairo (2007). Op. Cit. pág. 73

²⁶ Decreto 1400 De 1970, artículo 174. Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

²⁷ Ley 1564 de 2012, artículo 164. Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.

En armonía, se tiene que otro aspecto trascendental para determinar la importancia y necesidad del derecho a la prueba lo encontramos en que *“sin ella los derechos subjetivos de una persona serían, frente a las demás personas o al Estado y entidades públicas emanadas de éste, simples apariencias, sin solidez y sin eficacia alguna diferente de la que pudiera obtenerse por propia mano (sistema primitivo de justicia privada) o por espontánea condescendencia de los demás (hipótesis excepcional, dado el egoísmo, la ambición y la inclinación a la rapiña, propias de la naturaleza humana)”*²⁸.

Ya lo señalaban los romanos cuando acuñaron el aforismo *“da mihi factum, dabo tibi ius”*, pues da igual tener el derecho como no tenerlo si resulta imposible o, mejor, se niega la posibilidad de demostrar el hecho que conlleva la consecuencia jurídica deseada. Es que el derecho probatorio -como el procesal- guarda, respecto del derecho sustancial un talante instrumental, es su razón de ser, el primero se convierte en el medio idóneo para garantizar el segundo²⁹.

Es por ello que en el ordenamiento jurídico colombiano la prueba goza de desarrollo constitucional y legal.

Desde el ámbito constitucional ha sido estatuida como una manifestación del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la carta política³⁰, en tanto, con su guarda en el curso del proceso se asegura el reconocimiento de

²⁸ Devis Echandía, Hernando (1976). Op. Cit. pág. 12

²⁹ Giacomette Ferrer, Ana (2013). Teoría general de la prueba: concordancia con la ley 1395 de 2010 y el código general del proceso. Medellín: Biblioteca jurídica diké. pág. 120-121

³⁰ Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

(...)

judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

todas las garantías sustanciales y procesales, que redundan en una óptima defensa del derecho invocado. Además da cuenta de la independencia e imparcialidad del juzgador, ya que conlleva a que las decisiones que resuelven de fondo las solicitudes procesales sean el resultado de la subsunción de la ley en las circunstancias fácticas acreditadas en el curso del proceso sin tener en cuenta consideraciones de índole ajena a la *litis*.

El derecho a la prueba resulta en tal sentido fundamental, por ser inherente a las personas inmersas en un proceso judicial o administrativo, la facultad de acreditar los hechos que cimientan el reclamo de su derecho y controvertir a su contraparte cuando pretende demostrar los hechos fundantes de su contradicción, ejercicio que no puede lograrse sin la capacidad de acudir ante el juez de la causa “*para exigirle a éste el aseguramiento, la admisión, la práctica y la valoración de la prueba*” sobre quien, además, recae la obligación de “*evitar todo tipo de obstáculo legal o de hecho para poderse realizar su ejercicio efectivo de este derecho*”³¹.

Se observa entonces, que la prueba como derecho fundamental se basa en la circunstancia que es sobre el tercero designado para resolver el conflicto que recae la obligación de brindar las oportunidades necesarias y suficientes para la práctica de la prueba y disminuir los obstáculos que impidan la efectiva recolección de la prueba, por tanto a quien se puede exigir la garantía de las lealtades probatorias en el proceso que ante él se adelanta.

La materialización de tal derecho se advierte en la legislación colombiana al haber sido dispuestos en esta una serie de elementos que pueden ser expuestos al juez para establecer la veracidad de la ocurrencia de los hechos alegados en el proceso, con la finalidad que aquél fije sus decisiones con fundamento en medios de prueba que le brinden convicción sobre la opción jurídica más cercana a la verdad material en cada caso concreto.

³¹ Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo (2007). Op. Cit. pág. 205.

1.2. Sobre la prueba pericial

Respecto a la prueba pericial se ha dictaminado que se trata de aquella que se realiza con la intervención del perito *“como auxiliar del juez, por faltarle, o poderle faltar, a éste las posibilidades técnicas de realizarla eficazmente. La fuente de prueba la constituye el objeto de la peritación (una cosa o una persona): el medio de prueba, el examen y las operaciones que el perito lleva a cabo y que se reflejan en su dictamen”*³².

Igualmente que se trata de *“una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual 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”*³³.

La prueba pericial es aquella que surge cuando en el curso de un proceso se confía a terceras personas con especial conocimiento técnico, artístico o científico la tarea de examinar una cuestión de hecho, que exige de aquellas conocimientos especiales, para producir un informe juramentado³⁴ y especializado, a fin de que el juez pueda valorar adecuadamente los hechos del proceso³⁵, objeto de prueba, ya

³² Carnelutti, Francesco (2000). La prueba civil, 2ª ed., ediciones Depalma, Buenos Aires, pág. 84

³³ Devis Echandía, Hernando. (1969). Función y naturaleza jurídica de la peritación y del perito, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal pág. 857 y del mismo autor (1981). Teoría general de la prueba judicial, t. II, 5ª ed. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía. pág. 287

³⁴ Lessona, Carlos (1942). Teoría general de la prueba en derecho civil, t. IV, Madrid: Instituto Editorial Reus, pág. 536

³⁵ Fernández López, María. A.; Rifá Soler, José. M.; Valls Gombau, José. F. (1992) Derecho Procesal Práctico, t. III, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. pág. 776. En el mismo sentido Serra Domínguez, Manuel (1991). De la prueba de peritos. En: “Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales”, t. XVI, vol.2º, Albaladejo, M. (dir.), ed. Edersa, pág. 452 y De La Oliva Santos, Andrés. Díez-Picazo Giménez, Luís (2000) El proceso de declaración. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. pág. 352

que sin su participación “no es posible adquirir datos de trascendencia para el proceso, considerar su importancia o su exacta dimensión”³⁶.

El dictamen pericial tiene una clara limitante y es que “esa prueba debe referirse precisamente a conceptos, juicios y máximas de experiencia propias de un saber especializado”³⁷, el mismo, técnicamente, no aporta hechos nuevos al proceso, sino que “sobre unos hechos ya aportados, proporciona al juez máximas de experiencia para complementar su capacidad de juicio”³⁸, ello no impide, sin embargo, que en los casos que se requiera, con base en la información existente pueda el perito establecer efectos probables y eventuales soluciones al aspecto conflictivo del objeto de prueba, lo que supondría la exposición de nuevas condiciones al proceso no aportadas a las partes, como resultado del análisis y subsunción de las máximas de experiencia de la especialidad al objeto de estudio.

Señala Devis Echandía que el peritaje es una actividad judicial por naturaleza, porque ocurre siempre en un proceso o para el proceso, como acto procesal autorizado por el juez, “con lo cual se lo puede distinguir de actividades similares extraprocesales, de cierta frecuencia en las relaciones económicas y comerciales modernas, que tienen por función ilustrar a las personas interesadas sobre las características, las garantías, los valores, las causas y los efectos de hechos o cosas que son materia de negocios o de operaciones privadas”³⁹.

No obstante, sobre la experticia practicada extra-proceso, sin orden judicial, ha existido posición doctrinal que reconoce que el dictamen pericial no es tal por encontrarse a instancias del proceso, esto es, por haber sido ordenado o

³⁶ Illescas Rus, Ángel Vicente (2000). La Prueba Pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Navarra. ed. Aranzadi. pág. 46.

³⁷ González Pillado, Esther. Iglesias Canle, Inés (2000) La prueba pericial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en Revista Xurídica Galega, núm.27, 2º trimestre, 2000, pág. 309

³⁸ Gómez Colomer, J.L. Montero Aroca, J. & Ortells Ramos, M. (1989) Derecho Jurisdiccional, t. II, vol.1º. Barcelona: Librería Bosch. pág. 287

³⁹ Devis Echandía, Hernando (1976). Op. Cit. pág. 288

decretado previamente por un juez, al respecto Eduardo Font Serra, con apoyo en la Ley de Enjuiciamiento Civil española señaló que:

Cualquier dictamen que pueda contribuir a valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto, o a adquirir certeza sobre ellos, es medio de prueba, tanto si es un dictamen elaborado fuera del proceso por perito designado por alguna de las partes (el llamado hasta ahora dictamen extrajudicial), como si es dictamen emitido dentro del proceso por perito designado por el tribunal (art. 335.1 LEC)⁴⁰.

1.2.1. Características de la prueba pericial

La característica esencial de la prueba pericial, salvo la excepción ya planteada arriba, es que no introduce hechos nuevos, sino que, a partir de unos hechos planteados con antelación, proporciona al juez máximas de experiencia para complementar su capacidad de juicio⁴¹ con respecto a la veracidad de lo alegado por cada parte. *“La prueba pericial ha de recaer sobre hechos o datos aportados al proceso para ser valorados y apreciados técnicamente, constituyendo lo antedicho la regla de oro de la prueba pericial en el área jurisdiccional civil”⁴².*

La pericia es, entonces, un medio de prueba en la medida que con su actividad se busca la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales⁴³, puesto que como ya fue señalado, con su participación se llevan al proceso los conocimientos especializados del perito a fin que se determinen o fijen

⁴⁰ Font Serra, Eduardo (2000). El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil, Madrid: La Ley, pág. 28

⁴¹ Gómez Colomer, J.L. Derecho Jurisdiccional, ob. cit., pág. 287

⁴² Abel Lluch, Xavier. y Picó I Junoy, Joan (2009), *La prueba pericial*, Barcelona: Bosh, editor. Citando al STS, Sala 1ª, de 12 de abril de 2000, fto. jco.1º (RJ 2000\1826)

⁴³ Guasp, Jaime (1947) Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid. t. II, vol.1º, 2ª parte, M. Aguilar, editor, pp.647. En sentido similar, Font Serra, Eduardo (2000). Op. cit., pág. 187-188.

formalmente los hechos controvertidos por las partes procesales, que precisan ser conocidos o apreciados por el fallador⁴⁴.

De lo precedente se deriva que sus principales características se refieren a su condición, primero, de personal y calificada, al constituir una declaración de carácter técnico, científico o artístico, en atención a la especialidad del sujeto encargado de emitir el dictamen y, segundo, histórica⁴⁵, por tratarse en buen número de oportunidades de reconstrucción y explicación de hechos expuestos por las partes en el proceso.

⁴⁴ Abel Lluch, Xavier. y Picó I Junoy, Joan (2009). Op. Cit. pág. 30

⁴⁵ Parra Quijano, Jairo (2007). Op. Cit. pág. 627-628

2. TRATAMIENTO LEGAL DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

El ordenamiento jurídico colombiano se ha ocupado de regular la prueba pericial en aspectos tales como la oportunidad para solicitarla, presentarla y los elementos formales de su contenido.

En él se ha estipulado que el dictamen pericial será uno de los medios de prueba tenidos en cuenta en los procesos civiles, bien a petición de las partes o por decreto oficioso del juez que atienda el proceso⁴⁶.

El Código General del Proceso establece que el dictamen pericial debe ser arrimado con la intervención de las partes, pues se encuentran en el deber de presentar al juez esta prueba cuando pretendan valerse de ella, a fin de acreditar el soporte fáctico de sus pretensiones, para lo que disponen de los mismos términos brindados para solicitar y allegar las demás pruebas, esto es la presentación de la demanda, la contestación y el pronunciamiento a las excepciones, según la parte de que se trate.

No obstante, el juez puede otorgar a cualquiera de las partes un término adicional no menor a diez días, para allegar el dictamen, siempre que haya solicitud en la que se manifieste que el tiempo previsto para acompañarlo con el escrito respectivo resulta insuficiente⁴⁷.

⁴⁶ Artículos 227 y 230. Ley 1564 de 2012.

⁴⁷ Artículo 227. *Ibíd.*

La ley también faculta al juez para decretar esta prueba a petición de las partes, correspondiéndole en tal caso designar al experto que habrá de rendir el informe, pero sólo si el solicitante tiene amparo por pobre⁴⁸.

En estos eventos para que se decrete y tenga a la experticia como prueba en el proceso, en todo caso, debe cumplirse con los requisitos generales para su decreto, tales como que la misma resulte pertinente, conducente y útil⁴⁹ a fin de verificar hechos que interesen al proceso y que para la resolución de este se requiera de conocimientos científicos, técnicos o artísticos⁵⁰, de la misma forma que correspondía en la legislación precedente.

Sin embargo, no se limita la posibilidad de contar con ella en el proceso sólo cuando las partes la arrimen o la soliciten, sino que además el juez puede decretar la práctica de esta prueba si lo considera necesario para la resolución de la litis⁵¹, pues es su obligación ordenar que se practiquen pruebas de oficio, cuando ello resulte imprescindible para “esclarecer los hechos objeto de la controversia”⁵².

Ahora, pese a que el Código General del Proceso tiene por objeto que los conflictos civiles sean tramitados y resueltos mediante audiencias orales, tratándose de la prueba pericial se mantiene el postulado de la normatividad procesal precedente, en cuanto que, el informe escrito realizado por el perito es el medio de prueba propiamente dicho⁵³ y de él se da traslado a las partes⁵⁴, diferente a lo que ocurre con la norma procesal penal, la cual entiende como prueba únicamente aquella que ha sido practicada y controvertida en presencia

⁴⁸ Artículo 229. *Ibíd.*

⁴⁹ Artículo 168. *Ibíd.*

⁵⁰ Artículos 236 C. de P.C. y 226 C.G.P.

⁵¹ Artículo 230. Ley 1564 de 2012.

⁵² Artículo 170. *Ibíd.*

⁵³ Artículos 228 y 231. *Ibíd.*

⁵⁴ Artículo 228. *Ibíd.*

del juez⁵⁵, es decir, que haya sido practicada en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes y demás intervinientes⁵⁶.

Corresponderá al experto rendir su informe en audiencia, donde podrá ser interpelado por juez y partes en cuanto a su capacidad profesional y el contenido del dictamen, solo cuando, tratándose de dictamen aportado por alguna de las partes, lo solicite aquella contra quien se aduce la experticia o lo requiera el juez⁵⁷, si es que no lo encuentra claro y preciso, para que pueda ser controvertido. Y en todos los casos, tratándose de dictamen decretado de oficio por el juez⁵⁸.

En lo referente a la participación del perito en audiencia, la Ley establece efectos distintos según se trate del perito de parte, citado a audiencia por petición de la contraparte o el juez, o del perito designado de oficio, pues ante la inasistencia injustificada del primero a la audiencia establece de manera categórica que “*el dictamen no tendrá valor*”⁵⁹ probatorio, modificando con ello la naturaleza del informe toda vez que la práctica se entiende formalmente surtida con la presentación verbal que de este haga el perito, al estilo del proceso penal, pero sólo si se cita al perito a la audiencia.

En cambio, tratándose de prueba pericial decretada de oficio la inasistencia del perito a la audiencia no conlleva ningún efecto para la naturaleza del informe, el cual mantiene la categoría de prueba pericial en sí mismo y, en consecuencia, puede ser valorado según los criterios del artículo 232 del Código Procesal, esto es, “*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*”.

⁵⁵ Artículo 379. Ley 906 de 2004

⁵⁶ Artículo 377. *Ibíd.*

⁵⁷ Artículo 228. Ley 1564 de 2012

⁵⁸ Artículo 231. *Ibíd.*

⁵⁹ Artículo 228. *Ibíd.*

Deja un vacío esta norma, sin embargo, sobre el modo en que habrá de publicitarse y contradecirse el dictamen pericial, en aquellos eventos que sea decretado a petición de parte favorecida con amparo de pobreza, pues se establece la posibilidad que el juez decrete la misma, como excepción, pero sin que vaya más allá de ello y omitiendo definir temas tan importantes como la facultad de las partes, incluyendo a la no solicitante, de participar en la formulación del cuestionario que el perito deberá resolver y la forma que habrá de aplicarse para la contradicción, esto es, lo establecido por el artículo 228 o bien por el artículo 231 del estatuto procesal y si a la parte contra la que se aduce se le permitirá o no arrimar un nuevo dictamen, de no estar amparada por pobre.

