

REQUISITOS MÍNIMOS DE LA PERICIA DE PARTE EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO: ¿CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD O DE VALORACIÓN?*

Semillero de Investigación de Derecho Procesal
Universidad de Antioquia

*Camilo Cárdenas Herrera, Jeniffer Melissa Mesa,
David Santiago Rojas, Mateo Fernando Múnera, Sebastián Pérez,
Danna Fernanda Espitia, Kelly Eliana Sánchez, Felipe Villa García
Daniel Eduardo Robledo*

Directores del Semillero: Oscar García y Luis Bernardo Ruiz

Resumen

La prueba pericial como instrumento para suministrar conocimiento experto al juez ha tenido un cambio relevante a partir de la implementación de un modelo de proceso civil adversarial. En este sentido, dentro de las novedades introducidas por el CGP se encuentra el abandono de la tradición del sistema de perito como auxiliar del juez, para presentar el dictamen pericial como herramienta de parte. Dentro de la regulación de este medio de prueba, se encuentran una serie de requisitos mínimos que debe contener el dictamen pericial contenidos en el artículo 226 de dicho estatuto, a los cuales el

* Artículo inédito.

Recibido el 30 de noviembre de 2018 – Aprobado el 30 de mayo de 2019.

Para citar el artículo: Cárdenas Herrera, Camilo; Mesa, Jeniffer Melissa; et ad. Requisitos mínimos de la pericia de parte en el Código General del Proceso: ¿criterios de admisibilidad o de valoración? *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 7, Julio - Diciembre de 2018. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 63-87.

Este escrito fue presentado como ponencia en el evento “Reflexiones de Derecho Procesal tercer encuentro: la prueba pericial”; celebrado en el mes de mayo de 2018 en la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: semilleroprocesaludea@gmail.com.

legislador no asignó una consecuencia frente a su incumplimiento, abriendo las puertas a un cuestionamiento en torno a su calidad, a saber: ¿se trata de criterios condicionantes de la admisibilidad de la prueba o de pautas orientadas a facilitar el ejercicio de valoración probatoria del juez? De tal suerte, este escrito pretende responder a esta pregunta, a partir de la revisión de las diferentes posturas que se han presentado sobre dicha problemática, teniendo en cuenta que la respuesta que se adopte tendrá una incidencia determinante sobre el derecho fundamental a la prueba.

Palabras clave: prueba pericial, admisibilidad, valoración, derecho fundamental a la prueba, contradicción.

Abstract

The expert evidence as an instrument to provide expert knowledge to the judge has had a relevant change based on the implementation of an adversarial civil process model. In this sense, within the novelties introduced by the CGP is the abandonment of the tradition of the expert system as an assistant to the judge, to present the expert opinion as a party tool. Within the regulation of this means of proof, there are a series of minimum requirements that must be contained in the expert opinion contained in article 226 of that statute, to which the legislator did not assign a consequence in case of non-compliance, opening the doors to a question about its quality: Are these criteria determining the admissibility of evidence or are they guidelines designed to facilitate the judge's evidentiary assessment exercise? In this way, this paper aims to answer this question, from the review of the different positions that have been presented on this problem, taking in consideration that the response adopted will have a decisive impact on the fundamental right to evidence.

Key words: expert evidence, admissibility, assessment, fundamental right to evidence, contradiction.

Introducción

El dictamen pericial como medio probatorio ha sido incluido en los ordenamientos jurídicos en atención a la necesidad de llevar conocimiento experto al juez, sobre ciertos temas o materias especializadas que están fuera de su alcance. Es ahí cuando la prueba pericial cumple su función, al "ofrecer al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para decidir el caso"¹.

Anteriormente, el Código de Procedimiento Civil -en adelante CPC- regulaba la prueba pericial acogiendo el sistema del perito como auxiliar de la justicia, siguiendo la tradición

¹ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 90.

del derecho continental, según la cual el perito funge como un ayudante del juez o tribunal, cuya función consiste en brindar información especializada en términos independientes e imparciales. Bajo este sistema, las partes hacen la solicitud de la pericia sin conocer las conclusiones a las cuales llegará el perito².

Con la entrada en vigencia del Código General del Proceso -en adelante CGP- se plantean una serie de cambios con respecto a la prueba pericial, pues se traslada a las partes la carga de aportar el dictamen en las oportunidades procesales dispuestas para ello, cuando el objeto litigioso requiera de conocimientos especializados que no posee el juez, o que aun teniéndolos, le está vedado utilizarlos. Este sistema se inspira en los sistemas de *common law*, en los cuales, "el demandante, antes de iniciar el proceso, obtiene la opinión del experto y la presenta como medio de prueba para demostrar las afirmaciones de su demanda"³. En estos ordenamientos, el perito es tratado como un "testigo experto", que goza de la posibilidad de "expresar su propia opinión sobre los hechos en disputa"⁴.

En palabras de Bermúdez "el cambio no significa simplemente escoger una opción más eficiente e incorporarla en un código: implica consagrar el derecho de prueba en un proceso adversarial"⁵. En consecuencia, se le impone a las partes la carga de acreditar y probar sus afirmaciones, saliendo del esquema tradicional de descargar dicha tarea en el juez, como es propio de los sistemas de tradición continental.

Ahora bien, dentro del conjunto de modificaciones introducidas por el CGP a la prueba pericial, se destaca la consagración particular de una serie de requisitos mínimos que debe contener el dictamen emitido por el perito, siendo incierto si los mismos deben considerarse como exigencias condicionantes de la admisibilidad de la prueba pericial presentada por las partes, o bien, como simples criterios orientadores destinados a facilitar la tarea de valoración del juez y, por ende, relacionados únicamente con la eficacia y capacidad suasoria que la pericia pueda tener.

Ante esta dificultad producto del mutismo del CGP, este escrito pretende ofrecer una serie de criterios a partir de los cuales se pueda realizar un ejercicio hermenéutico que permita conciliar ambas posturas y definir la calidad de cada requisito particular, teniendo siempre como norte la preocupación por salvaguardar el derecho constitucional a probar, sin violentar el derecho a la contradicción. Para desarrollar tal objetivo, se abordará en primer lugar la reforma introducida por el CGP en relación con los requisitos mínimos de la prueba pericial, haciendo hincapié en las motivaciones que la cimentaron; en segundo lugar se recogerán algunas propuestas que, a pesar de ofrecer una aparente respuesta

² Ibid., p. 93.

³ BERMÚDEZ, Martín. *Del dictamen judicial al dictamen de parte*. Bogotá: Legis, 2016, p. 2.

⁴ TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 90.

⁵ BERMÚDEZ, Op. cit., p. 2.

al problema planteado, no lo resuelven de manera adecuada; y en tercer lugar se plantearán los criterios que pueden contribuir a esclarecer eficazmente la calidad de cada requisito en clave del objetivo propuesto.

1. Reforma introducida por el CGP en relación con los requisitos mínimos de la prueba pericial

Anteriormente, apelando a lo que por lógica debía contener un dictamen pericial como medio para satisfacer una necesidad de conocimientos especializados, el CPC exigía en el numeral 6 del artículo 237, que el dictamen cumpliera con calidades genéricas de claridad, precisión y detalle, así como también que en el mismo se explicaran los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, junto con los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones. Habida cuenta de que en el modelo del CPC el dictamen era decretado como prueba antes de ser elaborado por el perito, resultaba claro que tales exigencias se orientaban a facilitar la tarea de valoración por parte del juzgador, de acuerdo con los parámetros establecidos para su apreciación contemplados en el artículo 241, referidos a los fundamentos del dictamen, la competencia de los peritos y las demás pruebas que obrasen en el proceso.

