

LA IMPORTANCIA DEL PERITO EN EL DESARROLLO DEL JUICIO ORAL

YOMAR ELVIRA SILVANO CASTILLO

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL
BOGOTÁ, D.C.**

2015

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	8
1.1. ANTECEDENTES	10
2. OBJETIVOS	13
2.1. OBJETIVO GENERAL	13
2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	13
3. ESTADO DEL ARTE	14
4. MARCO REFERENCIAL	21
4.1. MARCO TEÓRICO	21
4.1.1. Evolución normativa del proceso penal	21
4.1.2. Antecedentes del sistema Acusatorio	26
4.1.3. La prueba	29
4.1.3.1. Inspección	30
4.1.3.2. El testimonio	31
4.1.3.3. Prueba Documental	31
4.1.3.4. Prueba pericial	33
4.1.3.5. Prueba material o evidencia física	33
4.1.3.6. Prueba de referencia	34
4.1.3.7. Prueba anticipada	35

4.1.4. Los principios probatorios	36
4.2. MARCO LEGAL	43
5. DISEÑO METODOLÓGICO	44
6. LA PRUEBA PERICIAL EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO	46
6.1. CONCEPTO	46
6.1.1. Elementos del peritaje	49
6.1.1.1. Elemento subjetivo	49
6.1.1.2. Elemento Objetivo	51
6.1.1.3. En cuanto a la actividad	52
6.1.2. Valoración del dictamen pericial	54
6.1.2.1. El dictamen pericial es un medio de prueba y una declaración de ciencia	56
6.1.2.2. Requisitos para la existencia del dictamen pericial	57
6.1.2.3. Requisitos para la validez del dictamen	58
6.1.2.4. Requisitos para la eficacia probatoria del dictamen	58
6.1.2.5. Los informes técnicos de los funcionarios.	59
6.2. LA PRUEBA PERICIAL EN EL CONTEXTO MUNDIAL	61
6.3. ANÁLISIS DE LA PRUEBA PERICIAL	65
6.4. LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA PERICAL	67
CONCLUSIONES	75
BIBLIOGRAFÍA	77

RESUMEN

Con la humanización de la justicia y el desarrollo del Sistema Penal Acusatorio en el mundo, se ha buscado cada vez más apoyo en la ciencia, la tecnología, la física, las artes, las profesiones, expertos en ciencias médicas, sicólogos, médicos especialistas, contadores, arquitectos, ingenieros en diferentes áreas, etc., las ciencias auxiliares, como la balística, los laboratoristas, la mecánica, los peritos avaladores, los dactiloscopias, los grafólogos, entre otras, diferentes formas de conocimiento, para lograr mayores niveles de certeza en las decisiones de los operadores judiciales.

Se pretende resaltar la labor tan importante que hay en cada perito sin tener en cuenta su especialidad, cómo este grupo de expertos en la aplicación de sus conocimientos pueden llevar a la aclaración de conductas punitivas y por ende determinar el grado de participación de sus actores, y sus consecuencias dañinas de la mano de los protocolos establecidos para este fin.

Palabras claves: Peritaje, Administración de Justicia, experticia, protocolos, pruebas.

ABSTRAC

With the humanization of justice and development accusatory penal system in the world, has increasingly sought support in science, technology, physics, arts, professions, experts in medical sciences, psychologists, medical specialists, accountants , architects, engineers in different areas, etc., auxiliary sciences like ballistics laboratory workers, mechanics, expert endorsers, the dactiloscopias, the handwriting, well, different forms of knowledge , to achieve higher levels certainty in the decisions of judicial officers .

It aims to highlight the important work that is in each expert regardless of their specialty, how this group of experts in the application of knowledge can lead to clarification of punitive behavior and thus determine the degree of participation of the actors, and its harmful consequences in the hands of the established protocols for this purpose.

Keywords: expertise, Administration of Justice, expertise, protocols, tests.

INTRODUCCIÓN

La globalización como un proceso dinámico de las sociedades que han abierto sus puertas a la revolución informática, a un nuevo ordenamiento jurídico, económico y de relaciones internacionales, también han permitido, que los seres humanos se enfrenten a una sociedad de mayores riesgos, y distintas formas del crimen que han mutado, generando una creciente inseguridad ciudadana, que se ha afianzado en la complejidad de las organizaciones criminales y cúmulo de conductas individuales que propician daño social, motivando al Estado para que genere nuevos retos en la administración de justicia, con la implementación del sistema penal acusatorio, no solo para establecer responsabilidades individuales, sino para determinar el modos operandi de los diferentes actores criminales y las consecuencias que esta clase de actividades generan en la sociedad.

Razón por la cual, todas las ramas del derecho acuden a expertos y profesionales en diferentes áreas del conocimiento, que llevan a que los fallos o decisiones que sean tomadas por los administradores de justicia sean cada día más exactos, más objetivos y concretos, buscando minimizar al máximo la inseguridad social que trajo la globalización. Debido a que, la criminalidad exige al derecho penal la imposición de una dogmática jurídica encaminada a un mejor desempeño en la valoración probatoria con estos expertos y por ende en las providencias de los jueces, razón de la libertad probatoria que trae el artículo 373 del C. de P penal – Ley 906 de 2004 –, que establece “los hechos o circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrá probar por cualquiera de los

medios establecidos en el código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”, acá en forma clara el legislador ha querido proponer a las partes probar su teoría del caso por cualquier medio probatorio, técnico o científico, que no sea violatorio de las garantías procesales y derechos humanos.