El Código General del Proceso dispone que las listas de auxiliares de la justicia son obligatorias para magistrados y jueces⁶⁰ y los alienta a hacer uso de entidades y dependencias oficiales para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquellas⁶¹.

No obstante, permite que las partes escojan libremente el experto que habrá de emitir el dictamen pericial, pues no se requiere que el mismo esté inscrito en lista oficial de auxiliares de la justicia⁶², pero establece una serie de deberes de revelación de información que garanticen la idoneidad e imparcialidad del perito para rendir el dictamen⁶³.

⁶⁰ Artículo 48, numeral 5. *Ibíd.*

⁶¹ Artículo 234. *Ibíd.*

⁶² Artículo 48, numeral 2. *Ibíd.*

⁶³ Artículo 226, numerales 3 a 6. *Ibíd.*, para acreditar idoneidad se deberá allegar la siguiente información: Los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística de quien rinde el dictamen y de quien haya participado en su elaboración; la lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere; 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. Con identificación del 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; Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.

Además, establece la obligación de acreditar los procesos metodológicos llevados a cabo para emitir el concepto pericial y la explicación de los mismos, en cuanto a señalar la relevancia de hacer uso de aquellos y no de otros métodos posibles de los que haya echado mano en otros dictámenes o que use en el ejercicio ordinario de su profesión y el deber de aportar todo el material documental usado para la redacción del dictamen⁶⁴.

Establece, al igual que normas precedentes⁶⁵, el deber de colaboración de las partes en la práctica de la prueba pericial⁶⁶, en cuanto a la obligación de facilitar datos, cosas y acceso a lugares, así mismo, la consecuencia jurídica de considerar como indicio en contra de la parte su oposición a la práctica de la prueba, además de la imposición de multas por su actuar.

Innova esta norma al establecer, además, la presunción de certeza respecto de *“los hechos susceptibles de confesión que la otra parte pretenda demostrar con el dictamen”* y al establecer como excepción al deber de colaboración la oposición que se fundamente en que lo pedido por el perito no guarde relación con la materia del litigio o *“cuando la solicitud implique vulneración o amenaza de un derecho propio o de un tercero”*, lo que deberá ser evaluado por el juez para determinar la imposición de las sanciones jurídicas y pecuniarias.

⁶⁴ Artículo 226, numerales 7 a 10. *Ibíd.* “7. Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente. / 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.

⁶⁵ Artículo 242 del Decreto 1400 de 1970 y artículo 1, numeral 112 del Decreto 2282 de 1989 que lo modifica.

⁶⁶ Artículo 233. *Ibíd.*

En atención a la obligatoriedad que reviste para las partes allegar el dictamen del que pretendan valerse en el proceso, dentro de la etapa para pedir pruebas, se debe entender que el contenido de la norma expuesta tiene aplicación extensiva a la práctica extraprocesal de la prueba pericial, toda vez que esta será la regla general para la estructuración del dictamen, pues es entendible que no en todos los casos será la parte demandante quien tenga en su poder el objeto de prueba sobre el cual deba recaer el estudio del experto y, así mismo, que habrá eventos en los que el posible demandado no hará entrega de la información de manera voluntaria, bien porque no pueda, al tratarse de información a la que cualquiera no pueda tener acceso, o porque no quiera hacerlo, para evitar dar ventaja a una presunta contra parte procesal.

Tal circunstancia implicará, así mismo, que las solicitudes de la práctica extraprocesal de esta prueba con la anuencia de los jueces, conforme lo establecido en los artículos 183⁶⁷ y 189⁶⁸ de la ley 1564 de 2012, se hagan más frecuentes para lograr la inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos objeto de prueba con la intervención del perito, si es que se quiere allegar el dictamen con el escrito de demanda.

⁶⁷ “Podrán practicarse pruebas extraprocesales con observancia de las reglas sobre citación y práctica establecidas en este código (...)”.

⁶⁸ “Podrá pedirse como prueba extraprocesal la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia de un proceso, con o sin intervención de perito. (...)”.

3. OBJETO DE LA PRUEBA PERICIAL

El juez está obligado a resolver en juicio haciendo uso de pruebas que le resulten comprensibles, toda vez que es su obligación exponer su decisión como el resultado de una deliberación racional. Tales pruebas necesariamente deben referirse a los hechos alegados por las partes y a las pretensiones y excepciones elevadas por cada una de ellas ante el juez.

De lo que se concluye que, son las partes, primigeniamente, quienes proporcionan el objeto de prueba a través de los hechos, pretensiones y oposiciones planteadas en el proceso.

El objeto de prueba puede verse representado al interior del proceso de múltiples maneras, bien como *cosas materiales u objetos propiamente dichos* (pueden presentarse materialmente o ser objeto de una reconstrucción, tales como un vehículo, una puerta rota, una estructura arquitectónica, un artefacto mecánico, entre otros.); *lugares* (importa la ubicación en relación con las personas, acontecimientos o cosas, se piensa en el sitio del suceso como la casa, la habitación o donde se originaron los hechos litigiosos en un proceso, sea penal, laboral, civil u otros.); *documentos* (su utilidad probatoria redundante en la posibilidad de encontrar la narración de un acontecimiento realizado por un individuo, la manifestación de una voluntad o pensamiento, la certeza de la autoría, entre otras.); *la identidad o parentesco de una persona* (mediante odontología forense, dactiloscopia, análisis de sangre, prueba de ADN, reconocimiento fotográfico, entre otras.); *manifestaciones morales y físicas del individuo* (cicatrices, lesiones o heridas, desajustes mentales, alteración de las facultades motoras).

Ahora bien, bajo el esquema que había sido planteado por el Código de Procedimiento Civil, era a partir del contenido de los hechos de la demanda y la

oposición, aunada a una eventual delimitación establecida por el juez en atención a las pretensiones y excepciones, que se establecían los temas que requerían de la participación de un perito, a quien correspondía emitir un concepto, desde el estudio de alguno de los elementos descritos arriba, sobre la ocurrencia y causa de los acontecimientos narrados por las partes y habría de establecer el alcance de los efectos causados por esos acontecimientos o realizar una proyección de las consecuencias, en caso de no encontrarse consolidados.

Con la aparición de normas, como las establecidas por la ley 446 de 1998, la ley 1395 de 2010 y 1564 de 2012, que facultan de manera permanente a las partes para que aporten al proceso dictámenes de expertos, realizados extraprocesalmente, para sustentar sus pretensiones, se brinda a estos la potestad para determinar el tema de prueba de una forma aún más directa, al no requerir de la intervención de la contraparte y del juez para definir los interrogantes sobre los que habrá de conceptuar el perito.

Lo anterior es así, pues, de la misma manera que los extremos procesales establecen los límites de la decisión del juez, vienen a determinar el tema de prueba, es decir, definen cuál es la información trascendente para la solución de la litis, los presupuestos que deben ser esclarecidos y acreditados al interior del proceso, por ser los jurídicamente relevantes para resolver, bien favorable o desfavorablemente, las pretensiones de la demanda y, por tanto, los asuntos sobre los que debe conceptuar el perito, resultando irrelevante cualquier otra manifestación que exceda la necesidad de su intervención en el proceso.

No bien, ello no significa que las partes puedan abstraerse del principio de necesidad de la prueba y los requisitos de pertinencia y conducencia que deben acompañarla, pues, el juez aún podrá negar el decreto del dictamen, como prueba dentro del proceso, sino se refiere a alguna de las materias que requieran de la

participación de un experto para poder ser analizadas adecuada y completamente para proferir sentencia.

Este último aspecto será abordado con mayor detenimiento en acápites posteriores.

4. PERITO

El perito es un sujeto ajeno a los intereses perseguidos en el proceso, poseedor de un conocimiento especializado y encargado, bien a instancia de parte, bien por designación judicial, de la verificación de unos hechos con la finalidad de expresarlos al juez, mediante un informe técnico-científico, para que aquél alcance certeza frente a las alegaciones de las partes y resuelva sobre el *petitum* que ha sido puesto para su resolución.

El *perito* es fuente de prueba en virtud únicamente de los conocimientos especializados que pueda aportar a los razonamientos del juez, al emitir una opinión o concepto⁶⁹ sobre un tema puesto a su disposición, a partir de unos elementos relevantes para el proceso, que se sustenta en sus conocimientos de la ciencia, técnica o arte, usados sobre el objeto de estudio.

El perito se encarga de verificar, traducir y conceptuar sobre lo que ya existe para el proceso (los hechos debatidos o inciertos) a un lenguaje que le permita al juzgador sacar sus propias conclusiones, así por más que conceptúe u opine sobre el fenómeno estudiado el perito no tiene la capacidad de determinar el sentido probatorio del objeto de estudio, sino que emplea su conocimiento específico en los hechos del proceso y luego le presenta al juez el resultado de esa aplicación, para que sea éste quien finalmente determine en la sentencia la solución más razonable al problema jurídico que le es planteado por las partes, teniendo en cuenta el concepto que le fue dado, ya sea haciéndose partícipe de las conclusiones o desechándolas, cumpliendo con la consecuente carga argumentativa.

⁶⁹ Como se estableció en el numeral 2° del artículo 237 del C. de P. C. y en los incisos 3 y 4 del artículo 229 del C.G.P.

Es característico de la función del perito, que este cumple una tarea o labor a título oneroso y que puede ser llevado a cabo por cualquier persona; esto es que todo aquel que posea los conocimientos especializados sobre la materia que ha de versar la experticia puede realizar el estudio del objeto de prueba.

Se trata entonces, de una prueba impersonal y con vocación de objetividad derivada del elemento de prueba y no de aquél llamado a rendir el informe, pues este es un sujeto *externo*, es decir, que no ha tenido conocimiento histórico directo de los hechos, sino que, el mismo surge a partir de la designación que hagan las partes o el juez, como consecuencia de la capacidad derivada de los conocimientos especializados que posee⁷⁰.

En atención a dichos rasgos es que el informe rendido por el experto debe estar fundado en razonamientos científicos y/o técnicos, condición de la que deriva la imparcialidad del dictamen y la posibilidad de valoración conforme a las reglas de la sana crítica⁷¹, por parte del juez, en tanto da sentido y forma a su análisis, alejándolo de conclusiones que puedan tildarse de caprichosas.

4.1. Legitimación y Competencia

El juez está obligado a decidir los litigios teniendo como límites los hechos y las pretensiones u oposiciones, basado en pruebas que sirven para construir los argumentos expuestos como fundamento de la decisión, tales argumentaciones deben ser racionales, con asidero en la realidad factual, reglas de experiencia y conocimientos especializados.

⁷⁰ Abel Lluch, Xavier y Picó I Junoy, Joan (2009). Op. Cit.

⁷¹ Ley 1564 de 2012. 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. En similar sentido Artículo 241 del C. de P.C.

Con fundamento en los últimos es que se hace evidente la falta de omnisciencia del juez, lo que obliga a la búsqueda de un tercero ajeno al proceso para que los aporte y a la par imprime unas características particulares en su práctica, revistiéndola de mayor rigurosidad, pues en procesos en los cuales se requiere de este medio de prueba la solución del conflicto jurídico, en buena medida, depende del concepto emitido en el dictamen, lo que exige la publicidad y el debate o contradicción de la experticia como garantía de debido proceso⁷².

La actividad pericial sólo puede ser realizada por personas especialmente calificadas en la ciencia, técnica o arte, requerida para el proceso, esto es, aquellas que cuenten con formación que se verifica con la trayectoria e idoneidad en el área del conocimiento⁷³, además de los documentos que acreditan la especialidad⁷⁴. La anterior exigencia se debe al carácter especializado de este medio de prueba, el cual requiere ineludiblemente que la persona designada para el estudio, posea las competencias suficientes para analizar y valorar el elemento de prueba o evidencia bajo los métodos aprobados por la comunidad de expertos de la que hace parte.

Bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil⁷⁵ y hasta la aparición de la ley 446 de 1998, como legislación permanente, únicamente se permitía la práctica del dictamen pericial con participación de un experto inscrito en la lista de auxiliares de la justicia, el cual debía ser nombrado por el juez, aceptar y recibir posesión legal del cargo.

⁷² Garay. Oscar E. y Otros. (2003) Responsabilidad Profesional de los Médicos. Editorial la Ley. Buenos Aires. pág. 131.

⁷³ ley 1564 de 2012. Artículo 48, numeral 2. 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.

⁷⁴ Artículo 226, Ibíd.

⁷⁵ Artículo 9, numeral 1.

Con la mencionada normativa, se otorgó a la partes libertad para presentar experticias en las oportunidades designadas para solicitar pruebas, las cuales debían ser emitidas por instituciones o profesionales especializados⁷⁶, sin hacer mayor reglamentación sobre la acreditación de las calidades del perito, falencia que se mantuvo con la promulgación de la ley 794 de 2003.

Fue hasta la promulgación de la ley 1395 de 2010, que se exigió a las partes acompañar con la experticia los documentos que acreditaran la idoneidad y la experiencia del perito y, además, estableció la práctica de una audiencia opcional⁷⁷ para interrogarlo sobre los anteriores criterios y el contenido del dictamen; como efecto de la audiencia se estableció que la inasistencia a la misma daba lugar a desechar la prueba.

Visto lo anterior se tiene que a partir de la Ley 446 de 1998, la legitimación del perito se radicó en su condición de especialista en el tema de la prueba y no sólo en su inscripción en la lista de auxiliares y la designación por parte del juez.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, la legitimación continúa en el grado de especialista del perito y se torna más exigente la reglamentación de las aptitudes que éste debe acreditar en tanto se requiere que el experto demuestre fehacientemente que se encuentra en capacidad de analizar el objeto de estudio, para ello debe certificar tanto idoneidad formativa como experiencia.

La acreditación del perito debe ser soportada con “los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística”, las publicaciones

⁷⁶ Artículo 10.

⁷⁷ Tal audiencia era opcional, por cuanto su práctica estaba sometida a criterio judicial, esto es, si el juez lo consideraba necesario o si la parte contra la cual se aducía lo solicitaba dentro del término de traslado. Véase artículo 116 de la referida ley.

relacionadas con la materia del peritaje, si las hubiere, la necesidad de acreditar experiencia en la práctica de estudios similares en otros procesos judiciales, e indicar cuáles se realizaron con la misma parte o apoderado, y manifestar las variaciones en las técnicas realizadas en el estudio de la materia. Además de no encontrarse incurso en una de las causales de exclusión de la lista de auxiliares de la justicia⁷⁸.

4.2. Objetividad del perito

Constituye un principio rector de la práctica de la prueba pericial, toda vez que el dictamen que materializa esta prueba debe dar cuenta de la realidad del objeto de estudio teniendo como fundamento las condiciones técnicas, científicas o artísticas de que se compone su saber, sin consideración a los intereses contrapuestos de las partes litigiosas.

Sin embargo, como lo señaló Taruffo, tal objetividad no puede confundirse con la imposibilidad de que el perito pueda complementar su dictamen con la expresión de *“sus opiniones y evaluaciones de hechos específicos, o tomar conocimiento personal de algunos hechos o determinar, además, algunos hechos relevantes”*⁷⁹, mientras que ello no signifique romper con su deber de aportar al proceso un análisis neutral, imparcial e independiente⁸⁰ con el objeto de estudio y sus destinatarios.

El legislador colombiano ha distinguido dos momentos en los que se materializa el principio de objetividad del perito en el curso del proceso judicial; en una primera instancia se ve representada por el juramento o promesa de que la opinión plasmada en el dictamen es independiente y corresponde a su real convicción

⁷⁸ Artículo 226, numerales 3 a 9, de la ley 1564 de 2012

⁷⁹ Taruffo, Michele. (2008). La prueba. (Manríquez, Laura y Ferrer Beltrán, Jordi, traductores). Madrid: Marcial Pons. pág. 93.