Dichas exigencias generales fueron recogidas por el CGP en el inciso 5° del artículo 226. No obstante, en el inciso 4°, dicha disposición también incorporó los deberes del perito de prestar juramento en relación con la independencia y real convicción profesional de su opinión mediante la firma del dictamen, y de aportar los documentos que lo fundamentan y que acreditan su idoneidad y experiencia; obligaciones a las cuales se sumó, en el inciso 6°, un listado de diez requisitos mínimos que debe contener el dictamen, consistentes en las siguientes declaraciones e informaciones:

1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.
2. La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.
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.
6. 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.
 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.

Tales deberes y requisitos no figuraban en el proyecto original del CGP⁶, el cual contemplaba como contenido integral del artículo 226 lo que al día de hoy es apenas su primer inciso. Y es que, en efecto, al interior de la Comisión Redactora del CGP solo se discutió en torno al cambio del modelo de perito como auxiliar de la justicia por el modelo actual de perito de parte, y frente a la necesidad de que el perito asistiera a la audiencia para ser interrogado por las partes y el juez, en el marco del interés por promover un sistema adversarial de contradicción del dictamen que se ajustara a la estructura del proceso por audiencias⁷, dejándose a un lado el tema de los deberes del perito y los requisitos mínimos del dictamen.

Sería, pues, en la ponencia presentada para el segundo debate en la Cámara de Representantes⁸, donde se plantearían algunas modificaciones frente al régimen de la prueba pericial y, más específicamente, el lugar en el cual se ampliaría el contenido del artículo 226, pese a que en el primer debate surtido en Cámara nada se dijo al respecto⁹. En ese orden de ideas, y recogiendo algunos aspectos de la regulación del CPC con el objetivo de racionalizar el uso del dictamen pericial y evitar así el entorpecimiento del

⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso número 119 del 29 de marzo de 2011. Proyecto de Ley número 196 en Cámara. Bogotá, D.C., 2011.

⁷ COLOMBIA, INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Actas número 30, 31 y 32 de la Comisión Redactora del Código General del Proceso. 2004.

⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso número 745 del 4 de octubre de 2011. Informe de ponencia para el segundo debate al Proyecto de Ley número 196 de 2011 en Cámara. Bogotá, D.C., 2011.

⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso número 499 del 2011. Acta número 62 de la Comisión en Cámara del 17 de Mayo de 2011. Bogotá, D.C., 2011.

proceso, se planteó la necesidad de establecer unos límites consistentes en que cada sujeto pudiera presentar un único dictamen, que el dictamen fuera rendido por un único perito y que se inadmitieran los dictámenes que versaran sobre puntos de derecho, propuesta que quedaría consignada en los incisos 2° y 3°. Asimismo, se introdujeron una serie de “deberes de revelación para el perito”, con el objetivo de facilitar “la apreciación del dictamen por parte del juez y, si es del caso, de la contradicción por la parte contra quien se aduce el dictamen”¹⁰, conformándose entonces la lista de requisitos contemplada en el inciso 6° del artículo 226 del CGP.

Estas modificaciones fueron aprobadas durante el segundo debate en la Cámara de Representantes¹¹, sin reparos ni discusiones, y sin siquiera haberse planteado cualquier tipo de argumento en relación con el sentido de la modificación, más allá de la misma motivación contenida en el texto de la ponencia presentada.

Sea de ello lo que fuere, tal y como fue advertido previamente, el asunto problemático estriba en que el legislador no determinó si tales requisitos fungen como condiciones específicas de admisibilidad de la prueba, o bien, como criterios orientadores de la tarea de valoración del juez, siendo ello de una importancia capital, pues en el modelo de prueba pericial acogido por el CGP, el dictamen primero es realizado por el perito y luego es sometido al examen de admisibilidad.

En consecuencia, si se aceptase que dichos requisitos son exigencias que condicionan la admisibilidad de la prueba, se podría deducir que su incumplimiento llevaría al rechazo del dictamen, en gracia de lo que sería una tesis limitativa del derecho constitucional a probar que le asiste a las partes. Por el contrario, si se admitiese que dichos requisitos son pautas destinadas a facilitar la apreciación del dictamen por parte del juez, habría lugar a concluir que su incumplimiento se vería reflejado en una disminución de la eficacia suasoria de la prueba. Sin duda alguna, esta última interpretación es más respetuosa del derecho constitucional a probar, pero también más lesiva del derecho a la contradicción de la parte contra quien se aduce el dictamen, pues ante la eventual escasez de información, será poco lo que esta pueda hacer en sede del interrogatorio para evidenciar contradicciones, sesgos, o cualquier otro tipo de cuestión que pueda fracturar los fundamentos del dictamen o desacreditar la idoneidad del perito, quedando como única alternativa eficaz de contradicción la de presentar otro dictamen, con todos los problemas que ello puede aparejar, destacándose por ejemplo los costos económicos.

2. Algunas soluciones y propuestas poco adecuadas

¹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso número 745 del 4 de octubre de 2011, Op. cit., p.20.

¹¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso número 995 de 2011. Acta número 94 de la Sesión Ordinaria en plenaria de Cámara del 18 de octubre de 2011. Bogotá, D.C., 2011.

Esbozado el problema en relación con la incertidumbre sobre la calidad de los requisitos mínimos del dictamen pericial contenidos en el artículo 226 del CGP, así como la importancia que dicha dificultad reviste de cara al derecho a probar y el derecho a la contradicción, conviene ahora centrarse en algunas propuestas que pueden plantearse como solución, pero que, por razones vinculadas con la estructura institucional del proceso civil colombiano, o por perder de vista el problema central, se consideran inadecuadas. Estas propuestas son: i) los requisitos mínimos como deberes de revelación similares a los contenidos en las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses, tesis que se deriva de la motivación que cimentó la modificación del artículo 226 del CGP durante el trámite legislativo¹², así como de los planteamientos de Marco Antonio Álvarez¹³; ii) los requisitos mínimos como criterios de admisión de la prueba orientados a controlar la fiabilidad del conocimiento experto introducido en el proceso, postura que podría esgrimirse con base en la relevancia que ha adquirido la trilogía Daubert en el seno de la doctrina procesal; y iii) los requisitos mínimos como cargas procesales cuyo incumplimiento genera desfavorecimientos probatorios por vía de indicios endoprocesales, tesis que se deriva de un ejercicio de interpretación sistemática entre los artículos 226, 241 y 280 del CGP.

2.1. Requisitos mínimos como deberes o reglas de revelación, al compás de la Regla 26 (a) (2) (B) de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses

En razón de la propuesta realizada por las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses, se tiene que los requisitos del artículo 226 del CGP encuentran en aquellas una inspiración, pudiendo fungir como parámetros de descubrimiento probatorio, también llamado *discovery* en el ámbito anglosajón¹⁴. Con fundamento en el modelo adversarial de los sistemas procesales, en especial con la iniciativa probatoria a cargo de cada una de las partes, la figura del descubrimiento probatorio cobra importancia en relación con la finalidad de alcanzar la verdad, como fin de los procesos jurisdiccionales.