⁸⁰ *Ibíd.* pág. 93

profesional⁸¹; se trata entonces de un acto eminentemente formal con el cual el perito se compromete a rendir un informe libre de prejuicios e inclinaciones, aunque haya sido llevado al proceso por una de las partes interesadas en el resultado del mismo, lo que viene a significar que el experto no puede excusarse de actuar en el proceso como un verdadero auxiliar de la justicia por contar con una relación contractual con una de las partes del proceso, ya que su aporte en el proceso deberá ser como “científico” en el área del conocimiento que se requieran sus servicios.

El segundo momento viene determinado por el contenido material del dictamen suscrito, el que, como prueba de la imparcialidad del perito, “*deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes*”⁸², condición que viene a constituir un criterio de valoración del dictamen, por cuanto la capacidad del contenido de la experticia de favorecer o perjudicar a ambas partes, resulta elemento constitutivo de los razonamientos y conclusiones de la prueba, aspecto que debe ser analizado en conjunto con los elementos metodológicos que sirven para determinar la idoneidad tanto del perito como del dictamen y con ello que los estudios efectuados hayan sido llevados a cabo cumpliendo a la cabalidad con los rigores técnico científicos propios y necesarios para analizar adecuadamente el objeto de estudio⁸³.

No significa lo anterior que el juramento de objetividad por el hecho de ser de contenido estrictamente formal no se erija en un elemento de valoración del dictamen, en tanto su inobservancia “*constituye una irregularidad procesal a ponderar por parte del juez en el momento de dictar sentencia, de no haberse subsanado con anterioridad*”⁸⁴.

⁸¹ El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional - artículo 226, inciso 4, de la ley 1564 de 2012

⁸² Artículo 235, inciso 1, ibíd.

⁸³ Artículo 226, numerales 8 a 10, del Código General del Proceso colombiano.

⁸⁴ Abel Lluch, Xavier y Picó i Junoy, Javier. (2009). *Op. Cit.*, pág. 78.

La objetividad del experto, también es medida por la legislación colombiana al establecer la obligación de anexar al informe, cuando se trata de peritaje de parte, un listado de procesos en los que haya sido designado previamente por la parte o el apoderado de esta y el objeto del dictamen ofrecido⁸⁵, así como la prohibición de pactar honorarios sujetos al resultado del litigio⁸⁶, aspectos que deben ser valorados por el juez en conjunto con el dictamen mismo, para determinar la veracidad de las conclusiones en él contenidas y la capacidad para afectar el resultado del proceso.

4.3. Formación del perito

Al tratarse la prueba pericial de una que es practicada ante la necesidad de obtener conocimientos especializados, a partir de un objeto relevante para la decisión de fondo al interior de un proceso, resulta claro que el encargado de rendirla debe contar con la formación necesaria sobre la materia para obtener ese conocimiento. Es ello lo que hace idónea a la persona designada para llevar a cabo el análisis.

Distintos sistemas jurídicos de Hispanoamérica recurren, para allegar información experta a los procesos, a un tercero ajeno al motivo de la *litis* en consideración a su formación, experiencia o sus conocimientos, ya que estos presuponen la existencia de una autoridad profesional para emitir el dictamen de manera objetiva, además de la capacidad para clarificar y/o explicar los hechos relevantes para el litigio derivados del objeto de prueba.

Así mismo, han preferido estos sistemas jurídicos, incluido el colombiano, que la formación del perito sea lograda a través de canales oficiales de educación para la

⁸⁵ Artículo 226, numeral 6. Op. Cit.

⁸⁶ Artículo 235, párrafo. Op. Cit.

obtención de títulos profesionales⁸⁷, aunque también se plantea la posibilidad de designar para tales tareas a “*cualquiera persona entendida o práctica, aun cuando no tengan título*”⁸⁸, esto cuando no aparecen profesionales versados en la materia o porque así lo dispone la voluntad de las partes⁸⁹.

La normativa procesal colombiana no es ajena a tal requerimiento, atenuado bajo el entendido que las experticias en todas las ocasiones no se refieren a objetos de conocimiento científico o profesional, sino que también puede comprender artes, oficios y otras actividades especiales. Pero en todo caso, subsiste la obligación de acreditar en el proceso los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia técnica o artística, al igual que se requiere para demostrar la profesional⁹⁰. Ello toda vez que la acreditación de esa formación otorga al dictamen un halo de fiabilidad en lo que respecta al método y al concepto

Y a su vez otorga una doble oportunidad en la oposición a la parte que pretenda controvertirlo, pues no solo puede atacar el resultado con fundamento en el método, destacando la existencia de errores en la práctica del dictamen y con ello en sus conclusiones, sino que también da cabida para poner en duda la formación e idoneidad del perito, pues es esta la que presupone que por sus calidades, por la comunidad científica, artística o especial a la que pertenece, el concepto rendido guarda congruencia con los métodos propios de la especialidad.

⁸⁷ Véanse el artículo 226, numeral 3, Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso, artículo 340 de la Ley 1/2000 “Ley de Enjuiciamiento Civil” de España; artículo 351 de la Ley No. 1.337 Código Procesal Civil de la Nación Paraguaya; artículo 404 de la Ley 7130 de 16 de agosto de 1989 Código Procesal Civil de Costa Rica; artículo 1267 del Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua; artículo 413 (415) del Decreto N.º 1.107 Código de Procedimiento Civil Chileno, entre otros.

⁸⁸ Artículo 1267 del Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.

⁸⁹ Artículo 413 (415) del Código de Procedimiento Civil Chileno.

⁹⁰ Artículo 226, numeral 3. Código General del Proceso.

5. EL DICTAMEN PERICIAL

5.1. Forma

A pesar de los diversos cambios legislativos, que incluyeron modificaciones en el trámite mismo del proceso pasando de un modelo exclusivamente escriturario a uno con desarrollo oral una vez entablada la litispendencia, la forma de presentación inicial del dictamen no ha tenido una variación significativa, pues sobre el mismo se ha estipulado que debe ser arrimado mediante documento que dé cuenta del estudio especializado del hecho relevante al proceso.

Ello es así, por cuanto, las distintas normas procesales que han regulado el discurrir del juicio han determinado que los dictámenes periciales deben ser presentados de manera previa para surtir el traslado de los mismos a las partes para su contradicción, como se observa del contenido de los artículos 237, numeral 6, del C. de P.C.; 10, numeral 1, de la Ley 446 de 1998; 116 de la Ley 1395 de 2010; 226, inciso 4, y 227 de la Ley 1564 de 2012, para el dictamen a instancia de parte, y artículos 230, inciso 3, y 231 para el dictamen de designación judicial.

Como excepción a esta presentación previa nos encontramos el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el decreto 2282 de 1989 y la modificación del mismo efectuado por el artículo 25 de la ley 1395 de 2010, que refiriéndose al trámite de los procesos verbales establecía la práctica de la prueba pericial al interior de audiencia, consistiendo la misma en escuchar al perito, designado desde la fijación y citación a audiencia, lo que implicaba traslado y contradicción de la prueba en la audiencia misma.

Las normas procesales del trámite escriturario concretaban el dictamen con requisitos de claridad, precisión y detalle; con contenido explicativo en cuanto a los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones expuestas⁹¹.

Mientras que la normatividad de corte oral, dispuesta en el Código General del Proceso, estableció que el dictamen debía contar, además, con la declaración de coherencia metodológica, esto es, que en aquellos casos en los que haya variación en el proceso metodológico deberá manifestar que los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos con anterioridad, en procesos que versen sobre las mismas materias o respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio y la obligación de relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen⁹².

Así pues, no está prevista la emisión de dictamen pericial de forma oral y autónoma en el proceso judicial estatuido por el Código General del Proceso, ni es posible la actuación del perito en la vista o juicio sin previa emisión de dictamen escrito, ya que sólo el perito que lo haya emitido de tal manera podrá actuar en la audiencia para los fines previstos en el referido precepto legal, condición que se extiende inclusive al perito designado de oficio, en cuanto es su obligación aportar la experticia previo a la audiencia en la que deberá hacer la presentación del mismo de forma oral⁹³.

5.2. Contenido

La legislación nacional no ha establecido de forma específica las condiciones que debe cumplir el dictamen en cuanto a su contenido; se sobreentiende que el

⁹¹ Artículo 233 del Decreto 1400 De 1970

⁹² Artículo 226, numerales 8 a 10, de la ley 1564 de 2012

⁹³ Artículos 228, inciso 1, y 231 *ibíd.*, respectivamente.

mismo debe dar respuesta a los interrogantes que son planteados por las partes y por el juez, en los casos que sea designado por aquél al interior del proceso, al requerir de su participación especializada para la verificación o esclarecimiento de hechos relevantes para definición de la litis.

Mas, sí ha definido de antaño que tal respuesta debe ser presentada a partir de la elaboración de un dictamen que debe dar cuenta de unos conceptos mínimos que logren dar un matiz técnico y/o especializado⁹⁴, que garantice, a su vez, la capacidad del experto para rendir el dictamen y la idoneidad y veracidad del concepto aportado en el mismo, desde la teoría del conocimiento que sirve de base para su elaboración.

Sin embargo, es de conocimiento general la pobreza del rigor técnico de muchos de los informes periciales, ante la libertad otorgada al experto, el cual era revestido de la confianza de pertenecer a una comunidad científica, derivada de su origen, esto es la lista pública de auxiliares de la justicia, que le obligaba a acreditar de manera previa su idoneidad.

En cuanto al informe, se marcó la tendencia a otorgarle *per se* fiabilidad probatoria al contenido del mismo con fundamento en la científicidad de la prueba, efecto que se generó no sólo a nivel local, como lo señala la autora María del Carmen Vázquez Rojas⁹⁵.

Y es que la naturaleza de la prueba dio lugar a estimar que por tratarse, el encargado de ejecutar las investigaciones y experimentos, de un especialista en la

⁹⁴ Con excepción de las experticias decretados dentro de los procesos verbal y verbal sumario, los cuales como ya ha sido señalado no requerían de informe previo, concretándose la práctica del mismo en la presentación verbal del informe y en el interrogatorio que juez y partes realizasen sobre las calidades del perito y del dictamen mismo.

⁹⁵ La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación. Tesis Doctoral. Universidad de Girona. Departamento de Derecho Privado. (2014). Disponible en internet <http://www.tesisred.net/bitstream/handle/10803/284763/tmcvr.pdf?sequence=2> y <http://hdl.handle.net/10803/284763> pág. 88

materia, las técnicas usadas en las mismas gozaban de la aceptación general de la comunidad de expertos en el campo objeto de estudio y pese a la exigencia de contar el dictamen con la correspondiente explicación de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones, tales aspectos en la práctica no gozaban de mayor análisis, resultando relevante, en los más de los casos, tan sólo las conclusiones a los interrogantes planteados frente al elemento de prueba. La fiabilidad e idoneidad del perito se daba por sentada por tratarse de un auxiliar de la justicia.

La normatividad del Código General del Proceso, alienta al cambio de tales comportamientos en los sujetos procesales, al establecer la obligatoriedad de dar cuenta de una información mínima, sobre las técnicas que sirvieron para la elaboración del dictamen pericial y de la idoneidad y experiencia del especialista para llevarlo a cabo.

Pues se trata de elementos que si bien no resultan del todo novedosos, enmarcados en un sistema adversarial, dan lugar a efectuar procesos de juicio y contradicción más complejos y técnicos que se refieran no solamente al concepto o resultado de las investigaciones y/o experimentos sino también a la forma como se llegó a la producción de ese conocimiento o la capacidad del perito de llegar al mismo.

Y es que si bien las normas procesales predecesoras a la ley 1564 de 2012, disponían la obligación de acreditar técnicamente el contenido del dictamen, la normatividad vigente va un paso más allá al establecer la necesidad de que el perito dé cuenta en el informe de lo que podríamos denominar su “precedente técnico”, esto es que además de exponer la ficha técnica de la experticia (exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados) debe informar las variaciones del mismo, respecto a dictámenes precedentes, y justificar el

motivo de las mismas⁹⁶, lo que además puede verificarse con las publicaciones realizadas sobre estudios relativos a la misma materia⁹⁷, en caso de existir.

A más de lo anterior, exige la normativa procesal complementar el dictamen advirtiendo si esos exámenes, métodos, experimentos e investigaciones corresponden a los mismos llevados a cabo en el ejercicio ordinario de la profesión⁹⁸, requerimientos que en conjunto buscan garantizar la fiabilidad del dictamen a partir del reconocimiento en la acreditación de la técnica que lo fundamentó, llevando el esquema de valoración de este medio de prueba a una concepción cercana a la definida en la jurisprudencia estadounidense en los casos *Frye vs. Estados Unidos*⁹⁹, cual estableció el énfasis de la valoración durante el juicio de admisión de la prueba en la información que se usa para la determinación de los hechos y no en el sujeto que brinda dicha información, con un matiz de

⁹⁶ Artículo 226, numeral 8.

⁹⁷ Artículo 226, numeral 4.

⁹⁸ Artículo 226, numeral 9.

⁹⁹ En primera instancia, James Alphonzo Frye había sido declarado culpable por el asesinato en segundo grado del Dr. Robert W. Brown. Al parecer, en un primer momento Frye confesó ser el autor del crimen pero posteriormente se retractó de su confesión y, por ello, en el juicio, la defensa había ofrecido como prueba la posibilidad de someter al acusado a un entonces muy novedoso análisis de la presión sanguínea que supuestamente servía como detector de mentiras. El juez de primera instancia excluyó esta prueba y condenó a Frye, decisión que fue apelada y el caso pasó a segunda instancia. El supuesto fundamento subyacente del citado análisis era que las afirmaciones verdaderas serían espontáneas mientras que las mentiras requerirían un esfuerzo consciente que se reflejaba de forma particular en un aumento de la presión sistólica. Todo esto fue considerado por el tribunal de apelación como un “testimonio científico novel” (novel scientific testimony) y resolvió que:

Es muy difícil detectar el momento preciso en el que un principio o descubrimiento científico cruza la línea que hay entre su etapa experimental y aquella en la que es demostrable. En algún lugar de esta zona de penumbra, el valor de la evidencia a su favor debe ser reconocido y, mientras que los tribunales recorren un largo camino para admitir testimonios expertos derivados de principios científicos o descubrimientos bien reconocidos, aquello de lo que estas pruebas se deducen debe estar lo suficientemente fundado para tener la aceptación general del área de conocimiento correspondiente

En la sentencia no aparece ninguna explicación ni del por qué dicho tribunal consideró conveniente adoptar tal criterio ni cómo se debería entender; sólo se enunció como fundamento para ratificar la exclusión del análisis de la presión sanguínea porque, en opinión del tribunal, no estaba lo suficientemente establecido para ser aceptado por las comunidades de la fisiología y la psicología. Con esta exclusión se confirmó la sentencia de culpabilidad por homicidio del señor Frye, quien fue condenado a cadena perpetua, sin embargo, dieciocho años después de estar en prisión fue liberado. Vázquez Rojas, María del Carmen (2014). Op. Cit. pág. 109-110

relevancia en la aceptación general de la comunidad científica¹⁰⁰ y *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*¹⁰¹, cual estableció una serie de factores para

¹⁰⁰ Vázquez Rojas, María del Carmen (2014). Op. Cit. pág. 111-112

¹⁰¹ En 1984 los padres de los menores Jason Daubert y Eric Schuller promovieron un juicio civil por daños tóxicos contra Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., ante la California State Court, alegando que la causa de las graves malformaciones congénitas de sus hijos en sus extremidades superiores fue la ingesta materna del fármaco Bendectin durante su gestación (un antihistamínico patentado por dicha farmacéutica para aliviar las náuseas y mareos causados por el embarazo). Merrell Dow llevó el juicio al ámbito federal, ante la United States District Court for the Southern District of California, solicitando después de un extenso discovery una sentencia sumaria (summary judgment) con el argumento de que la demanda era fácticamente infundada. Es decir, Merrell Dow afirmaba que el Bendectin no era teratogénico, por lo que los demandantes no podrían presentar pruebas suficientes para poner en funcionamiento la maquinaria estatal. Para probar su afirmación, presentó la declaración de Steven H. Lamm, médico especialista en epidemiología con una amplia acreditación como experto en riesgos por la exposición a sustancias químicas y biológicas, entre ellas el Bendectin.