Ahora bien, la búsqueda de la verdad no es la única finalidad del descubrimiento probatorio, ya que también se presenta como una de las condiciones necesarias para producir la herramienta epistemológica más importante con la que cuenta el juez para valorar las pruebas: la contradicción. Para poder hacer uso de este instrumento las partes deben contar con la información suficiente para poder rebatir o, por lo menos, hacer un intento de esto frente a las pruebas de la contraparte, teniendo como consecuencia que

¹² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso número 745 del 4 de octubre de 2011, Op. cit., p.20.

¹³ ÁLVAREZ, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen III*. Bogotá: Temis, 2017, p.282-284.

¹⁴ ÁLVAREZ, Marco Antonio. Op. cit., p. 284.

procesalmente se limite la posibilidad de que las partes se sorprendan en la respectiva etapa de juicio, situación que llevaría a una inadecuada forma de debatir¹⁵.

Sin hacer un análisis exhaustivo sobre las excepciones que se pueden dar a esta regla, se tiene que el no descubrimiento, o descubrimiento inadecuado de un elemento material probatorio genera la imposibilidad de que la parte que omitió este deber pueda convertir en prueba el respectivo elemento.

En el escenario anglosajón, esta figura tiene aplicación tanto en el proceso penal, como en el civil. En lo que concierne al proceso civil estadounidense, el *discovery* se encuentra consagrado en la Regla 26 de las *Federal Rules of Civil Procedure*. El aspecto más relevante, de acuerdo al objeto de este escrito, se encuentra en el numeral 2, referido al descubrimiento del testimonio experto¹⁶, en el cual se establecen una serie de criterios que debe cumplir el documento presentado como base de opinión pericial para que se produzca un descubrimiento pleno, dentro de los cuales se encuentra una similitud a los señalados en el artículo 226 del CGP, verbigracia: la lista de las publicaciones escritas por el perito (numeral 4), o los casos durante los últimos 4 años anteriores en los cuales haya participado (numeral 5).

Como puede evidenciarse el concepto de descubrimiento probatorio no solo implica una serie de contenidos sobre la contradicción y la búsqueda de la verdad, sino que también enrola todo un sistema procesal que se denomina adversarial, en donde el desarrollo del proceso es controlado por las partes y el juez se mantiene esencialmente pasivo¹⁷. El diseño institucional de este tipo de procesos determina la funcionalidad de las normas que se remiten a la investigación racional de los hechos por parte del juzgador.

La estructura del proceso civil colombiano se caracteriza por la prevalencia de la concentración y la economía procesal, sin que existan etapas flexibles y previas al proceso donde se produzca un descubrimiento de información sometida a una serie de reglas de

¹⁵ VÁZQUEZ, Carmen. “Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica”. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. No. 11 enero - diciembre, 2017. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 373.

¹⁶ Witnesses Who Must Provide a Written Report. Unless otherwise stipulated or ordered by the court, this disclosure must be accompanied by a written report—prepared and signed by the witness—if the witness is one retained or specially employed to provide expert testimony in the case or one whose duties as the party’s employee regularly involve giving expert testimony. The report must contain:

(i) a complete statement of all opinions the witness will express and the basis and reasons for them;
(ii) the facts or data considered by the witness in forming them;
(iii) any exhibits that will be used to summarize or support them;
(iv) the witness’s qualifications, including a list of all publications authored in the previous 10 years;
(v) a list of all other cases in which, during the previous 4 years, the witness testified as an expert at trial or by deposition; and
(vi) a statement of the compensation to be paid for the study and testimony in the case. Extraído de www.law.cornell.edu
https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26

¹⁷ DAMASKA, Mirjan. *El derecho probatorio a la deriva*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 60.

revelación, cuya inobservancia se traduzca en la imposibilidad de utilizar la prueba en el proceso. En contraste, el CGP contempla una serie de oportunidades probatorias delimitadas y rígidas, en donde las partes deben presentar y solicitar las pruebas que quieran hacer valer en el proceso. Ahora bien, en relación con la omisión de los requisitos de información mínimos del dictamen pericial, se tiene que ello no daría lugar a la imposibilidad de utilizar dicha prueba, sino a que las informaciones pretermitidas no puedan ser utilizadas en el juicio, sin perjuicio de algunos requisitos que puedan ser considerados como criterios de admisibilidad, como más adelante se planteará. En igual sentido, tampoco existe algún tipo de fundamento constitucional o legal, como sí lo hay en materia procesal penal, donde el artículo 250 de la Constitución Política indica que en el escrito de acusación la Fiscalía deberá suministrar todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado, so pena de no poder ser utilizados en el juicio; disposición que se concreta en el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

2.2. Los criterios de la trilogía Daubert

El modelo de pericia de parte, que tiene su mayor expresión en el proceso anglosajón donde ha sido implantado a partir de la revolución adversarial de finales del siglo XVIII¹⁸, suscitó una crisis de fiabilidad en los testigos expertos, generando la necesidad de control sobre la admisibilidad de los dictámenes periciales que ingresan al proceso. Es por esto que la regulación de la admisibilidad de la prueba pericial ha tenido un desarrollo fundamental a partir de las reglas jurisprudenciales creadas por la Corte Suprema de Justicia, basadas en las *Federal Rules of Evidence* la cual ha sido denominada como trilogía Daubert.

Las reglas jurisprudenciales que trae la trilogía Daubert, se dan a partir de tres fallos, iniciando en el año 1993 con el caso *Daubert vs Merrell Down Pharmaceuticals Inc.*, continuando su desarrollo con el caso *General Electric Co. vs Joiner* en 1997 y finalizando con *Kumho Tire Co. Ltd. vs Carmichael* en 1999, buscando determinar la fiabilidad de la prueba pericial a partir del carácter experto que pueda predicarse del objeto de conocimiento que se intenta ingresar al proceso. Dichas reglas aluden al rol de *gatekeeper* que debe desempeñar el juez y a cuatro criterios que este debe tener en cuenta para admitir la prueba, a saber: i) falsabilidad, si la teoría o técnica en cuestión puede ser, y ha sido, testada; ii) si la teoría o técnica ha sido publicada y sometida al proceso de revisión de pares; iii) estandarización, referente al margen de error conocido o potencial, y el mantenimiento de controles estandarizados en la ejecución de la técnica; y iv) aceptación

¹⁸ GOLAN, Tai. "Revisiting the history of scientific expert testimony". *Brooklyn Law Review*. vol. 73, no. 3, 2008, p. 882.

general, si los métodos y técnicas usadas han obtenido aprobación general dentro de la comunidad científica¹⁹. Por último, dichos criterios deben ser flexibilizados cuando se trate de conocimiento experto de carácter técnico.

Así las cosas, una interpretación que podría plantearse es que los requisitos establecidos en el artículo 226 del CGP son de admisibilidad, en tanto encuentran una inspiración en los criterios contenidos en las reglas jurisprudenciales de la trilogía Daubert. Sin embargo, si se observa con detenimiento, no es posible afirmar esto, toda vez que los requisitos del CGP están orientados a ofrecer información en relación con la manera en la cual fue realizado el dictamen, la idoneidad de quien lo suscribe, su coherencia y su imparcialidad; mientras que, por el contrario, las reglas propuestas en el modelo civil estadounidense se dirigen a controlar directamente la fiabilidad del conocimiento que ingresa al proceso. Asimismo, conviene indicar que, dentro de los requisitos del artículo 226 del CGP, el único que podría asociarse con los criterios planteados en la trilogía Daubert es el numeral 4, referido a la lista de publicaciones; empero, tal requisito solo se refiere a publicaciones realizadas por el perito que soporten su coherencia, y no sobre la materia objeto de la experticia en términos generales, a lo cual se suma el hecho de que no se exige una revisión de pares. Finalmente, se considera que es importante establecer la fiabilidad del conocimiento en los casos donde el juicio de admisibilidad versa sobre *junk science* o conocimiento basura; no obstante, no se estima pertinente adoptar las reglas Daubert como solución a dicho problema, pues el criterio de utilidad en la admisibilidad puede fungir como estándar para evitar pruebas que no puedan acreditar ningún hecho dentro del proceso.

2.3. Requisitos mínimos como cargas procesales que generan desfavorecimientos probatorios y le permiten al juez extraer indicios

Una de las posibles formas de determinar cuál es la calidad de los requisitos de la prueba pericial, especialmente los consagrados en el artículo 226 del CGP, esto es, si son requisitos de admisibilidad o de valoración probatoria, se erige en la noción de carga probatoria formando indicios a partir de las conductas de las partes. Así las cosas, es menester definir la noción de carga procesal, a partir de allí estudiar la carga probatoria de manera específica, para finalmente abordar los indicios, siendo la inobservancia de la carga una forma de generarlos.

Según Devis Echandía la carga procesal se define como, “el poder o facultad de ejecutar libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 1993.

a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables”²⁰. Se infiere, entonces, que en el ejercicio del litigio se determina a una de las partes para que realice una actuación procesal de interés particular, que si bien no puede ser exigida por nadie, su incumplimiento conlleva un resultado adverso. Lo anterior puede observarse, entre otros, en el artículo 317 del CGP que consagra como resultado perjudicial la terminación del proceso cuando no se cumpla con una carga procesal de la cual dependa la continuidad del mismo.

En una relación de género y especie, siendo la carga procesal género, la carga probatoria se identifica como una especie relevante, en el entendido de ser un desfavorecimiento directamente encaminado a la convicción del juez; esto es, la concepción de verdad sobre los hechos del proceso. En principio, debe mencionarse la dualidad para entender el concepto: por una parte es concebida como una regla de juicio para evitar fallos inhibitorios y definir el fondo del litigio; y también se entiende como una regla de conducta para la parte, que le indica qué debe probar para que sus pretensiones o excepciones sean fundadas. De tal suerte, según Devis, se define la carga de la prueba como una “noción procesal que contiene la regla de juicio por medio del cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte”²¹.

Vista la noción de carga procesal, el criterio analizado se propone a partir de determinar sobre quién recae la carga de la prueba que no fue aportada, para generar un indicio en su contra, entendido este como “cualquier hecho conocido del cual se infiere, por sí solo o conjuntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido”²². Esta posición encuentra un sustento normativo en el artículo 241 del CGP que establece que “el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes”, permitiendo así que la carga de la prueba no solo tenga el efecto de regla de juicio cuando no hay suficiente material probatorio para definir el fondo del litigio, sino que además otorga la posibilidad de establecer un hecho no conocido a partir de la inobservancia de la carga.

Si bien este planteamiento resulta conducente para determinar los posibles efectos del incumplimiento del lleno de los requisitos establecidos para la prueba pericial: i) no hay claridad acerca de cómo formular el indicio para establecer el hecho indicado, es decir, ¿el indicio se construye en contra de lo que se pretendía probar con el dictamen o contra el fundamento fáctico de la pretensión en general?; y ii) ello no resuelve el problema planteado, toda vez que no define la calidad de dichos requisitos, dado que, como se mencionó anteriormente, esta postura se orienta a determinar las consecuencias

²⁰ DEVIS, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal: Pruebas Judiciales*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1994, p.148.

²¹ *Ibid.*, p. 151.

²² *Ibid.*, p.505.

indiciarias que puede tener el incumplimiento de los requisitos del artículo 226, pero no si los mismos son criterios condicionantes de la admisibilidad o la valoración de la prueba.

3. Criterios a tener en cuenta para determinar la calidad de cada requisito

Abordadas las anteriores propuestas en torno a la calidad de los requisitos mínimos del dictamen pericial contenidos en el artículo 226 del CGP y las consecuencias de su incumplimiento, consideradas como inviables por las razones expuestas, es pertinente a continuación plantear los criterios que se deben tener en cuenta para determinar adecuadamente la calidad de tales requisitos, en el marco de una postura que procure salvaguardar el derecho constitucional a probar, sin violentar el derecho a la contradicción. Así las cosas, se presentará: i) una conceptualización sobre los requisitos intrínsecos y extrínsecos que condicionan la admisibilidad de la prueba; ii) la idea del derecho a la contradicción como límite del derecho a la prueba y determinante de los requisitos de admisión; y iii) un ejercicio de interpretación sistemática entre los requisitos mínimos del artículo 226 del CGP y las directrices de apreciación del dictamen pericial, contenidos en el artículo 232 del CGP.

3.1. Requisitos intrínsecos y extrínsecos de los actos de prueba

Esta alternativa a la problemática planteada por el artículo 226 CGP, requiere retomar en primer lugar lo que se ha entendido por admisión de las pruebas en el proceso. Para ello, se recoge la conceptualización realizada por Devis Echandía, quien entiende por admisión “el acto procesal por el cual el juez accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como elemento de convicción en ese proceso y ordena agregarlo o practicarlo, según el caso”²³; en otras palabras, es el juicio que realiza el juez cuando se propone la prueba, para decidir si permite o rechaza su ingreso al proceso.

Para llenar de contenido el juicio de admisibilidad Devis Echandía²⁴ menciona que el juez deberá verificar en cada caso, si se cumplen ciertos requisitos, que clasifica en dos categorías: requisitos intrínsecos y requisitos extrínsecos. Los primeros son aquellos inherentes a la actividad probatoria en sentido genérico, y son:

i) Conducencia: es la relación legal entre el medio y el hecho, es decir, que el medio de prueba a utilizar, legalmente sirva para establecer el hecho que se desea probar con él.

²³ DEVIS, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial. TOMO I*. Buenos Aires: Víctor P de Zavalía Editor, 1970, p.282.

²⁴ *Ibid.*, pp. 277-278.

ii) Pertinencia: alude a la relación del hecho que se pretende probar con el objeto del litigio. Por tanto, se habla de prueba impertinente cuando el hecho del que se quiere convencer al juez no se relaciona en ningún aspecto con la materia del proceso.

iii) Utilidad: que la prueba a ingresar al proceso sirva para algo, es decir, para apreciar o aclarar algún detalle de los hechos, o ser convincente, que influya en la decisión del juez frente a los hechos objeto de litigio. Este requisito no debe confundirse con la eficacia y convicción de la prueba, puesto que son cuestiones propias de la etapa de valoración.

iv) Picó i Junoy²⁵ recoge estos requisitos y adicionalmente menciona el criterio de la licitud, según el cual no pueden ingresar al proceso aquellas pruebas que hayan sido obtenidas vulnerando derechos fundamentales.