En su testimonio el Dr. Lamm declaró que no había estudios epidemiológicos publicados que demostraran una correlación estadística significativa entre la ingesta de Bendectin durante el embarazo y las malformaciones del producto. Para arribar a esta conclusión, afirmó, habría revisado más de treinta estudios publicados en diversas revistas especializadas que comprendían una muestra aproximada de 130 mil pacientes, en los cuales no se había demostrado que la ingesta de Bendectin fuera un factor de riesgo de defectos congénitos.

En respuesta a la petición de la demandada, los actores presentaron el testimonio de sus propios expertos con el fin de probar la relación causal en cuestión. En su testimonio afirmaron que el Bendectin podría posiblemente causar daños congénitos, basando su conclusión en un conjunto de estudios que en el ámbito farmacológico se realizaban comúnmente para probar los efectos de un medicamento nuevo.

La District Court decidió que tal testimonio, al afirmar únicamente que el fármaco posiblemente causó las malformaciones de los demandantes, era insuficiente para probar la relación causal. Y resolvió que: / a. El criterio jurídico adecuado para admitir o excluir una prueba científica era que los principios subyacentes tuvieran la "aceptación general" del área de conocimiento a la que pertenecen. / b. Considerando que había una gran cantidad de estudios epidemiológicos sobre el Bendectin, sólo las pruebas periciales con este tipo de fundamento podrían probar la relación causal. / c. Y, en lo que respecta al análisis de los estudios epidemiológicos previos, su inadmisión se fundamentó en que estos no habían sido publicados o sujetos a revisión por pares.

La decisión de la District Court fue apelada por la parte demandante argumentando que el análisis de los estudios epidemiológicos no fue publicado porque su objetivo era únicamente probar la relación causal en el caso concreto. Pero en 1991 la United States Court of Appeals del noveno circuito estadounidense confirmó la decisión de la District Court, asumiendo "la aceptación general de la comunidad científica de referencia" como el estándar de admisión para las pruebas periciales. Según este tribunal, la publicación o la revisión por pares era una condición necesaria para la admisión de elementos probatorios de carácter científico pues a través de alguno de estos mecanismos sería posible saber si una comunidad científica aceptaba el conocimiento subyacente del elemento de prueba.

En junio de 1993, la Corte decidió por unanimidad que el estándar Frye había sido superado por las FRE (*Federal Rules of Evidence*), concretamente por la regla 702 que en ese momento establecía:

Si el conocimiento científico, técnico o especializado resultará útil al juzgador de los hechos para entender las pruebas o determinar los hechos en conflicto, un testigo calificado como experto por su conocimiento, habilidades, experiencia, capacitación o educación, puede testificaren forma de opinión o de otro modo.

valorar la cientificidad y, con ello, la fiabilidad probatoria del tipo de pruebas en cuestión¹⁰².

Se aclara que, para el caso colombiano, a los elementos mínimos que componen el dictamen, contenidos en el artículo 226 del C.G.P. no se le imprimió de forma expresa efecto alguno en lo que a la admisibilidad de la prueba se refiere, como tampoco se determinó si daría lugar a afectar la validez de las conclusiones del dictamen. A nuestro juicio, sin embargo, tales requisitos tienen esa doble finalidad, pues tanto sirven de criterios de admisión de la prueba, sin llegar a la rigurosidad de la justicia estadounidense¹⁰³, como de pautas de valoración del contenido del

Según observó la Corte, el texto no hacía referencia explícita ni implícita a la “aceptación general de la comunidad científica” y, por ello, no había razones para considerarla como condición necesaria para la admisión de pruebas científicas en los juicios federales. Sin embargo, también apuntó que la sustitución del criterio Frye no implicaba que los jueces no estuviesen obligados a valorar este tipo de pruebas a los efectos de su admisión. Y, para ello, según la interpretación hecha por la Corte de la regla 702, al exigir ésta que las pruebas fuesen o perteneciesen al conocimiento científico se establecía como criterio a seguir la “fiabilidad probatoria”.

Entonces se determinó que los juzgadores deberían ser los *gatekeepers* del conocimiento científico y que, en cumplimiento de esa tarea, para valorar la fiabilidad probatoria deberían considerar la validez científica del método por el cual el experto había arribado a sus conclusiones. Se especificó, además, que esta valoración debería centrarse exclusivamente en los principios y la metodología subyacentes a la prueba en cuestión y no en sus conclusiones. Así, resuelta la preeminencia de las FRE, la Corte consideró que en aplicación de la regla 702, para admitir determinado conocimiento científico como elemento de prueba, el juez debería valorar que se tratara de ciencia genuina. *Ibíd.* pág. 114-119.

¹⁰² *Ibíd.* pág. 124 y ss. Tales factores corresponden: a. Si la teoría o técnica puede ser (y ha sido) sometida a prueba, lo que constituye un criterio que comúnmente distinguiría a la ciencia de otro tipo de actividades humanas. b. Si la teoría o técnica empleada ha sido publicada o sujeta a la revisión por pares. c. El rango de error conocido o posible, si se trata de una técnica científica, así como la existencia de estándares de calidad y su cumplimiento durante su práctica. d. Y, finalmente, si la teoría o técnica cuenta con la aceptación general de la comunidad científica relevante.

No bien la sentencia emitida para ese caso acepta la existencia de otros factores que pueden ser analizados tales como, los sugeridos en el “Weinstein’s Evidence Manual” de Weinstein y Berger, a saber: a. La aceptación general de la técnica empleada. b. La preparación del experto y su nivel académico. c. El uso de la técnica en el caso concreto. d. El potencial rango de error. e. La existencia de literatura especializada. f. Su grado de innovación o novedad, y g. La dependencia de los resultados de la interpretación subjetiva del experto.

¹⁰³ Las decisiones sobre la admisibilidad de las pruebas periciales se toman antes de que el jurado sea nombrado y antes de que el proceso comience formalmente, en lo que se conoce como “pretrial conferences” o audiencias previas, que tienen el objetivo de determinar cuáles serán las cuestiones fácticas a probar. Si el juez excluye las pruebas periciales, sobretudo en casos donde se consideran determinantes (v. gr. cuando se tiene que probar una relación causal), la contraparte solicita una sentencia sumaria por considerar que no hay cuestiones materiales que el juzgador de los hechos deba determinar -las pruebas son o muy abrumadoras o muy débiles-, por lo que se

dictamen para determinar la validez y fiabilidad de los estudios y conclusiones en él brindados.

Funcionan como criterio de admisión en la medida que la falta de los mismos, en el informe allegado por la parte, se erigen en una adenda a las causales de rechazo del decreto de la prueba contempladas en el mismo código¹⁰⁴, ya que el juez además de estar en obligación de verificar la utilidad del informe de experto para resolver la *litis*, desde el enfoque de lo que se debe probar, es decir, la importancia del objeto de prueba en la discusión litigiosa y la necesidad que se allegue al proceso por este medio probatorio, para decretarla y practicarla deberá, a nuestro juicio, identificar el cumplimiento de estos requisitos mínimos, pues constituyen requisitos de “*idoneidad del perito, confiabilidad*” metodológica y científica¹⁰⁵, que sirven para establecer que el dictamen fue realizado por un experto y que por tanto los análisis y conclusiones obrantes en el mismo tendrán relevancia técnica y científica para resolver la *litis*, es decir que su origen no es espurio, en este sentido la sola presentación del dictamen no implica que deba ser necesariamente decretado como medio probatorio para el proceso, pues, como prueba de experto que es, debe garantizarse su origen.

Y a nuestro juicio no tiene razón de ser que se establezcan una serie de requisitos alrededor de las capacidades del perito, sin que su falta tenga alguna consecuencia para el decreto de la misma, pues si se aduce que solo tiene efectos en la valoración del dictamen o que pueden ser subsanados en audiencia durante el interrogatorio al perito sobre sus calidades científicas, técnicas o artísticas, lo

debería resolver como cuestión de derecho por el juez correspondiente. Véase Vázquez Rojas, María del Carmen (2014). Op. Cit.

¹⁰⁴ Ley 1564 de 2012. Artículo 168. Rechazo de plano. El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.

¹⁰⁵ Parra Archila, María Victoria (2016). Algunos aspectos sobre la prueba pericial. En: XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal (memorias). Instituto Colombiano de Derecho Procesal - Universidad Libre. Bogotá D.C. – Colombia. pág. 113-118.

mismo daría que fueran retirados del articulado y se regrese a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil.

Tal entendimiento, no obstante, trae un problema, y es que el decreto de pruebas se produce sólo hasta la fijación de la audiencia, bien en el discurrir de aquella en los procesos con trámite verbal¹⁰⁶ o en el auto que cita a la misma en los procesos verbales sumarios¹⁰⁷, mientras que la contradicción al dictamen inicia desde la misma etapa de comunicación de la demanda, por lo que la admisión de la misma sin el control adecuado del dictamen anexo podría dar lugar a un desgaste innecesario de la defensa.

Así las cosas, a nuestro criterio, los elementos formales con los que debe complementarse el dictamen deben ser objeto de juicio de admisión y de excepción formal, pudiéndose requerir al aportante para que cumpla con los mismos, pero difiriéndose el efecto (rechazo) hasta el auto de decreto de pruebas, en caso de no adecuarse oportunamente.

Hay voces que estiman que el análisis para la admisión de esta prueba debe ser aún más riguroso, esto es, que más que una verificación formal del cumplimiento de los requisitos mínimos, como aquí proponemos, se lleve a cabo desde esta etapa un juicio de validez al contenido de la experticia.

Rivera Morales, por ejemplo, plantea que se debe llevar a cabo *“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 / (...)*

¹⁰⁶ Artículo 372, numeral 10. Ley 1564 de 2012

¹⁰⁷ Artículo 392. ibíd.

con el fin de filtrar la idoneidad del medio para aportar conocimiento y que no se empleen prácticas de dudosa científicidad”¹⁰⁸.

Para cumplir con ello se señala que a falta de una norma explícita, como es el artículo 422 del Código de Procedimiento Penal¹⁰⁹, puede hacerse uso de “*las reglas de pertinencia y conducencia*” para determinar si la prueba es idónea “*técnica y científicamente para aportar conocimiento sobre el hecho de la controversia*”¹¹⁰.

No se comparte tal opinión, en tanto, el análisis propuesto constituye un juicio de fondo y no de forma del contenido del dictamen y ante la falta de norma que faculte al juez para ello en una etapa liminar del proceso, este actuar significaría una extralimitación en las funciones con efectos adversos directos sobre el debido proceso y con ello vulneración de derechos fundamentales.

De otro lado, en cuanto al contenido técnico del dictamen, en cuartillas precedentes se adelantó que el perito está en obligación de informar sobre los procedimientos llevados a cabo para llegar a las conclusiones presentadas. Siendo precisos el estatuto procesal exige un informe de los medios técnicos usados, esto es el conjunto de procedimientos empleados para poder emitir su dictamen, si estos se corresponden con los mismos usados en experticias rendidas anteriormente sobre materias similares y la coincidencia de aquellos con el desarrollo habitual de la profesión, técnica o arte.

¹⁰⁸ Rivera Morales, Rodrigo (2016). Problemática procesal en torno a la experticia en el CGP. En XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal (memorias). Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá D.C. – Colombia. Universidad Libre. pág. 614.

¹⁰⁹ Artículo 422. Admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel. Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios: / 1. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada. / 2. Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica. / 3. Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial. / 4. Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.

¹¹⁰ Rivera Morales, Rodrigo (2016). Op. Cit. pág. 616.

Se advierte una falencia normativa en este caso, y es que no puede resultar suficiente para determinar la competencia técnica del dictamen la relación histórica de unos medios técnicos sin la exposición previa de los que, de conformidad con la comunidad de expertos, se requiere para llevar a cabo un estudio sobre la materia objeto de prueba, pues sin la existencia de esta información no es posible determinar que las metodologías usadas para llevar a cabo los exámenes, investigaciones o experimentos necesarios para conceptuar sobre el tema de prueba fueron los adecuados, particularmente en aquellos casos que la contraparte no haya hecho oposición con una nueva experticia, lo cual es factible sin que ello signifique aceptación de las conclusiones de la prueba pericial presentada, pues el “contradictamen” no es el único medio que se tiene para desvirtuar la pericia arribada.

Bajo tal estado de cosas se puede estimar que el dictamen debe contener, además de los datos exigidos por la ley, la información que permita establecer que el estudio efectuado para la emisión de la experticia es el más adecuado para obtener un resultado coherente con el estado del arte existente sobre la materia objeto de análisis, porque de esa forma es que se garantiza que en el concepto o en la conclusión del dictamen se usaron los medios técnicos dispuestos por la comunidad de expertos para la práctica de las distintas pruebas, además, del adecuado empleo de las mismas.

6. CONTRADICCIÓN Y VALORACIÓN DEL DICTAMEN

6.1. Actuación de las partes y los peritos en el juicio

El Código General del Proceso permite que las actuaciones relevantes de los peritos den inicio inclusive con anterioridad a la formalización del proceso con la presentación de la demanda, pues ante la obligación impuesta a la parte de acompañar esta prueba en aquellos casos que se considere relevante para acreditar el derecho reclamado, su designación y el cumplimiento de las actividades tendientes al asesoramiento de la parte interesada y la elaboración del dictamen, serán actuaciones extraprocesales de relevancia para la estructuración del extremo litigioso.

La actuación del perito para el juicio da inicio con la presentación del informe, momento desde el cual comienza el proceso de valoración. Debiendo pasar por una etapa liminar de verificación del cumplimiento de requisitos mínimos por parte del juez y en la cual también participa el demandado como parte de la contradicción, extendiéndose, además, en el contenido material del dictamen, en tanto allí nace, para este último, la oportunidad procesal de refutación que comprende tanto aspectos formales como sustanciales. Y se formaliza con el decreto del mismo como medio de prueba para el proceso.

La ley civil exige que el dictamen sea claro, preciso, exhaustivo y detallado¹¹¹, lo que en una *“situación ideal de la prueba pericial consistiría en la hipótesis de que presentase coherencia lógica en sus razonamientos escritos, sin que hubiese necesidad de clarificaciones o explicaciones en juicio”*¹¹², requisito que se

¹¹¹ Artículo 226, inciso 5. Código General del Proceso.

¹¹² Chaves, Manoel Matos de Araujo (2012). El dictamen pericial: criterios de valoración y su motivación en la sentencia civil. Tesis doctoral. Universidad de Burgos. Departamento de Derecho

mantiene vigente, pues, contrario a lo que se dispone en el proceso penal¹¹³, no es indispensable que el perito asista a audiencia para sustentar su informe, tratándose de prueba de parte, a menos que sea requerido para ello por el juez, bien a petición de la parte contra la que se aduce la experticia u oficiosamente.