El requisito de la licitud de la prueba viene dado en el ordenamiento jurídico colombiano desde el artículo 29 de la Constitución Política, que consagra una regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso. Es menester diferenciar la prueba ilícita de la ilegal, no solo porque refieren a situaciones disímiles, sino porque su tratamiento conlleva diferentes consecuencias. La prueba ilegal, a diferencia de la ilícita, no recae sobre una violación a un derecho fundamental o mandato constitucional, sino sobre uno de índole legal; en pocas palabras, se habla de prueba ilegal cuando el medio probatorio infringe la ley que lo regula y la consecuencia que se deriva de ello se encuentra contenida en la misma normativa. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha planteado en relación con las consecuencias que se derivan de una u otra prueba que,

[...] la infracción de las normas que gobiernan la prueba, entraña la nulidad de pleno derecho prevista en el inciso último del artículo 29 de la Constitución Política, únicamente cuando atañen al flagrante desconocimiento de las garantías o derechos constitucionales. *Contrario sensu*, la contravención de otros derechos o garantías diferentes a los fundamentales, consagrados en normas legales o similares distintas de las constitucionales, generan su ilegalidad y, por lo mismo, su irregularidad. Las "ilícitas", son insubsanables y la nulidad actúa *per se*, de suyo y ante sí, *ope iuris*, en tanto, las "irregulares" o "ilegales" en línea de principio, admiten la posibilidad de saneamiento y presuponen declaración judicial²⁶.

v) Ausencia de prohibición legal: este último requisito refiere a que no haya prohibición legal de investigar o probar el hecho.

²⁵ JUNOY, Joan. "El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español". *Insituto de investigaciones jurídicas UNAM*, 2008. p.547.

²⁶ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de noviembre del 2009. M.P William Namén Vargas. Rad*11001-31-10-004-2004-00556-01.

Por su parte, los requisitos extrínsecos se relacionan con el medio probatorio y lo complementan. Estos son:

- i) Oportunidad procesal: que se realice la aportación o la solicitud de la prueba en el momento que la ley señale.
- ii) Formalidad adecuada, en el momento de su aportación o solicitud, según el caso: este requisito hace referencia a formalidades de tiempo, modo y lugar, que en lugar de limitar el derecho a probar, buscan garantizar derechos colaterales como la publicidad y la contradicción.
- iii) Competencia y capacidad del juez en el momento de la admisión, que no se encuentre inmerso en causal de impedimento.
- iv) Legitimación de quien solicita su admisión.

Esta propuesta para realizar el juicio de admisibilidad ha tenido amplia acogida en los ordenamientos jurídicos continentales, y actualmente se encuentra contemplada por el CGP en el artículo 168. Frente a estos requisitos, la Corte Suprema de Justicia ha planteado que su inobservancia, tanto de los extrínsecos como de los intrínsecos, genera un “error de derecho por violación de una norma probatoria”, por lo que en la admisión de las pruebas el juez debe verificar el cumplimiento estricto de tales requisitos. En este sentido:

[...] Las pautas formales para elaborar el juicio de admisibilidad y relevancia de la prueba están dadas de antemano por la ley, de manera que el juez debe verificar el cumplimiento estricto de tales requisitos, so pena de violar el debido proceso de las partes. En este punto no le es dable al juzgador entrar a discutir el mandato legal con la excusa de aplicar su *'sana crítica'*, pues -se reitera- las exigencias formales que deben cumplir los medios de prueba son establecidas por la ley y el sentenciador debe limitarse a obedecer estrictamente tales mandatos²⁷.

Ahora bien, hecha la conceptualización pertinente de estos requisitos para la admisión de las pruebas, es válido concluir que estos deben verificarse en todos los medios de prueba que se pretenden ingresar, sin que exista posibilidad de que el juez se aparte de ellos, pero nada dice esto sobre el contenido del artículo 226, en tanto, si bien podría darse que la ausencia de alguno de dichos criterios torne la prueba en impertinente o inútil, estos resultan insuficientes para determinar con exactitud la consecuencia del incumplimiento de todos los criterios contenidos en el mencionado artículo, con ellos, solo se determina que la prueba pericial de parte deberá admitirse si se solicita en el momento procesal oportuno y es pertinente, útil y lícita.

²⁷ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de marzo de 2017. M.P. Ariel Salazar Ramírez, Rad°11001-31-03-039-2011-00108-01

No obstante, el criterio de legalidad de la prueba permite el análisis de tres requisitos contenidos en el artículo 226, concretamente los incisos 2º y 3º, y el numeral 7 interpretado sistemáticamente con el artículo 50, que refieren a formalidades de índole legal y cuya inobservancia deriva en la inadmisibilidad, consecuencia que es asignada por la misma normativa que lo regula. Así:

- Inciso 2º: “Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial”.
- Inciso 3º: “No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera”.
- Numeral 7: “Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente”. Con relación a este criterio, debe hacerse una interpretación sistemática con el párrafo 3º del artículo al que hace mención, el cual consagra que: “No podrá ser designada como perito la persona que haya incurrido en alguna de las causales de exclusión previstas en este artículo”.

El criterio de legalidad permite resolver la problemática planteada en relación con los citados requisitos, y frente a los demás, de la propuesta abordada en este apartado se podría destacar como referente para darles solución, la idea de que como el juicio de admisibilidad de las pruebas está relacionado con el derecho fundamental a la prueba, no puede perderse de vista que para lograr su real eficacia es necesario hacer una lectura restrictiva de los postulados que pretendan limitarlo, y flexible frente aquellos que propendan por su garantía, para evitar así que formalidades excesivas obstaculicen la actividad probatoria de las partes, más aún, si se tiene en cuenta que su control no se limita a la etapa de admisión, sino que también puede darse en su práctica y posterior valoración.

3.2. Requisitos relacionados con el derecho a la contradicción como criterios de admisibilidad y límites del derecho a la prueba

La dicotomía planteada acerca de la comprensión de los requisitos mínimos del dictamen pericial como criterios de admisibilidad o valoración, analizada desde una óptica constitucional, conlleva a develar una tensión entre diferentes derechos; principalmente entre el derecho fundamental a la prueba y la garantía de la contradicción comprendida en el derecho fundamental al debido proceso.

La Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental que adquiere el derecho a la prueba dentro de un proceso judicial²⁸, ya que de su ejercicio efectivo depende la solución del caso y la materialización de otros derechos fundamentales, siendo las partes las llamadas a probar aquellos supuestos de hecho de las normas que busquen ser aplicadas para la solución del caso. El derecho fundamental a la prueba ha sido definido como “la posición jurídica fundamental que posee, en razón de la CP y la ley, aquel que tiene el carácter de parte o de alguna forma de interviniente o que pretende serlo en un futuro proceso, consistente en la exigencia al juez del aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba propuesta con el fin de propender por la formación de la convicción de éste sobre la verdad de los hechos que son presupuesto del derecho o del interés material que se disputa”²⁹.