6.1.1. En el proceso escrito

Durante la vigencia del Código de Procedimiento Civil, con sus distintas modificaciones¹¹⁴ hasta la ley 1395 de 2010, la actuación del perito, como regla general, se circunscribió a la obligación de realizar los experimentos e investigaciones del elemento de prueba, bien de manera directa o por intermedio de otros expertos bajo su dirección y responsabilidad¹¹⁵, para la creación de un dictamen documental que diera cuenta de los resultados del mismo.

Documento que debía ser allegado al proceso para pasar por un trámite de contradicción que podría incluir la práctica de un nuevo dictamen.

Determinaba el Decreto 1400 de 1970, que en los procesos de mayor cuantía la prueba pericial sería practicada por dos peritos quienes debían rendir la experticia a partir del pronunciamiento sobre todos y cada uno de los puntos que contuviera el cuestionario realizado por las partes y/o por el juez mismo¹¹⁶.

El examen conjunto realizado por los peritos, se entendía como garantía de la precisión del razonamiento, puesto que los especialistas habrían de ayudarse recíprocamente, intercambiando ideas, conocimientos y rectificando sus consideraciones.

Público. Director: Pérez Gil, Julio. Burgos. Disponible en internet: <http://riubu.ubu.es//handle/10259/186>. pág. 148.

¹¹³ Ley 906 de 2004, artículos 414 y 415, inciso 2.

¹¹⁴ Decreto 2282 de 1989; Decreto 2561 de 1991; Ley 446 de 1998; Ley 794 de 2003.

¹¹⁵ Artículo 237. Decreto 1400 de 1970.

¹¹⁶ Artículo 234. *Ibíd.*

No obstante, tal norma previó en el caso que los peritos no estuviesen de acuerdo en sus conclusiones, la presentación del dictamen de forma separada, evento ante el cual correspondía al juez designar un tercer perito, quien tendría que emitir su concepto sobre los puntos en que hubiese discrepancia en los dictámenes principales.

Tal pluralidad de peritos fue eliminada, con la modificación introducida por el artículo 24 de la Ley 794 de 2003, el cual dispuso que: “*Sin importar la cuantía o naturaleza del proceso, todo dictamen se practicará por un (1) solo perito*”, lo que supuso la existencia de más de un dictamen pericial únicamente en el evento de presentarse objeción por error grave, pues se mantuvo que esta debía resolverse con el concurso de una nueva experticia cuya finalidad se encontraba en establecer la existencia del error denunciado. Tal dictamen adicional tenía cabida, igualmente, por criterio judicial, en aquellos casos en que el juez estimara que la experticia allegada al proceso no era clara, resultaba ambigua, “oscura”, quizás inverosímil o imprecisa.

La comunicación del dictamen bajo el sistema escriturario, establecía un término de traslado dentro del cual ambas partes procesales y el juez contaban con facultad para requerir al perito la aclaración y complementación del mismo, en aquellos puntos que resultasen incomprensibles y/o contradictorios o por no haber agotado el dictamen de cada punto del cuestionario planteado. Además, contaba el juez con la posibilidad de agregar elementos nuevos al tema de prueba, ampliando el cuestionario que debía resolver el perito, en atención a los elementos surgidos del dictamen puesto a la vista.

Esta forma de contradicción significaba para el proceso la elaboración de un nuevo dictamen, pues, aunque la norma no lo estipulaba de manera expresa, el escrito de complementación y aclaración debía dar cuenta de los medios técnicos

usados para llegar a las conclusiones esbozadas, por hacer un sólo cuerpo probatorio con el dictamen previamente arrimado.

También, podía ocurrir que en la elaboración de este complemento al dictamen operara una *“recomposición del dictamen por un[o] nuevo, que supere las falencias acreditadas por las partes. Sobre el particular, ha previsto la Corte que *“...la explicación, ampliación o aclaración de un dictamen pericial, en orden al esclarecimiento y precisión de los hechos cuestionados, bien pueden conducir a la modificación o rectificación del concepto inicialmente rendido, pero en todo caso, dentro de la esfera de un mismo peritaje. De suerte que en cualquiera de estos eventos se trata de una extensión del trabajo originariamente realizado por los peritos, que tiene como fin la cualificación procesal de la información suministrada a través del dictamen”**¹¹⁷.

Además de lo anterior, las partes contaban con posibilidad de objetar el dictamen presentado por error grave¹¹⁸. Para ello se requería la sustentación de la objeción por escrito, que el error alegado tuviera incidencia en las conclusiones de la experticia o que el mismo hubiese tenido ocasión en estas y la comunicación para el eventual pronunciamiento de la contraparte, después de lo cual iniciaba un periodo probatorio, en trámite incidental, en el que procedía la práctica de un nuevo peritaje que debía establecer la existencia del error y en caso de existir efectuar los estudios y experimentos en debida forma y exponer las conclusiones resultantes sobre el tema de prueba.

Ahora bien, el error alegado como grave no podía ser de cualquier naturaleza, sino que se encontraba limitado, de acuerdo con la jurisprudencia, al error en el objeto de prueba y se estableció que ello consistía en el yerro *“derivado de una*

¹¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-124 de 1 de marzo 2011. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C.

¹¹⁸ Artículo 238. Decreto 1400 De 1970. Modificado. Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Numeral 110.

observación equivocada del objeto del dictamen, lo cual ocurre cuando se estudian materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia; o cuando se altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, es decir, cuando el perito rinde su dictamen a partir de una percepción evidentemente equivocada del mismo. Ahora, de la norma procesal se infiere claramente que el presupuesto necesario para la formulación de la objeción por error grave es que éste haya sido determinante en las conclusiones del dictamen”¹¹⁹.

En la práctica, jueces y partes poco se interesaron, durante la vigencia de estas normativas, de hacer un control efectivo de los instrumentos técnicos usados por los expertos para elaborar sus dictámenes.

De ello da cuenta el hecho que pese a que la objeción contaba con un periodo probatorio particular, en el que debían practicarse tanto las pruebas solicitadas por la parte objetante, como las que el juez estimara pertinentes e incluso se permitía que las partes fueran asesoradas por expertos, quienes contaban con la posibilidad de presentar informes que integraran las alegaciones respectivas¹²⁰, las jurisprudencias de las altas cortes colombianas, se alejaron de discusiones sobre los yerros metodológicos de ciencia y técnica y dictaminaron que la objeción debía circunscribirse a un error de tal entidad que implicara “*cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto,*

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. Sentencia de 20 de febrero de 2014. Radicación número: 76001-23-31-000-2003-00002-01(AP). C.P.: Danilo Rojas Betancourth. Bogotá, D.C. Ver también de la misma Sala. Sentencia de 31 de octubre de 2007, exp. 25177. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C. Sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 14461, C.P. Danilo Rojas Betancourth y Sentencia de 28 de septiembre de 2011, exp. 15476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹²⁰ Artículo 238, numerales 4, 5 y 7. Decreto 1400 de 1970, modificado por el artículo 1, numeral 110 del Decreto 2282 de 1989

*necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven*¹²¹.

En voces del Consejo de Estado, la objeción por error grave debía referirse a *“una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos*¹²².

Por ello se aclara, igualmente, que “aún la existencia de un “error”, no significa automáticamente la calificación de “error grave”¹²³.

De los anteriores apartes jurisprudenciales, se concluye que el error grave no se encontraba integrado al aspecto metodológico del estudio del perito sino a las características del objeto de estudio.

Es muy dicente, al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de 5 de marzo de 2008, en la que expuso al resolver una objeción a dictamen pericial lo siguiente:

¹²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto de 8 de septiembre de 1993, exp. 3446. M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Bogotá, D.C. Véase también Corte Constitucional. Sentencia C-124 de 2011. Op. Cit.

¹²² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 5 de marzo de 2008. Rad. 66001-23-31-000-1997-04013-01(16850). C.P.: Enrique Gil Botero. Bogotá, D.C. Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Consejero Ponente: Rafael Ostau de Lafont Pianeta. Bogotá, D.C., 26 de noviembre de 2009. Radicación número 25000-23-27-000-2004-02049-01 (AP2049).

¹²³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-09005-01 (AG). C.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá D.C.

“(…)

De manera que el perito, para resolver sobre el consumo de estos elementos bien pudo apoyarse en su experiencia y conocimiento del tema, pues para eso se trata de un experto, es decir, de una persona que, dado su manejo de un área, disciplina o técnica, es capaz de ilustrar el (sic) juez sobre los alcances y valores de un daño que eventualmente se ha producido

Además, la posibilidad que tenía el perito de calcular el valor de la grasa, del combustible, o de la hora de trabajo de un profesional -todo lo cual se debió emplear para atender la maquinaria-, perfectamente podía obtenerlo de su propio conocimiento y fuentes de información; a diferencia de otro tipo de datos, los cuales no pueden ser producto de la libre apreciación suya”¹²⁴.

Argumento que se justifica en que la fiabilidad e idoneidad del perito se daba por sentada, al tratarse de un auxiliar de la justicia que debía acreditar sus calidades como experto en una materia determinada ante la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para ser incluido en la lista de auxiliares¹²⁵, lo que obviaba la necesidad de acreditar en el informe del dictamen pericial sus condiciones de experto y que se redujera, salvo pocas excepciones¹²⁶, el estándar

¹²⁴ Sentencia de 5 de marzo de 2008, exp. 16850. C.P.: Enrique Gil Botero. Op. Cit.

¹²⁵ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Acuerdo No. 1518 de 28 de Agosto de 2002. “Por medio del cual se establece el régimen y los honorarios de los auxiliares de la justicia”. (...) Artículo 7. Solicitud. (...) toda persona que cumpla con los requisitos previstos en este Acuerdo, podrá solicitar su inscripción (...). El interesado diligenciará el formulario elaborado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en el que indicará: / 4. Profesión, oficio, arte o actividad para el que se inscribe en la lista, con indicación de los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, según los pertinentes requisitos. / 5. Experiencia comprobable o curso de actualización o capacitación, cuando se requiera.

¹²⁶ Valga aclarar que no todas las objeciones por error grave se resolvían atendiendo de manera exclusiva al objeto del dictamen, una excepción clara de ello está en la acciones de revisión de contratos de mutuo que se adelantaron ante la declaración de inconstitucionalidad del artículo 16 de la ley 31 de 1992 por la Sentencia C-383 de 1999 y que obligó a la reliquidación de las obligaciones constituidas en UPAC mediante una operación matemática hecha con unos parámetros definidos por la ley y la Superintendencia Financiera. “*En consecuencia la misma no podía realizarse obedeciendo a criterios arbitrarios definidos por otros funcionarios y menos por auxiliares de la justicia, que ninguna competencia tienen para ello, por tal circunstancia, el estudio*

de verificación de la metodología usada para llegar a las conclusiones expuestas en el mismo, pese a tratarse de una obligación legal¹²⁷.

Tal comportamiento de los sujetos procesales da lugar a estimar que no le falta razón a la apreciación de que la institución de la objeción por error grave se encontraba concebida en nuestro sistema procesal *“para los dictámenes de comprobación (el objeto está elaborado en oro o en plata) y no para los dictámenes de opinión (el médico incurrió en culpa), puesto que, cuando se acredita que el perito incurrió en una equivocación de la magnitud que el código exige (examinó el objeto que no era), su dictamen no debe tenerse en cuenta por el Juez (...)”*¹²⁸.

A lo que debe sumarse que las pruebas periciales practicadas para establecer la existencia del error grave, solían tener poco interés en definir la ocurrencia de un error como el conceptualizado por la Corte, procediendo el experto, designado para ello, a dictaminar sobre el objeto de prueba de manera directa, pudiendo o no coincidir las conclusiones propias con las de la experticia objetada, sin que tal atribución mereciera reparos de las partes o el juez, último que procedía a resolver la objeción, en los casos de coincidencia reafirmando el dictamen primigenio con el decretado para estimar la objeción y en los casos de falta de coincidencia en las conclusiones, atendiendo a la calidad formal del dictamen allegado, esto es,

que se haga de dicha operación debe hacerse a la luz de los parámetros definidos en la ley 546” (Tribunal Superior de Medellín, sentencia S-19 de 20 de mayo de 2010. M.P.: Sergio Gómez Rodríguez), además de los establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias C-955 de 2000 y C-1140 de 2000. En estos casos se determinaba la existencia o no del error en el adecuado uso de las reglas establecidas en la ley 546 de 1999 y los conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria (hoy Superfinanciera) dirigidos a la debida aplicación de las reglas contenidas en aquella, es decir, la objeción por error grave se encontraba encaminada a establecer si se había realizado la liquidación haciendo una aplicación adecuada del método establecido legalmente para ello.

¹²⁷ Decreto 1400 de 1970. Artículo 237, numeral 6. El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.

¹²⁸ Bermúdez Muñoz, Martín (2012) Del dictamen judicial al dictamen de parte. Colombia: NET educativa.

escogiendo entre las dos experticias el que mayor valor técnico le mereciera a su leal saber y entender.

Ahora, en legislación complementaria al Código de Procedimiento Civil, se dispuso la facultad de las partes de allegar al proceso la prueba pericial, sin requerir para ello el previo decreto del medio de prueba y la designación de un auxiliar de la justicia por parte de un juez, primero fue el Decreto 2651 de 1991¹²⁹, norma que fue recogida y se hizo permanente, en su literalidad, por la Ley 446 de 1998, que adicionó el Decreto 1400 de 1970¹³⁰ y ésta refrendada, a su vez, por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, que modificó el Código de Procedimiento Civil en su artículo 183.

Las tres normas en mención refieren una misma disposición normativa, cada una calcada de la anterior, en la que previéndose la existencia de varios dictámenes, allegados por cada parte procesal, se determinó que ante la discrepancia de aquellos lo procedente resultaba ser el decreto de un nuevo peritaje, que terciaría al respecto, lo que nos permite concluir, que al final existían más posibilidades que se acogieran los dictámenes que formaban mayoría conceptual, pues el propósito no escrito del tercer dictamen consistía en inclinar la balanza hacia una de las posturas, en todo caso, el dictamen seleccionado debía superar el límite establecido en la verificación y contraste de las conclusiones expresadas con el contenido de las demás pruebas aportadas y practicadas en el proceso.

6.1.2. En el proceso oral – Ley 1395 de 2010

¹²⁹ Artículo 22. Para la práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil se dará aplicación a las siguientes reglas: / 1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para facilitar pruebas, podrá presentar experticios producidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios experticios, el juez procederá a decretar el peritazgo (sic) correspondiente. (...) (Subrayas fuera de texto).

¹³⁰ Véase el artículo 10 de la referida ley.

Con la ley 1395 de 2010 se estableció el proceso verbal como el proceso tipo y la derogatoria de los procesos ordinario y abreviado¹³¹, lo que significaría en la práctica el cambio de modelo procesal del escriturario al oral, con excepción de los procesos de trámite especial, contemplados en el Código de Procedimiento Civil.

Tal normatividad no tuvo vigencia extendida en el territorio nacional, por encontrarse supeditada a la existencia de los recursos físicos necesarios para su implementación, condición que dio lugar a la convivencia de los dos sistemas de comunicación procesal¹³², lo que a su vez limitó la apropiación de los preceptos normativos dispuestos para el desarrollo del proceso adversarial, como es la presentación de los peritajes de parte, elemento de la ley que estuvo vigente desde su promulgación, lo que, en consecuencia, determinó la preponderancia de la pericia designada por la vía judicial, tal como ya había ocurrido con las modificaciones introducidas con anterioridad al Código de Procedimiento Civil.

Contempló la referida ley que la actuación del perito, tratándose de prueba allegada por cualquiera de las partes, daría inicio desde la etapa de comunicación, por ser aquella el momento oportuno para la solicitud del decreto de pruebas¹³³. Condición que garantizaba la contradicción del dictamen desde la integración de la litis.

Esta norma fue la primera en exigir, formalmente, la acreditación de especialista del experto designado por la parte para la expedición del dictamen, estableciendo con ello un nuevo elemento de verificación para el decreto de la prueba.