Categorizar el derecho a la prueba como fundamental implica entenderlo con todas las características propias de esta clase de derechos, por lo tanto, cuenta con eficacia directa, posibilidad de protegerlo a través de acción de tutela, reserva de ley estatutaria y la imposibilidad de suspenderlo en los estados de excepción³⁰. De igual forma, desde su aspecto objetivo, el derecho fundamental a la prueba supone una lectura amplia y flexible de las normas probatorias.

Así las cosas, uno de los contenidos del derecho fundamental a la prueba consiste en el derecho que le asiste a la parte que aporta o solicita una prueba para que la misma sea decretada por el juez. No obstante, este derecho no es absoluto, pues, como se ha indicado anteriormente, el legislador puede establecer aquellos supuestos en los que el juez puede rechazar las pruebas a partir del correspondiente juicio de admisibilidad.

El juez tendrá que realizar el correspondiente juicio de admisibilidad de las pruebas aportadas o solicitadas por las partes, de acuerdo con los requisitos extrínsecos e intrínsecos de cada medio de prueba en particular. Ahora bien, este juicio no comporta un ejercicio de plena libertad -arbitrariedad, si se quiere- por parte de la autoridad jurisdiccional, en tanto el mismo solamente puede efectuarse a partir de los requisitos expresamente indicados por la ley procesal como requisitos para la aducción del medio de prueba. Esto es así ya que rechazar una prueba aportada o solicitada es una afectación al derecho fundamental a la prueba y, en ese sentido, solamente el legislador puede establecer los supuestos en los que el juez se encuentra habilitado para realizar el rechazo de plano, toda vez que la autoridad jurisdiccional, como cualquier autoridad pública, tiene su marco decisional condicionado por las competencias asignadas por la Constitución y la Ley.

²⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencias C 1270/2000, C 537/2006, C 598/2011, C 034/2014, C 049/2015.

²⁹ RUÍZ, Luis Bernardo. “El derecho a la prueba como un derecho fundamental”. *Estudios de Derecho*, LXIV. No 143, junio de 2007, p.184.

³⁰ *Ibid.*, p. 191.

Dicho lo anterior, es necesario analizar la potestad que tiene el juez para rechazar el dictamen pericial de parte de que trata el artículo 226 del CGP ante el incumplimiento de los requisitos mínimos señalados en la disposición referida. Al respecto, es dable sostener que el juicio de admisibilidad sobre el medio de prueba aludido solamente se puede realizar a partir de las causales de rechazo expresamente señaladas en el artículo 168 del CGP: a) las pruebas ilícitas, b) las notoriamente impertinentes, c) las inconducentes y d) las manifiestamente inútiles o superfluas.

La anterior conclusión encuentra asidero en lo expuesto, pero, además, en la regulación de los otros medios de prueba, ya que en estos el legislador estableció causales especiales para el decreto o práctica. Por ejemplo, el artículo 213 del CGP indica que el juez practicará la prueba testimonial si reúne los requisitos señalados en el artículo 212, configurándose una causal especial de rechazo del testimonio. De otro lado, el artículo 236 del CGP señala que la inspección judicial solamente podrá ser ordenada cuando sea imposible verificar los hechos por cualquier otro medio de prueba; a renglón seguido, el inciso 4º de la norma en cita faculta al juez para negarse a decretar la inspección si considera que la misma es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso.

A partir de la regulación de estos dos medios de prueba se evidencia que el legislador estableció supuestos precisos y especiales, en los que el juez debe abstenerse de decretar la prueba o de practicarla, lo cual afirma el carácter restrictivo de las potestades del juez para realizar el juicio de admisibilidad de las pruebas. Si las potestades no fueran regladas, las normas procesales no establecerían supuestos concretos para el rechazo de las pruebas, o se hubiera establecido una patente de corso a favor del juez para que rechace las pruebas cuando a bien lo tuviera.

Otra de las consecuencias que trae el entendimiento del derecho a la prueba como derecho fundamental es la necesidad de interpretar restrictivamente aquellas normas que lo limiten, en este sentido, "el carácter fundamental del derecho a la prueba comporta que todos sus límites deban encontrar justificación en un bien, interés o derecho constitucionalmente reconocido, en orden a impedir la frustración de la máxima actividad probatoria. Y además, comporta que estos límites a su eficacia deban interpretarse de forma restrictiva"³¹.

Bajo este entendimiento, el derecho fundamental a la prueba solo podrá ser limitado para la materialización de otro derecho o garantía de igual valor constitucional, y en la dicotomía planteada respecto a los requisitos mínimos del dictamen pericial, está en juego una garantía incluida en el debido proceso, esto es, el derecho a la contradicción que le asiste a la parte contra quien se aduce una prueba pericial. Del análisis de los requisitos mínimos de este medio probatorio, se evidencia que varios de ellos están

³¹ JUNOY, Joan. Op. cit., p. 532.

encaminados a facilitar la contradicción del dictamen por la contraparte, debido a que las informaciones requeridas en el dictamen ayudarían a refutar las afirmaciones del perito y/o cuestionar la idoneidad del experto.

Bajo las lógicas del CGP, la contraparte tiene cuatro formas para ejercer la contradicción del dictamen pericial. La primera de estas consiste en solicitar al juez que no se decrete o se inadmita el dictamen pericial, por considerar que incumple alguno de los requisitos consagrados en el artículo 168 del CGP; la segunda es aportando otro dictamen pericial, lo cual significa que los argumentos o razones dadas por el perito en el dictamen serán puestas en tela de juicio por otro experto sobre la materia; la tercera forma es la posibilidad que tiene la parte de solicitar que el perito sea convocado a la audiencia para rendir un interrogatorio acerca del dictamen rendido con anterioridad; la cuarta posibilidad puede tener lugar en los alegatos de conclusión, en donde el abogado tendrá la oportunidad de atacar argumentativamente la idoneidad del perito y las conclusiones del dictamen; por último, conviene precisar que es posible utilizar conjuntamente las cuatro formas anteriores.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la tensión planteada respecto de los requisitos mínimos del dictamen pericial deberá resolverse a favor del derecho fundamental a la prueba, por consiguiente, deberá entenderse que estos requisitos despliegan sus efectos en el momento de la valoración, con el objetivo de permitir a las partes la máxima actividad probatoria. No obstante, los requisitos que estén estrechamente ligados a la garantía de la contradicción de las pruebas, sin los cuales este derecho resultaría totalmente nugatorio, deberán considerarse como requisitos de admisibilidad, puesto que si bien el derecho fundamental a la prueba comporta una lectura flexible de las normas probatorias, también es cierto que puede resultar limitado por otro derecho o garantía, en este caso, por el derecho a la contradicción, el cual dentro del proceso adquiere gran relevancia porque deviene una forma adecuada de depurar las pruebas que no sirvan para el convencimiento del juez sobre los hechos.