No obstante, pese a ser la precursora del sistema oral para la actualidad procesal colombiana, no dispuso que la práctica de este medio de prueba se agotara en audiencia, sino como excepción a consideración judicial o de la contraparte,

¹³¹ Artículo 44, inciso 1. Ley 1395 de 2010.

¹³² Artículo 44, inciso 2. *Ibíd.*

¹³³ Artículo 116, inciso 1. *Ibíd.*

evento en el cual procedería un interrogatorio para verificación de la idoneidad del especialista y los fundamentos del contenido del dictamen.

Sólo se contempló la práctica de la prueba, estrictamente oral, en los casos de designación judicial del perito, en los procesos verbales¹³⁴, pues el mismo se encontraba en obligación de acudir a la audiencia a exponer su dictamen, momento en el cual procedía la contradicción de las partes mediante el esquema de interrogatorio tendiente a obtener la aclaración de los puntos oscuros del dictamen y la complementación de este en los temas de prueba echados de menos.

La ley 1395 de 2010, mantuvo vigentes las normas contempladas por el estatuto procesal sobre la práctica de la prueba pericial, esto es la obligación de dar fundamento al dictamen brindando la información sobre los medios técnicos empleados para la emisión de la prueba y la necesidad de exponer el dictamen de manera clara, precisa, exhaustiva y detallada.

Mas, en aras de garantizar celeridad procesal, en atención a que fue promulgada como norma de descongestión de los despachos judiciales, derogó la contradicción del dictamen a través de la objeción por error grave¹³⁵, derogatoria que fue avalada por la Corte Constitucional, en sentencia C-124 de 2011, tras estimar que aquella modificación respondía a la finalidad de la ley, consistente en hacer más efectiva y liberar de obstáculos la justicia colombiana reduciendo los términos para proferir las decisiones, en beneficio de los justiciables, con la implementación de la oralidad, sin que ello implicara vulneración alguna al debido proceso, en la modalidad de contradicción, por continuar vigente este derecho vía

¹³⁴ Recuérdese que ante la vigencia gradual de la ley, en aspectos como la derogatoria de los procesos ordinario y abreviado, se dio la aplicación simultánea de normas estatuidas para juicios orales contenidos en la ley 1395 y de normas del Código de Procedimiento Civil.

¹³⁵ Artículo 25 de la ley 1395, por el cual se modifica el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil.

aclaración y complementación, lo que habría de lograrse con la comunicación del dictamen en audiencia.

Además dijo la Corte Constitucional que, la comunicación de la prueba en audiencia derivaba en el fortalecimiento de las facultades de intermediación probatoria del juez y de las partes, “(...) 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 redundando 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. Del mismo modo, lo que resulta especialmente relevante para el presente proceso, la cualificación de las oportunidades de contradicción de la prueba en la audiencia, otorga legitimidad a reformas legales que restringen otras opciones de cuestionamiento probatorio, en aras de evitar la ilimitada extensión en el tiempo del proceso civil”¹³⁶.

Advirtió la Corte Constitucional en este caso que “el modelo de control judicial del dictamen pericial tiene carácter complejo y, por ende, no se agota en la objeción del dictamen por error grave”, sino que además comprende dos tipos de controles judiciales adicionales: la solicitud de aclaración o complementación del dictamen y “la valoración judicial a lo largo del proceso y, en especial, al momento del fallo”. A estas se debe agregar la ya referida contradicción ejercida por las partes mediante interrogatorio al perito practicado durante la audiencia.

6.1.3. En el proceso oral – Ley 1564 de 2012

Mantiene la línea, de la normatividad que le precede, de estatuir la comunicación de la prueba pericial por medio de un dictamen documental que debe ser

¹³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-124 de 1 de marzo 2011. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C.

presentado, tratándose de la experticia de parte, dentro de las oportunidades para solicitar la práctica de pruebas a fin de que se corra traslado a la contraparte en el momento procesal respectivo para que esta pueda pronunciarse frente al informe escrito. Mientras que si es por designación judicial, una vez el dictamen sea arrimado al proceso, este debe ser puesto en conocimiento de las partes durante un término mínimo de 10 días previos a la fecha de celebración de la audiencia¹³⁷ de “*instrucción y juzgamiento*”.

La prueba pericial, en los términos planteados por la ley 1564 de 2012, impone que sean las partes quienes determinen la necesidad de practicar la prueba de experto en el proceso judicial al que harán frente y, además, les faculta para que seleccionen al especialista encargado de emitir el dictamen¹³⁸. Ello, en sí mismo, no implica modificación a la carga probatoria que pesa sobre las partes para la acreditación de sus pretensiones, por el contrario, es la verificación de la regla, toda vez que la forma natural de allegar el material probatorio al proceso es por medio de estas, en tanto son los sujetos procesales los interesados en acreditar sus dichos para obtener un resultado favorable a sus peticiones, distinto a lo que corresponde al juez cuando procede con el decreto de pruebas de oficio, quien no tiene interés en probar sino únicamente en esclarecer los espacios oscuros de la controversia¹³⁹, de tal forma que le sea posible tomar una decisión que responda a la necesidad de justicia pretendida por cada extremo procesal, tras verificar los hechos alegados por estos¹⁴⁰.

Así pues, la presentación del dictamen deviene en un derecho-carga¹⁴¹ que permite a la parte interesada llevar a cabo el juicio inicial de idoneidad sobre el especialista que habrá de rendir el dictamen y es necesariamente la parte que la

¹³⁷ Artículo 231, inciso 1. Ley 1564 de 2012.

¹³⁸ Vázquez Rojas, María del Carmen (2014). Op. Cit. 176.

¹³⁹ Artículo 170. Ley 1564 de 2012

¹⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-264 de 3 de abril de 2009. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C.

¹⁴¹ Artículo 42, numeral 4. Ley 1564 de 2012.

aporta el primer sujeto procesal en efectuar el juicio de valoración, pues lo hace previo a su presentación en juicio, toda vez que, existe una fase en la actividad pericial que es desarrollada de forma extraprocesal, situación que eventualmente puede suponer una ventaja para la consecución de un fallo favorable a sus intereses, ya que, resulta evidentemente razonable estimar que la intencionalidad de las partes estará marcada por garantizar su propio derecho, al asegurarse para el proceso una prueba pericial atestada de conclusiones que beneficien sus intereses, acreditando lo alegado en la demanda o desacreditando la aportada por la contraparte.

En lo que a la parte activa comprende, es natural que el dictamen tienda a favorecer inexorablemente su pretensión, pues *a contrario sensu* no encontraríamos la activación del aparato judicial. Debe tenerse presente que es el demandante el primero en ejercer control sobre el objeto de prueba y “las actividades y operaciones practicadas sobre [é]” y “sobre los aspectos sustanciales de la pericia”¹⁴².

Lo propio corresponde al demandado, excepto que no es la parte pasiva quien determina cual es el objeto de prueba aunque si puede ampliarlo, identificando elementos echados de menos en el de su contraparte. En cuartillas anteriores se adelantó que son las partes los primeros obligados a valorar tanto el dictamen propio como el de su contendiente procesal, haciendo control de los requisitos formales, como elementos necesarios para el decreto de la prueba.

En tal sentido es claro Martín Bermúdez Muñoz al señalar:

“El objeto del dictamen de parte es demostrar una afirmación del demandante en la cual se funda una pretensión o una afirmación de la demandada en la cual funda una excepción, lo que debe buscarse con el dictamen que se pide

¹⁴² Morales Rivera, Rodrigo (2016). Op. Cit. pág. 621

para ejercer el derecho de contradicción (contradictamen) es restarle convicción al primer dictamen, pues de este modo la afirmación del demandante (o del demandado en el caso de la excepción) se quedará sin demostración”¹⁴³.

Y es que la regulación del dictamen pericial, por el Código General del Proceso, introdujo de manera clara el matiz adversarial del que carecía esta prueba en normativas precedentes, lo que brinda a las partes la oportunidad de exponer y atacar de manera directa el contenido de las experticias y una mejor oportunidad de que lo alegado al respecto sea efectivamente escuchado por el juez.

En todo caso, no debe perderse de vista que corresponde al perito actuar con independencia y probidad¹⁴⁴. Se le exige que, pese a ser contratado, por una de las partes, para dictaminar, emita un concepto que contenga un resultado objetivo y veraz de su estudio y es deber tanto de las partes, como del juez, verificar que ello se cumpla. Y para los extremos procesales no hay mejor oportunidad que el periodo de contradicción para exponer al interior del proceso las falencias del dictamen aportado por su contendor.

Tratándose de dictamen de parte, su contradicción da inicio con el escrito de oposición, bien presentando un nuevo dictamen y/o convocando al especialista a audiencia para ser interrogado sobre las condiciones y cualidades que lo hacen experto sobre la materia objeto de estudio, los medios técnicos, condiciones y factores metodológicos usados para la construcción del dictamen y respecto del contenido sustancial del mismo.

Los peritos de parte convocados a la audiencia se encuentran en obligación de asistir a ella so pena de dejar sin valor el dictamen rendido, salvo fuerza mayor o

¹⁴³ Bermúdez Muñoz, Martín (2012). Op. Cit. pág. 138-139.

¹⁴⁴ Artículo 226, parágrafo 4. Ley 1564 de 2012.

caso fortuito¹⁴⁵. Y una vez allí, deben responder a interrogatorio del juez y del contendiente procesal de quien los haya contratado, brindando las explicaciones que resulten necesarias sobre las formas técnicas y la naturaleza de las conclusiones expuestas, con particular atención en los casos que la prueba aportada por su contraparte resulte contradictoria, pues es claro que tratándose de un proceso adversarial el objeto de la segunda prueba de experto allegada al proceso será desvirtuar la aportada por el contendiente, lo que en sí mismo supone exposición de argumentos más fundados en la defensa de la experticia aportada o en su rectificación.

Pues como señala Chaves, en su tesis doctoral, la actuación del perito en el juicio, *“también puede resultar en la rectificación del informe por el perito que lo emitió, en virtud del juramento o promesa de decir la verdad. No es que el perito no haya dicho la verdad en el dictamen, pero puede ser que en el acto del juicio conozca algún dato o información que no disponía al tiempo de emitir el informe y por ello le haga cambiar de opinión”*¹⁴⁶.

Este interrogatorio deberá operar con el esquema de interrogatorios cruzados, un modelo novedoso para el sistema procesal civil colombiano¹⁴⁷, el cual responde a la concentración de las actuaciones judiciales que trae consigo la oralidad, que para el caso se ejecutará en similares circunstancias a lo establecido por el Código de Procedimiento Penal¹⁴⁸, esto es, habrá una primera fase de interrogatorio y contrainterrogatorio, seguida de una fase de aclaraciones y refutaciones.

Mas, contrario a lo que ocurre en el proceso penal, el contrainterrogatorio no se encuentra limitado, formalmente, a los temas abordados en el interrogatorio, lo

¹⁴⁵ Artículo 228, inciso 1. Ley 1564 de 2012.

¹⁴⁶ Chaves, Manoel Matos de Araujo (2012). Op. Cit. pág. 175.

¹⁴⁷ Artículo 221, numeral 4, ibíd.

¹⁴⁸ Artículo 391, Ley 906 de 2004.

que guarda mayor relevancia para la declaración de testigos que del perito, pues a nuestro juicio, el tema de declaración de éste se encuentra definido desde el traslado mismo de la experticia.

Alejandro Decastro González, propone en “*El alcance del conainterrogatorio*”¹⁴⁹ que, teniendo presente que con excepción a la Ley 906 de 2004 en el sistema jurídico colombiano “*no se consagran normas que señalen expresamente cuál es el ámbito o alcance permitido al conainterrogatorio con respecto a los temas tratados durante el interrogatorio*”, se dé aplicación a la práctica tradicional, la que consiste en “*que las preguntas y las respuestas sean pertinentes y conducentes para establecer los hechos objeto de investigación o juzgamiento*”.

Sustenta su tesis en la obra clásica de Antonio Rocha “*De la Prueba en Derecho*” de donde procede a citar lo siguiente:

“El juez tiene una facultad muy preciosa en frente de un contra-interrogatorio y es saber si la contra-interrogación llena el requisito de ser conducente al mismo punto y en general al juicio; *porque suele suceder que el medio de repreguntar sea ocasión para hacer preguntas sobre hechos que oportunamente no se hicieron*. Si a mí me preguntan sobre las condiciones en que presencié la hechura de un documento o la manera como una obligación se contrajo, o como se produjo un hecho ilícito que causa una indemnización, *no se me puede preguntar ni repreguntar sobre un hecho extraño, que no tenga relación con aquello que se quiere averiguar por medio del interrogatorio*. El juez tiene la facultad de limitar la contra-pregunta en orden a la conducencia del mismo hecho y *no permitir que el derecho a contra-preguntar sea un motivo o pretexto para obtener pruebas que no se pidieron en su oportunidad o por la vía legal*” (cursivas de origen).

¹⁴⁹ En: Criterio Jurídico Vol. 8, No. 2 (2008-2). Santiago de Cali. pp. 171-200

De esta y una serie de tesis adicionales concluye que el contrainterrogatorio debe limitarse por regla general a los temas abordados en el interrogatorio, pero que el juez debe fijar el tema haciendo uso de un criterio amplio sin que sea determinante el lenguaje usado por el interrogado. Exceptúa de estas reglas el contrainterrogatorio tendiente a poner en duda la credibilidad del testigo, *“pues por regla general el contrainterrogatorio puede abordar cualquier tema cuando se orienta a cuestionar la credibilidad”*.

Como ya fue precisado, cuando se trate de contrainterrogatorio a perito, el tema debe ser expandido a todo el contenido del dictamen arrimado al proceso, sin consideración a si hubo apartes del mismo que fueron o no mencionados durante el interrogatorio directo, pues, el objeto de este es introducir el dictamen al proceso y en consecuencia el alcance del contrainterrogatorio debe ser aquello a lo que tiende el interrogatorio directo, pues su objetivo es refutar, poner en duda y modificar lo que en el dictamen se concluyó.

En este aspecto se debe tener presente que el dictamen reposa por escrito en el expediente y tanto el documento escrito como lo actuado en audiencia hacen parte integral del dictamen, ya que la ley impone que para apreciarlo debe tenerse en cuenta el comportamiento del perito en la audiencia¹⁵⁰, así pues, no puede limitarse el alcance del contrainterrogatorio a lo interrogado y favorecer con ello la habilidad de la parte que pretende introducir su prueba, dejando a la contraparte la única posibilidad de refutar la credibilidad técnica del perito sin que se efectúe un análisis de fondo al aspecto sustancial del dictamen.

6.2. Valoración de la prueba pericial por el juez

El actual estadio de desarrollo del Estado de Derecho exige celeridad en la función jurisdiccional y requiere también, cada vez más, que el juez legitime

¹⁵⁰ Artículo 232. Ley 1564 de 2012.

constitucionalmente el ejercicio de su función mediante la concreta motivación de sus decisiones en una sentencia, para lo cual se le imprime la obligación de valoración de la prueba, esto es, que mediante un proceso mental declare que unos hechos específicos han sido o no comprobados, como resultado de unas pruebas practicadas dentro del proceso judicial¹⁵¹, analizadas estas como un todo, pero dando cuenta de cada una individualmente considerada.

Se han establecido unos sistemas de apreciación de la prueba que confieren facultades al juez para valorar los medios de prueba, bajo unos métodos de razonamiento, con la aspiración de alcanzar la “verdad real” de los hechos objeto de verificación¹⁵² y que le exigen al juez la expresión de las razones de la decisión¹⁵³, que se distinguen entre uno “*de prueba legal (o tasada)*” y otro “*de libre valoración. En los primeros se atribuye a la prueba un efecto determinado; en los segundos se somete a las reglas de la sana crítica*”¹⁵⁴.