Por estos motivos, serán requisitos de admisibilidad los numerales 1 y 2 del artículo 226 del CGP, a saber:

- Numeral 1. "La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración". Este requisito se considera de admisibilidad porque no es conveniente para el proceso admitir y decretar un medio probatorio en el que no se identifique su fuente, es decir, la identidad del perito y sus colaboradores es una información mínima e indispensable que debe ser conocida tanto por el juez, como por la contraparte. El juez debe conocer esta información para poder realizar adecuadamente el juicio de admisibilidad bajo los criterios del artículo 168 del CGP. Por otro lado, si la contraparte no conoce la identidad del perito se le está situando en una posición de incertidumbre y sorprendimiento, limitando así

su posibilidad de controvertir este medio de prueba, ya que sin la información acerca de quiénes son las personas que rindieron el dictamen, la contraparte solo podría contradecir el contenido del mismo, cercenando su posibilidad de debatir la idoneidad del perito, punto decisivo al momento de otorgarle poder suasorio al dictamen pericial.

- Numeral 2. “La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito”. Como se argumentó para el numeral 1, esas informaciones son necesarias para garantizar el ejercicio del derecho a la contradicción, toda vez que sin estas se está generando un obstáculo para un eventual llamado del perito para que rinda el interrogatorio elaborado por la contraparte. Asimismo, estas informaciones permiten individualizar al perito, de tal forma que se pueda indagar por sus calidades personales, en otras palabras, conocer los datos de identificación y localización del experto abre la puerta para investigar e indagar sobre quién es el perito, en qué ámbito profesional se desarrolla, cuáles son sus especialidades, la experiencia que tenga en el medio, incluso podrían vislumbrarse sus conocimientos; informaciones importantes para realizar un adecuado ejercicio del derecho a la contradicción.

3.3. Requisitos relacionados con las directrices de apreciación del dictamen del artículo 232 como criterios de valoración

Un referente normativo que podría dilucidar la problemática planteada frente a los requisitos mínimos del dictamen pericial, es el artículo 232 del CGP, el cual establece que: “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”.

De esta manera, el legislador optó por consagrar algunos parámetros para efectuar la valoración del dictamen pericial. En primer lugar, se tiene la aplicación de las reglas de la sana crítica, estas son entendidas como: “Criterios normativos (<reglas>, pero no jurídicas) que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva (<sana>) para emitir juicios de valor (estimar, apreciar: <crítica> acerca de una cierta realidad)”³². La noción de la sana crítica es planteada como un sistema de libre valoración motivada, en donde el juez deberá utilizar su raciocinio para la apreciación de la prueba pericial; en consecuencia, el juzgador deberá plasmar en la sentencia las explicaciones concernientes a la forma en como examinó el dictamen y las razones por las cuales otorga credibilidad

³² Guasp citado por LLUNCH, Xavier. “La valoración de la prueba científica”. *Derecho probatorio contemporáneo: Prueba científica y técnicas forenses*. Medellín: Universidad de Medellín, 2012, p. 248.

al mismo. Lo anterior permite que las consideraciones del juzgador sean sometidas a un control, ya sea por parte de los diferentes sujetos involucrados en el proceso o por un juez superior por medio de la interposición de algún recurso.

Las reglas de la sana crítica se constituyen como un parámetro indispensable para el juez al momento de realizar la valoración, dado que su utilización implica la racionalización de sus actuaciones tendientes a determinar la eficacia probatoria de los medios de convicción. Sin embargo, tratándose de la prueba pericial, la aplicación de estas reglas puede resultar insuficiente, porque es probable que, luego de examinar razonadamente un dictamen pericial, sea imposible para el juez determinar su peso probatorio, debido al desconocimiento de los temas científicos, técnicos o artísticos tratados en este. Por tal motivo, la sana crítica debe ser entendida como un simple medio para proceder a la apreciación de esta prueba, siendo necesario utilizar los demás criterios estipulados por el legislador en el artículo mencionado.

Por otra parte, el artículo 232 del CGP señala que se deberá tomar en cuenta “la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos”; elementos que se podrían agrupar bajo la denominación de “condiciones internas del dictamen”, pues lo que se apreciará en este caso son las características de los contenidos plasmados por el experto en el informe, situación que resulta de trascendental importancia, toda vez que sería imposible para el juez otorgar credibilidad a un dictamen confuso, ambiguo o ininteligible. Este criterio se relaciona con la exigencia contenida en el inciso 5º del artículo 226 del CGP, el cual indica: “Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado”.

De otro lado, las cuestiones relativas a la idoneidad del perito resultan ser unas de las más complejas para el juzgador, de ahí que deberá preguntarse por lo siguiente: ¿tiene el perito los conocimientos necesarios para rendir sus declaraciones respecto al asunto discutido? Para determinar la respuesta deberá indagar por diversas cuestiones. Como lo indica Jordi Nieva Fenoll:

En el caso de la prueba pericial es imprescindible el análisis de la persona del perito en cuanto a sus conocimientos, habilidades y competencias profesionales. Y es que habida cuenta de las dificultades que tendrá el juez para evaluar el dictamen en el fondo, el hecho de que pueda saberse si el perito es o no un buen profesional, puede ayudar mucho en esa evaluación³³.

Así las cosas, uno de los elementos a tener en cuenta es la profesionalidad del perito, para lo cual, en primer término, se debe diferenciar si el objeto del dictamen recae sobre un tema científico, técnico o artístico, de modo que en cada uno de estos se deberán evaluar asuntos diferentes. Respecto a las materias científicas, los títulos académicos

³³ NIEVA, Jordi. *La valoración de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons. 2010, p. 289.

resultan ser un factor relevante a tomar en cuenta, en el entendido de que esta es la manera de acreditar formalmente el estudio de una carrera en una institución de educación universitaria o técnica; no obstante, esto es un requisito necesario más no suficiente, pues no se le podría otorgar credibilidad a un perito por el simple hecho de poseer un título profesional, ya que el cumplimiento de este requisito, en cuanto a materias científicas, simplemente habilita a la persona para poder rendir el dictamen en el proceso, independientemente del grado de convencimiento al cual fue llevado el juez por esta prueba, por tal razón, el anterior examen deberá realizarse en el momento de la admisión de la prueba. Por el contrario, los títulos académicos adicionales al título profesional, serán una variable a considerar al momento de la determinación del poder suasorio de los peritajes, siendo viable otorgar mayor credibilidad a un perito.

En esta misma lógica, respecto a los temas técnicos, resulta ser importante indagar sobre los títulos académicos, pero en este caso no actuarían como un requisito habilitante para dictaminar sobre la materia, sino más bien como un criterio de valoración, por el simple hecho de que la acreditación de estos conocimientos, en muchos casos, no requieren de un título formal, siendo posible que una persona adquiera estos conocimientos por la experiencia alcanzada en diferentes trabajos. Por último, cuando se vayan a tratar aspectos artísticos, las consideraciones anteriores deberán flexibilizarse, entendiendo que no es necesario el estudio en una institución educativa de cualquier orden para adquirir los conocimientos sobre algún arte.

De igual forma, resultará pertinente el examen sobre la manera en como el perito desarrolla su actividad profesional, lo que permitirá dar cuenta de las habilidades y competencias de la persona, no ya desde un ámbito académico, sino laboral. Para ello, el perito deberá relacionar la información referente a este tema, hecho que resulta coherente con el numeral 3 del artículo 226 del CGP, el cual señala que el dictamen deberá contener, como mínimo, la información de "La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración".