El sistema vigente de libre valoración o sana crítica “*implica que en la valoración de la prueba el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre estas y los hechos motivo de análisis.*

¹⁵¹ Abel Lluch, Xavier (2012). La valoración de la prueba científica. En: Bustamante Rúa, Mónica. M. ed., *Derecho Probatorio Contemporáneo prueba científica y técnicas forenses*, 1a. ed. Medellín: Universidad de Medellín. pág. 245.

¹⁵² Varela, Casimiro A. (1999). Valoración de la prueba. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea. pág. 150-151.

¹⁵³ No se incluye entre estos sistemas a la LIBRE CONVICCIÓN, por tratarse de un esquema de valoración, que no exige al fallador explicar los motivos de su decisión y presupone la ausencia de las reglas que predeterminan el valor de la prueba e implica que la eficacia de cada una para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, generando excesiva incertidumbre procesal. Véase Corte Constitucional. Sentencia C-202 de 8 de marzo de 2005. M.P.: Jaime Araujo Rentería. Bogotá, D. C. Abel Lluch, Xavier (s.f.). op. Cit. pág. 2. Varela, Casimiro A. (1999). Op. Cit. pág. 161-162, entre otros

¹⁵⁴ Abel Lluch, Xavier (s.f.). Valoración de los medios de prueba en el proceso civil. Disponible en internet: <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf>. pág. 2.

*“el criterio valorativo debe estar basado, en consecuencia, en un juicio lógico, en la experiencia y en los hechos sometidos al juzgamiento, y no debe derivar solo de elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica”*¹⁵⁵.

El último de los sistemas mencionados es el consagrado en los códigos modernos de procedimiento, en las varias ramas del Derecho, entre ellos el Código General del Proceso¹⁵⁶.

En jurisprudencia reciente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia destaca los componentes que constituyen el mencionado sistema, al señalar que se basa en principios, leyes, reglas y pautas propias de la lógica, la ciencia y la experiencia, que conforman un conjunto de elementos de convicción asociados a la apreciación racional del valor de las pruebas *“y no constituyen en sí mismas prescripciones, pues carecen de vinculación normativa, ya que asumen la apariencia de proposiciones del ser, es decir, de cómo son las cosas, no prescriptivas de cómo deberían ser. Son principios de contenido fáctico que se caracterizan por tener valor general, por ser variables, heterogéneas y estar en constante y permanente transformación, cabalmente por encontrarse fincadas en la cotidianidad del ser humano, sometidas, subsecuentemente, al dinamismo propio del acontecer social. De ellas se vale el juzgador para enjuiciar las diversas afirmaciones del proceso, rechazando aquellas que las contraríen y para aceptar y concordar las que se relacionen con la realidad social”*¹⁵⁷.

En lo que a la prueba pericial se refiere, la legislación procesal colombiana impone al juez la obligación de determinar la idoneidad para probar la afirmación de quien

¹⁵⁵ Varela, Casimiro A. (1999). Op. Cit. pág. 158.

¹⁵⁶ Artículo 176. *Apreciación de las pruebas*. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. / El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

¹⁵⁷ Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2004. Exp. 7549. M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá D.C.

la aporta, para lo que debe considerar el grado de especialidad del perito en el tema de estudio, además de los métodos empleados y los datos utilizados, al igual que las actuaciones periciales posteriores a la emisión del informe, como es el comportamiento del experto en juicio y la confrontación del dictamen con otras pruebas, para lo que particularmente deberá determinar si el mismo resiste o supera la crítica formulada por la contraparte, con la presentación de otro dictamen y con el interrogatorio en audiencia¹⁵⁸, todo ello de acuerdo con las reglas de la sana crítica¹⁵⁹.

Para establecer y cumplir con tal exigencia, el Código General del Proceso recogió, como requisitos mínimos para la práctica del dictamen, criterios¹⁶⁰ que se identifican con los establecidos por la jurisprudencia estadounidense ya relacionada, que a su vez han sido adoptados por legislaciones¹⁶¹ y teóricos del derecho continental¹⁶², con la finalidad de extender los mismos al análisis sustancial del medio de prueba, pues debe recordarse que en la jurisprudencia estadounidense sólo tienen como finalidad que el juez analice el aspecto formal y epistemológico de la prueba pericial para resolver sobre su admisión o exclusión de la práctica judicial, lo que incluye la fiabilidad de las conclusiones en atención al

¹⁵⁸ Muñoz Bermúdez, Martín (2012). Op. Cit. pág. 139.

¹⁵⁹ Artículo 232. Ley 1564 de 2012.

¹⁶⁰ Artículo 226. Ley 1564 de 2012. (...) El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones: (...) 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; / (...) 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.

¹⁶¹ Ejemplifica este caso la legislación española.

¹⁶² Taruffo, Chaves, Vázquez Rojas, Abel Lluch, entre otros

método de estudio del objeto de prueba y bajo el entendido que de superar el filtro judicial corresponderá a un jurado analizar y valorar el contenido sustancial de la prueba.

Mientras que en sistemas como el colombiano “*el mismo juez que decide la admisión valora en la etapa correspondiente también la suficiencia de todas las pruebas; comúnmente la etapa de admisión básicamente sirve como filtro para excluir las pruebas ilícitas y las eminentemente irrelevantes, pero no se valoran cuestiones sobre la suficiencia probatoria*”¹⁶³.

Tratándose de parámetros para valorar los medios de prueba, Taruffo, por ejemplo, elaboró basado en el precedente norteamericano *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals*, una lista de elementos a estudiar para la valoración de la prueba pericial científica o técnica¹⁶⁴: 1) el consenso general de la comunidad científica interesada; 2) la publicación en revistas sometidas al control de otros expertos, de la teoría o la técnica en cuestión; 3) el control y falsabilidad de la teoría científica o la técnica en la que se fundamenta la prueba; 4) el porcentaje de error conocido o potencial del método; 5) el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica aplicada¹⁶⁵.

Cada uno de los criterios de valoración tienen la finalidad de incrementar las posibilidades de encontrar errores metodológicos sustantivos en las experticias y, por tanto, valorar su fiabilidad al elevar el estudio crítico de los aspectos procedimentales de la prueba e igualmente favorece el estudio crítico de las

¹⁶³ Vázquez Rojas, María del Carmen (2014). Op. Cit. pág. 152.

¹⁶⁴ Taruffo, Michele (2008). La prueba. Op. Cit. Véase también Taruffo, Michele. (2012). La ciencia en el proceso: problemas y prospectivas. En: M. Bustamante Rúa, ed., *Derecho Probatorio Contemporáneo prueba científica y técnicas forenses*, 1a. ed. Medellín: Universidad de Medellín.

¹⁶⁵ Véase que el caso *Daubert* dio lugar a los factores que denominó 1. El sometimiento a prueba; 2. Las publicaciones y la revisión por pares; 3. El rango de error; 4. La aceptación general de la comunidad científica y propició la aparición de un quinto factor: la existencia de investigaciones científicas anteriores e independientes al proceso en cuestión llevadas a cabo por los peritos llevados al proceso, pues esto proveería el fundamento más persuasivo para concluir que el testimonio derivaba del método científico. En Vázquez Rojas, María del Carmen (2014). Op. Cit.

conclusiones del perito envuelto en las fórmulas de valoración de la sana crítica, libre valoración y prudente arbitrio (fórmulas generales) y de conclusividad, asertividad y ausencia de contradicciones (fórmulas particulares), pero además exige la aplicación de los cánones interpretativos de los métodos científicos para la validación judicial del conocimiento científico¹⁶⁶.

En este punto, es pertinente señalar que existe una corriente que distingue entre la prueba pericial y la prueba científica, por tratarse estas últimas de medios de prueba propiamente dichos de los que se pueden “*obtener conclusiones muy próximas a la verdad o certidumbre objetiva*”, imprimiendo a la prueba de una condición de seriedad e irrefutabilidad en sus conclusiones, por ser estas 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*”, lo que no exigiría el uso de los estándares de verificación distintos a los usados para las demás pruebas, en tanto esas conclusiones “*se parecen demasiado a las antiguas pruebas legales. Es decir, no obligan a seguirlas, pero apartarse de ellas sin justificación razonable y fundada, puede ser un motivo de arbitrariedad e ilegalidad*”¹⁶⁷.

Es por ello y en atención a que ninguna ciencia es infalible, que desde esta teoría se exige al juez que posea unos conocimientos básicos para valorar adecuadamente los métodos utilizados para la práctica de la prueba, “*dado que la inferencia probatoria no solo toma como reglas (...) máximas de experiencia y presunciones, sino también definiciones y teorías*”, lo que supone preparación epistemológica del juez sobre diversas áreas del saber científico que le permita interrogar de manera precisa, haciendo preguntas adecuadas, y estimar

¹⁶⁶ Abel Lluch, Xavier (2012). Op. Cit. pág. 262-263

¹⁶⁷ Gozaíni, Osvaldo Alfredo (2012). La prueba científica no es prueba pericial. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Vol. 38, No. 38. Bogotá D.C. – Colombia. pág. 201-202.

apropiadamente si la prueba objeto de estudio es fiable o no¹⁶⁸ dotando, a su vez, de mayor certeza y seguridad jurídica a la decisión.

Manoel Chaves, frente a esta solicitud de un juez dotado de saberes metodológicos y racionales, señala que la tendencia de incorporar a la doctrina procesal continental la tesis jurisprudencial estadounidense sobre las distintas áreas de la ciencia, no se trataría propiamente de la reformulación del sistema de la sana crítica, como por ejemplo lo señala Gozaíni¹⁶⁹, *“sino en la inclusión de nuevos conceptos en la valoración -intrínsecos al dictamen técnico o científico- y en la plasmación clara y objetiva en la sentencia de los diversos criterios tomados en cuenta por el tribunal para la valoración de la prueba pericial”* y agrega que se trata de *“paradigmas de valoración de la prueba pericial (...) aplicables con independencia de la naturaleza de la ciencia aplicada al caso concreto; es decir, no sería relevante si la ciencia es exacta o social, lo importante es la objetivación de los criterios de valoración judicial de la prueba pericial científica o técnica en el momento de dictar la sentencia”*¹⁷⁰.

A más de lo anterior, la obligación de motivación de la decisión contiene implícita la prohibición al juez de hacer uso de su conocimiento privado, por más que se trate de un especialista en el tema objeto de prueba pericial, para realizar el razonamiento que corresponde a los peritos, a menos que el raciocinio tenga origen en máximas de experiencia evidentes e indiscutibles¹⁷¹ o que se usen con el objeto de realizar una valoración más precisa y cualificada a la prueba pericial

¹⁶⁸ Taruffo, Michele (2006). Estudios sobre la prueba. 1ª edición. México: Editorial universidad nacional autónoma de México. 130-185. Citado por Perea Cuesta, Helver (2012). Valoración de la prueba científica en Colombia y su relación con el conocimiento privado del juez. Disponible en internet: www.ichdp.cl/wp-content/uploads/helver-perea-cuesta.pdf

¹⁶⁹ Gozaíni, Osvaldo Alfredo (2012). Op. Cit. pág. 211-215.

¹⁷⁰ Chaves, Manoel Matos de Araujo (2012). Op. Cit. pág. 99-100.

¹⁷¹ Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo. García Arcila, Óscar (2010). La relación de causalidad en la valoración de la prueba en la responsabilidad médica administrativa, estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado. En: Estudios de Derecho. Vol. 67, No. 150. Medellín. pág. 34. Véase cita a Devis Echandía en el mismo texto.

practicada, pero no para rechazarla o ignorar las conclusiones en ella contenida¹⁷².

En este sentido FONT SERRA expone:

“la ciencia privada del juez servirá sólo para valorar el resultado de la prueba pericial conforme las reglas de la sana crítica, pero el tribunal no podrá ampararse en la misma para considerarla inadmisibile en aquellos casos que el dictamen sea pertinente y útil”¹⁷³.

6.2.1. Facultad para apartarse del dictamen pericial

Al perito le corresponde explicar datos analíticos y técnicos por medio de conclusiones por las que se determinan significados o grados de probabilidad mientras que al juez le atañe ponderarlos con el acervo probatorio adicional¹⁷⁴. Esto es, el perito no juzga las consecuencias del hecho sobre el cual emite su opinión, pues no es su obligación resolver la controversia fáctica ni jurídica, tal labor le está reservada al juez¹⁷⁵.

En atención a la anterior división de tareas es que se ha considerado por la doctrina que “vincular la sentencia a las conclusiones del dictamen podría resultar en una temeraria e inconstitucional transferencia de potestad jurisdiccional a los peritos” y en cambio se estima que los jueces pueden “*no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro*”¹⁷⁶.

¹⁷² Chaves, Manoel Matos de Araujo (2012). Op. Cit. pág. 100.

¹⁷³ FONT SERRA, Eduardo. (2000), El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil, Madrid. Citado por Chaves, Manoel Matos de Araujo (2012). Op. Cit. pág. 100.

¹⁷⁴ *Ibíd.* pág. 267

¹⁷⁵ Nisimblat, Nattan (2011). Op. Cit. pág. 546.

¹⁷⁶ Chaves, Manoel Matos de Araujo (2012). Op. Cit. pág. 177.

Y es que la prueba pericial, materializada en el dictamen, no tiene o no debería tener el poder de determinar, con carácter absoluto¹⁷⁷, la dirección de la resolución judicial, ni tener preponderancia sobre los demás elementos de prueba sino que debe evaluarse su conexión con los hechos probados por las demás pruebas practicadas.

Tal análisis garantiza el cumplimiento de la carga de motivación de las sentencias, lo que en materia probatoria contemplaría la exposición de las fuentes o fundamentos de su convencimiento, pudiendo en tales casos separarse del contenido del dictamen, exponiendo el valor ponderado para cada medio de prueba y la razón por la que este se ajusta al concepto de justicia material en cada caso concreto o si es del caso demostrando el error cometido por el perito, pues es su obligación “*determinar el valor probatorio de un modo racional*”¹⁷⁸.

El juez debe, entonces, hacer un análisis valorativo complejo de las experticias que le son arrimadas al proceso, lo que comprende la verificación de los medios técnicos existentes, disponibles y efectivamente empleados y considerar en su apreciación la correcta aplicación de los referidos recursos¹⁷⁹.

La importancia de este análisis radica en que cuando el perito no toma en consideración los medios técnicos para emitir su dictamen impide que el juez pueda entender y verificar adecuadamente la coherencia de la experticia, ante la

¹⁷⁷ No bien hay supuestos concretos, en los cuales las pruebas periciales científicas alcanzan resultados de probabilidad muy cercana al 100% -como en el examen de ADN-, el juez queda prácticamente vinculado a admitir el resultado de la prueba pericial, incluso reconocer su preponderancia sobre los demás elementos de prueba. Sin embargo, debe recordarse que la validez del test genético depende de una serie de condiciones que relativas a la cualidad, a la recolección y a la conservación de los materiales genéticos examinados. Igualmente, se trata de una prueba que en algunos pocos casos puede resultar falsable ante la probabilidad que dos personas que pertenecen a una misma población presenten varios marcadores genéticos iguales, sin que ello signifique que comparten un mismo padre o siquiera que son familiares o, por el contrario, al tratarse de miembros de un mismo grupo familiar el perfil genético dé lugar a falsos positivos de paternidad.

¹⁷⁸ Taruffo, Michele (2012). Op. Cit. pág. 38.

¹⁷⁹ Chaves, Manoel Matos de Araujo (2012). Op. Cit. pág. 85-86.

carencia de fundamento razonable y, con ello, se ve menguada la posibilidad de socializar acertadamente, en la sentencia, las conclusiones expuestas en el dictamen.