Sumado a lo anterior, es útil analizar el acercamiento que ha tenido el experto a los tribunales, esto es, determinar si se trata de una persona que habitualmente se dedica a rendir peritajes en procesos jurisdiccionales o, por el contrario, es una persona que excepcionalmente actúa como perito en las instancias judiciales³⁴. Lo anterior se encuentra vinculado con el numeral 5 del artículo 226 del CGP, que consiste en la información de la lista de casos en las cuales haya actuado como perito en los últimos 4 años.

Por último, el hecho de que el perito posea publicaciones un punto que podrá determinar la idoneidad del perito, en vista de que estas publicaciones pueden dar mayor credibilidad sobre los planteamientos contenidos en el dictamen, además de su

³⁴ Ibid., pp. 288 - 289.

coherencia. En últimas, el tema de las publicaciones debe ser entendido como un criterio para la valoración, a causa de que, en principio, resulta lógico otorgar mayor peso probatorio a un perito que posea publicaciones, bajo el condicionamiento de que sus tesis sean coherentes con los planteamientos del dictamen, parámetro relacionado con el numeral 4 del artículo analizado.

En otro orden de ideas, el artículo 232 también consagra como criterio para la apreciación del dictamen pericial el comportamiento del perito, esto sucedería en el supuesto en que el experto sea llamado al juicio para sustentar el contenido del dictamen rendido, con la posibilidad para la contraparte y el juez de realizarle preguntas tendientes a reafirmar o desacreditar las manifestaciones efectuadas por este. En cuanto a este parámetro, el juez examinará la forma como da respuesta a las preguntas planteadas, deberá analizar la coherencia, claridad y calidad de las explicaciones brindadas, intentando advertir las posibles contradicciones en las cuales incurra, ya sea respecto al dictamen previamente introducido o frente al mismo interrogatorio. Por tal motivo, este momento adquiere relevancia, por ser la etapa en la cual se pone en discusión los argumentos planteados en el dictamen, permitiendo el ejercicio de la contradicción y la depuración de aquello que no cuente con un sustento en los conocimientos sobre cierta ciencia, técnica o arte.

El legislador también indica que el dictamen pericial deberá apreciarse considerando las demás pruebas que obren en el proceso, lineamiento que no es más que el deber del juez de apreciar las diferentes pruebas de manera conjunta y no aisladamente, lo anterior podrá brindar razones para otorgar credibilidad a determinado perito, evaluando si sus argumentos fueron rebatidos o puestos en duda por otro medio de prueba practicado dentro del proceso.

Para terminar, merece un especial análisis el artículo 235 del CGP, en el cual se señala:

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

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

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

De lo anterior se deriva que las partes podrán aportar dictámenes de peritos que se encuentren inmersos en alguna causal de recusación, entendiendo que estas buscan controlar los intereses personales, económicos y profesionales que existan entre los diferentes sujetos, en este caso entre la parte y el perito. Por tal motivo, el juez no podrá

inadmitir un peritaje por el hecho de encontrar configurada una causal de recusación, lo que no significa que este hecho deba ignorarse, corresponderá al juzgador examinar estas cuestiones, pero solo desplegarán sus efectos en sede de valoración, puesto que del inciso tercero del artículo mencionado, se concluye que el juez procederá con su sana crítica a evaluar estas circunstancias, siendo posible negarle los efectos al dictamen cuando estos hechos afecten su credibilidad. En conclusión, lo referente a la imparcialidad del perito es otro parámetro a considerar al momento de la valoración de esta prueba. En esa lógica, las informaciones que debe rendir el experto, que permitan controlar dichas situaciones, deberán considerarse como requisitos orientados a propiciar la valoración por parte del juez, encontrándose dentro de este supuesto del numeral 6.

Con base en las consideraciones anteriores, serán criterios de apreciación aquellos requisitos consagrados por el CGP que se encuentren relacionados con las explicaciones anteriores; por tal motivo, son criterios de valoración los siguientes requisitos:

- Inciso 4º. "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. El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito".
- Inciso 5º. "Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones".
- Numeral 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". En este punto es importante aclarar que cuando se trate de profesiones que tengan como requisito habilitante un título profesional, el mismo será un requisito de admisibilidad, y no solo de valoración.
- Numeral 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".
- Numeral 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".
- Numeral 6. "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".

- Numeral 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”.
- Numeral 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”.
- Numeral 10. “Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen”.

Conclusiones

Del análisis de esta lista de requisitos, se concluye que estos responden a finalidades diversas. En efecto, casi la totalidad de estos condicionamientos favorecen el ejercicio del derecho a la contradicción de la parte contra quien se aduce un dictamen pericial, pero específicamente los numerales 1 y 2 constituyen las informaciones mínimas que debe conocer la parte para que su derecho a la contradicción no devenga nugatorio; respecto a los numerales 3 y 4, se afirma que estos atienden a conocer la idoneidad del perito y la fiabilidad de sus conocimientos; el numeral 5 pretende proporcionar a los sujetos procesales información acerca de la experiencia que tiene el perito en los ámbitos judiciales, lo que a su vez devela la idoneidad del mismo; el numeral 6 se refiere a declaraciones relacionadas con el deber de imparcialidad y objetividad que debe tener el perito a la hora de rendir un dictamen; en lo que concierne al numeral 7, éste redirecciona al artículo 50 del CGP, el cual establece unas causales de exclusión de la lista de auxiliares de la justicia, dentro de las que se encuentran algunas aplicables a la labor de los peritos; los numerales 8 y 9 pretenden revelar si el experto ha sido coherente y consistente en los dictámenes rendidos, así como el respeto a sus convicciones profesionales, teniendo como referencia tanto los métodos utilizados en peritajes rendidos en procesos anteriores, como los utilizados en su actividad profesional; finalmente, el numeral 10 permite conocer las bases científicas, técnicas o artísticas utilizadas en la experticia, al igual que la información y los datos empleados por el perito para la elaboración del dictamen.

Referencias

ÁLVAREZ, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen III*. Bogotá: Temis, 2017.

BERMÚDEZ, Martín. *Del dictamen judicial al dictamen de parte*. Bogotá: Legis, 2016.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de noviembre del 2009. M.P William Namén Vargas. Rad°11001-31-10-004-2004-00556-01.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de noviembre del 2009. M.P William Namén Vargas. Rad°11001-31-10-004-2004-00556-01.

ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Justicia, Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579, 1993.

DAMASKA, Mirjan. *El derecho probatorio a la deriva*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

DEVIS, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial. TOMO I*. Buenos Aires: Víctor P de Zavalía Editor, 1970.

DEVIS, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal: Pruebas Judiciales*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1994.

GOLAN, Tai. "Revisiting the history of scientific expert testimony". *Brooklyn Law Review*. Vol. 73, no. 3, 2008, pp. 879-942.

JUNOY, Joan. "El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español". *Instituto de investigaciones jurídicas UNAM*, 2008, pp.527-565.

LLUNCH, Xavier. "La valoración de la prueba científica". *Derecho probatorio contemporáneo: Prueba científica y técnicas forenses*. Medellín: Universidad de Medellín, 2012, pp. 241-274.

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

RUÍZ, Luis Bernardo. "El derecho a la prueba como un derecho fundamental". *Estudios de Derecho, LXIV*. No 143, junio de 2007, pp.181-206.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

VÁZQUEZ, Carmen. "Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica". *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. No. 11 enero - diciembre, 2017. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 341-478.