Y es que la misión del juez, consiste en evaluar el informe tanto en su estructura formal como sustancial, para concluir sobre su valor probatorio, lo que logra tras establecer los motivos en que se sustenta y verificar que las conclusiones sean claras firmes y lógicas, así como para compararlo con las circunstancias fácticas expuestas por las partes y las demás pruebas aportadas al proceso, para comprobar si existe alguna que desvirtúe el dictamen¹⁸⁰.

Para ello, como ya se refirió previamente, la ley procesal colombiana dotó a esta prueba de unos elementos que permiten hacer control tanto en su aspecto formal como sustancial, al requerir que las partes presenten y revisen, en consideración al matiz adversarial, la fiabilidad e idoneidad del dictamen a partir del consenso de los pares en la metodología científica, técnica o artística, en la idoneidad del perito con la acreditación de su condición de experto y su independencia con la entrega de información relativa a sus estudios académicos y el esquema técnico de los estudios periciales llevados a cabo sobre el objeto de prueba, elementos que ayudan, igualmente, a establecer la calidad del dictamen y el grado de certeza de las conclusiones expuestas.

Jurisprudencialmente ha sido establecido sin reparo alguno que el juez goza de plena autonomía para calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de cada una de las pruebas arrimadas al proceso y, particularmente, de los fundamentos del dictamen pericial. Así, los juicios que sobre este realice gozan de la presunción de acierto y son inmodificables, siempre que la conclusión no resulte contraevidente, esto es, que el experticio no haya sido apreciado de manera

¹⁸⁰ Varela, Casimiro (1999). Op. Cit. pág. 100-101

distinta a como aparece producido y con lo que demuestra, entiéndase que no haya sido extraída de él una conclusión absurda o arbitraria¹⁸¹.

¹⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 6 de junio de 2006, SC-070. M.P.: Silvio Fernando Trejos Bueno. Bogotá D.C.

7. CONCLUSIÓN

La finalidad de los medios de prueba es otorgar conocimiento al juez sobre la forma como acaecieron realmente las circunstancias fácticas que le son expuestas por los contendientes procesales en la búsqueda de la satisfacción de sus intereses y con ello dotar de certeza sus decisiones, no obstante resulta imposible garantizar que el conocimiento brindado por aquellos medios corresponda a la forma como se vieron encarnadas esas circunstancias fácticas en la realidad, pues se trata de una simple representación que no en todos los casos la caracteriza fielmente.

Atendiendo a tal premisa, es natural que el juez no esté obligado a resolver los disensos judiciales acertando con la realidad material, esto es, no se exige que su decisión se encuentre acorde con lo realmente acontecido entre las partes, no obstante, debe garantizarle plenamente a aquellas la posibilidad de exponer a través de distintos elementos materiales la veracidad de los hechos alegados en el proceso.

El dictamen pericial, con las adecuaciones elaboradas por el Código General del Proceso, cumple esa función de manera relevante, en tanto permite que las partes ejerzan mayor control sobre el tema de prueba, al entregar a estas la facultad de designar al perito que habrá de adelantar el análisis del objeto de prueba a partir de un cuestionario creado sin la intervención de terceros ni contraparte.

Tal facultad trae consigo, a su vez, un mayor nivel de responsabilidad para las partes, pues deben estar atentas a verificar el cumplimiento de los requisitos introducidos en esta materia por el legislador, por la Ley 1564 de 2012, que dirigieron el análisis a las calidades del perito, para acreditar la prueba a partir del enjuiciamiento de la idoneidad e imparcialidad del auxiliar de la justicia que la

practicó; análisis que era extraño a la normativa del Código de Procedimiento Civil y subsecuentes modificaciones, ya que en éste la valoración de la prueba se circunscribía a la evaluación del contenido del dictamen rendido en términos de firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, para estimar su aptitud técnica y la racionalidad de las conclusiones realizadas frente al objeto de prueba, en atención al origen del mismo, que no es otro que un auxiliar de la justicia obligado a acreditar su capacidad y experiencia ante un ente designado para ello, debiendo los sujetos procesales confiar en la veracidad de las mismas.

Mientras que la norma procesal vigente pone sus ojos en la competencia profesional del perito que si bien no es criterio determinante por sí sola para establecer la validez del informe practicado, ni para estimar el grado de certeza de las conclusiones emitidas, sí es un elemento que define el decreto de la prueba pericial en conjunto con unos requisitos mínimos que pasan desde la formación profesional y experiencia del perito hasta los métodos y medios técnicos empleados y la coherencia histórica de su aplicación, como “formalismo” que debe acompañar la exposición de los razonamientos y conclusiones, elementos que, además, constituyen criterios de valoración del contenido sustancial del dictamen para la prosperidad o no de las pretensiones y excepciones.

El Código General del Proceso permite que el juez se acerque al objeto de controversia y a las partes en forma directa a través no solo de los documentos contentivos de los conceptos emitidos por los peritos sino además “humanizando” este medio de prueba, a través de una verdadera contradicción a partir de interrogatorios cruzados en audiencia, materializando el sistema adversarial.

Ahora, no es posible desconocer que pese a que el referido código estatuyó el sistema de comunicación oral de las actuaciones procesales, la prueba pericial continúa siendo fundamentalmente escrita, dando lugar a exposiciones orales de la misma, siempre que el perito sea citado por solicitud de la parte contra quien es

aducida u oficiosamente por el juez de conocimiento, excepción hecha de la pericia decretada de oficio cuya contradicción opera en audiencia, lo que implica la asistencia obligatoria del experto. Aunque no existe claridad en la norma sobre los efectos generados al proceso y a la prueba ante la inasistencia del perito, contrario a la pérdida de efectos probatorios del dictamen de parte a causa de la inasistencia del experto que lo haya practicado. A más que, no es clara la manera en que operará la contradicción del dictamen decretado por petición del amparado por pobre

La ley 1564 de 2012 incluyó nuevos conceptos, intrínsecos al dictamen técnico o científico, para la valoración de la prueba pericial que corresponden a la adaptación a nuestra realidad jurídica de los criterios establecidos por la jurisprudencia estadounidense, especialmente, a partir del precedente *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, pero sin que pueda llegarse al rigor de rechazarla de plano por carecer de idoneidad técnica y/o científica, juicio de buena ciencia y mala ciencia, al no contar el juez nacional con la facultad para evaluar desde la etapa comunicativa los elementos sustanciales de la prueba allegada, lo que no le resta la facultad para rechazarla por incumplimiento de requisitos formales tales como la incorporación de información relativa a los procedimientos metodológicos llevados a cabo para la emisión del concepto, los documentos utilizados para la producción de la prueba y la experiencia del especialista que la practicó.

No es deleznable la posibilidad de evaluar la competencia técnica de la experticia allegada, pero la misma requiere de condiciones adicionales que no fueron previstas por la norma, como es además la exposición de los métodos que la comunidad de expertos en la materia ha indicado cómo los idóneos para estudiar objetos similares al que es materia de prueba, pues es una información necesaria para establecer que las metodologías usadas en el dictamen allegado fueron las adecuadas.

BIBLIOGRAFIA

Abel Lluch, Xavier. (2012). La valoración de la prueba científica. En: M. Bustamante Rúa, ed., *Derecho Probatorio Contemporáneo prueba científica y técnicas forenses*, 1a. ed. Medellín: Universidad de Medellín.

----- (s.f.). Valoración de los medios de prueba en el proceso civil. Disponible en internet: <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf>

Abel Lluch, Xavier. y Picó I Junoy, Joan (2009). *La prueba pericial*, Barcelona: Bosh, editor.

Azula Camacho, Jaime (2008). Manual de Derecho Procesal. Tomo VI Pruebas Judiciales. 3ª ed. Bogotá – Colombia: Temis S.A.

Bermúdez Muñoz, Martín (2012). Del dictamen judicial al dictamen de parte. Colombia: NET educativa.

Betancur Jaramillo, Carlos (1982). De la prueba judicial. 2ª ed. Medellín – Colombia. Biblioteca jurídica DIKÉ.

Carnelutti, Francesco (2000). La prueba civil, 2ª ed., ediciones Depalma, Buenos Aires.

Chaves, Manoel Matos de Araujo (2012). El dictamen pericial: criterios de valoración y su motivación en la sentencia civil. Tesis doctoral. Universidad de Burgos. Departamento de Derecho Público. Director: Pérez Gil, Julio. Burgos. Disponible en internet: <http://riubu.ubu.es//handle/10259/186>.

Decastro González, Alejandro (2008). El alcance del contrainterrogatorio. En: Criterio Jurídico Vol. 8, No. 2 (2008-2). Santiago de Cali.

De La Oliva Santos, Andrés. Díez-Picazo Giménez, Luis M. (2000) El proceso de declaración. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

Devis Echandía, Hernando (1969). Función y naturaleza jurídica de la peritación y del perito. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal.

----- (1976). Teoría general de la prueba judicial. t. I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía.

----- (1981). Teoría general de la prueba judicial. t. II. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía.

Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” (1989). Técnica probatoria. Curso de capacitación para jueces de la república. Bogotá D.E.: Talleres editoriales de la Imprenta Nacional de Colombia.

Fernández López, María A.; Rifá Soler, José María.; Valls Gombau, José F. (1992). Derecho Procesal Práctico, t. III, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

Font Serra, Eduardo. (2000). El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil, Madrid: La Ley.

Garay, Oscar E. y Otros. (2003). Responsabilidad Profesional de los Médicos. Editorial la Ley. Buenos Aires.

Giacomette Ferrer, Ana. (2013). Teoría general de la prueba: concordancia con la ley 1395 de 2010 y el código general del proceso. Medellín: Biblioteca jurídica DIKÉ.

Gómez Colomer, Juan Luís. Montero Aroca, Juan. Ortells Ramos, Manuel. (1989). Derecho Jurisdiccional, t. II, vol.1º. Barcelona: Librería Bosch.

González Pillado, Esther. Iglesias Canle, Inés. (2000). La prueba pericial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. En: Revista Xurídica Galega, núm.27, 2º trimestre 2000.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo (2012). La prueba científica no es prueba pericial. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Vol. 38, No. 38. Bogotá D.C. – Colombia.

Guasp, Jaime (1947). Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid. t. II, vol.1º, 2ª parte, M. Aguilar, editor.

Illescas Rus, Ángel Vicente (2000). La Prueba Pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Navarra. ed. Aranzadi.

Lessona, Carlos (1942). Teoría general de la prueba en derecho civil, t. IV, Madrid: Instituto Editorial Reus.

López Blanco, Hernán Fabio (2008). Instituciones del derecho procesal civil colombiano. Bogotá D.C. – Colombia: Dupre Editores.

Nisimblat, Nattan (2011). Los Medios de Prueba en Particular, [en línea], Universidad Católica de Colombia. Febrero de 2011. Los Medios de Prueba en

Particular. Disponible en Internet:
http://nisimblat.net/images/LIBRO_MEDIOS_DE_PRUEBA-9.pdf.

----- (2013). Derecho Probatorio. Introducción a los medios de prueba en el Código General del Proceso. Principios y medios de prueba en particular. Bogotá D.C. – Colombia: Ediciones doctrina y ley Ltda.

Parra Archila, María Victoria (2016). Algunos aspectos sobre la prueba pericial. En: XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal (memorias). Instituto Colombiano de Derecho Procesal - Universidad Libre. Bogotá D.C. – Colombia.

Parra Quijano, Jairo (2007). Manual de derecho probatorio. 16ª ed. Bogotá D.C. – Colombia: Librería ediciones del profesional Ltda.

Perea Cuesta, Helver (2012). Valoración de la prueba científica en Colombia y su relación con el conocimiento privado del juez. Disponible en internet: www.ichdp.cl/wp-content/uploads/helver-perea-cuesta.pdf

Ramírez Gómez, José Fernando (2000). La prueba documental. Teoría general. 7ª ed. Medellín: Señal Editora.

Rivera Morales, Rodrigo (2016). Problemática procesal en torno a la experticia en el CGP. En: XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal (memorias). Instituto Colombiano de Derecho Procesal - Universidad Libre. Bogotá D.C. – Colombia.

Rocha Alvira, Antonio (1990). De la prueba en derecho. Medellín – Colombia: Biblioteca jurídica diké.

Rosenberg, Leo (2004). La carga de la prueba. Buenos Aires: Ediciones jurídicas europa – américa.

Ruiz Jaramillo, Luís Bernardo (2007). El derecho a la prueba como derecho fundamental. En: Estudios de Derecho Vol. 64, No. 143. Medellín.

Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo. García Arcila, Óscar (2010). La relación de causalidad en la valoración de la prueba en la responsabilidad médica administrativa, estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado. En: Estudios de Derecho. Vol. 67, No. 150. Medellín.

Serra Domínguez, Manuel (1991). De la prueba de peritos. En: “Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales”, t. XVI, vol.2º, Albaladejo, M. (dir.), ed. Edersa.

Taruffo, Michele (2008). La prueba. (Manríquez, Laura y Ferrer Beltrán, Jordi, traductores). Madrid: Marcial Pons.

----- (2012). La ciencia en el proceso: problemas y perspectivas. En: M. Bustamante Rúa, ed., *Derecho Probatorio Contemporáneo prueba científica y técnicas forenses*, 1a. ed. Medellín: Universidad de Medellín.

Varela, Casimiro A. (1999). Valoración de la prueba. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Vázquez Rojas, María del Carmen (2014). La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación. Tesis Doctoral. Universidad de Girona. Departamento de Derecho Privado. Director: Ferrer Beltrán, Jordi. Disponible en internet: <http://www.tesisred.net/bitstream/handle/10803/284763/tmcvr.pdf?sequence=2> y <http://hdl.handle.net/10803/284763>

Decreto 1400 de agosto 6 de 1970. *“Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil”*. Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970.

Decreto 2651 de noviembre 25 de 1991. *“Por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales”*. Diario Oficial No. 40.177, del 25 de noviembre de 1991.

Decreto 2591 de noviembre 19 de 1991. *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*. Diario Oficial No. 40165 del 19 de noviembre de 1991.

Ley 446 de julio 7 de 1998. *“Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”*. Diario Oficial No. 43.335 de 8 de julio de 1998.

Ley 794 de enero 08 de 2003. *“Por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones”*. Diario Oficial 45058 de Enero 9 de 2003.

Ley 1564 de julio 12 de 2012. *“Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”*. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. Sentencia de 20 de febrero de 2014. Radicación número: 76001-23-31-000-2003-00002-01 (AP). C.P.: Danilo Rojas Betancourth. Bogotá, D.C.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia de 28 de septiembre de 2011. Exp. 15476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia de 25 de agosto de 2011. Exp. 14461, C.P. Danilo Rojas Betancourth

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-09005-01 (AG). C.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá D.C.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Radicación número 25000-23-27-000-2004-02049-01 (AP2049). C.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta. Bogotá, D.C.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 5 de marzo de 2008. Rad. 66001-23-31-000-1997-04013-01(16850). C.P.: Enrique Gil Botero. Bogotá, D.C.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia de 31 de octubre de 2007. Exp. 25177. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C.

Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Acuerdo No. 1518 de 28 de Agosto de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-124 de 1 de marzo 2011. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional. Sentencia T-264 de 3 de abril de 2009. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C.

Corte Constitucional. Sentencia C-202 de 8 de marzo de 2005. M.P.: Jaime Araujo Renteria Bogotá, D. C.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 6 de junio de 2006, SC-070. M.P.: Silvio Fernando Trejos Bueno. Bogotá D.C.

Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2004. Exp. 7549. M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá D.C.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto de 8 de septiembre de 1993. Exp. 3446. M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Bogotá, D.C.

Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil. Sentencia S-19 de 20 de mayo de 2010. Rad. 05001-31-03-012-2007-0127-01. M.P.: Sergio Gómez Rodríguez. Medellín.