Lo expuesto permite esgrimir el siguiente cuestionamiento: ¿cuál es la importancia del perito en el desarrollo del juicio oral?

Cuestionamiento que se aborda, partiendo del hecho que la prueba pericial dentro del contexto del derecho procesal penal, obedece hoy día a un periodo de transformación con ocasión de los avances científicos, tecnológicos y procedimentales que se han acoplado con los cambios procedimentales en materia penal, en el modo de vivir aunados a los cambios y las costumbres sociales. El derecho penal se ha individualizado y tecnificado, apareciendo con ello una serie de ciencias que han enriquecido la forma de aplicar la ley, dejando atrás las viejas costumbres, que en todo su esplendor deshumanizaban la forma de impartir justicia.

Este progreso trajo consigo el desarrollo de procedimientos, técnicas, ensayos, puntualizando en conclusiones lógicas, que convergen a lo que hoy se conoce como ciencias auxiliares, indispensables para determinar responsabilidad, causas y consecuencias en el proceso penal con mayor exactitud. Procedimientos que día a día, deben ser más precisos, científicos y tecnológicos, pues las acciones humanas delictivas así lo exigen, siempre dejan huellas y es ahí en donde el derecho penal a través de las ciencias auxiliares y con la colaboración de un

técnico entran a establecer responsabilidades, pero ya no de forma subjetiva, sino de una manera que permite valorar con mayor cuidado, esmero y técnica los hechos ||y las pruebas, llevando a un conocimiento objetivo demostrable.

Así, el peritaje constituye un factor determinante en las actuaciones del proceso penal colombiano, por eso, la valoración que se haga de los procedimientos y conocimientos de éstos a fin de proyectar la evidencia que se aducirá en juicio, y facilitarle al juez la toma de una decisión que implique una verdadera administración de justicia, que demuestre la confianza del ciudadano en aquellos que la imparten.

Lo señalado, se aborda metodológicamente desde la investigación explicativa, la cual va más allá de la descripción de fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; están dirigidos a responder a las causas de los eventos físicos o sociales. “Su interés es explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da este, o porque dos o más variables están relacionadas” (Hernández, 2004, p, 97) a través de una revisión documental, que va a permitir dar cuenta de hechos o fenómenos que se producen en determinadas condiciones, como la actuación del perito dentro del juicio oral.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El cambio procedimental que se dio en el Derecho Penal, a partir de 2005 ha permitido dinamizar los momentos que integran las actuaciones penales en todo su contexto, apuntando no solamente a tener actuaciones procesales más acordes a la situación actual del país; sino que imprimió un giro sustancial en materia de análisis probatorio, a través de la aplicación del Sistema de Cadena de Custodia; en el sentido, que en todo momento procesal se deben observar los preceptos constitucionales, lo que implica un respeto irrestricto en la consecución de los elementos materiales probatorios y evidencia física, en cuyo espacio la prueba pericial juega un papel determinante.

El Sistema de Cadena de Custodia constituye una “garantía procesal que asegura que el elemento que pretende hacerse valer como prueba en juicio, sea efectivamente aquel que fue recaudado o practicado y que su integridad no ha sido sustituida o alterada a lo largo del proceso penal” (Fiscalía General de la Nación, 2015, p. 33). Por consiguiente, tiene el propósito de mantener la integridad, conservación e inalterabilidad de las evidencias dentro de la actuación penal. En el caso de la prueba pericial busca, detallar la veracidad científica de quien está realizando el peritaje, a través de las técnicas que utilice, esperando que éstas sean actuales y logren brindar la confiabilidad deseada que permita salvaguardar la cadena de custodia.

“En este orden y dentro del marco de la Ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal –, la Fiscalía General de la Nación reglamenta el Sistema de

Cadena de Custodia para el Sistema Penal Acusatorio, mediante resolución 06394 de diciembre 22 de 2004, en donde ajusta los procedimientos a la nueva actividad procesal. Observándose, que no se han escatimado esfuerzos por lograr un aparato normativo que sirva a los fines de las evidencias, parte vital en el proceso penal.

Un claro ejemplo de lo señalado son los requerimientos exigidos por el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual (2009), en donde, el perito recibe según los elementos materiales de prueba o evidencia física – embalado, rotulados y con cadena de custodia – recibidos con la solicitud, quien realiza el examen médico – legal, de las evidencias remitidas y emite los conceptos señalados con el caso en cuestión.

En este sentido, es necesario señalar que a pesar de los ajustes existentes al proceso penal acusatorio desde el 2005, se encuentra, que los mismos no han realizado los estudios, o pronunciamientos relacionados con la prueba pericial como prueba del futuro, debido a que ésta va al ritmo de los avances tecno científicos, los cuales deben de estar siempre al servicio de la justicia y no pueden pasar desapercibidos.

Lo anterior, constituye el objeto de estudio de la presente investigación, cuyo cuestionamiento va orientado a *¿Cuál es la importancia del perito en el desarrollo del juicio oral?*

1.1. ANTECEDENTES

La prueba pericial tiene vigencia desde la época primitiva, debido a que era costumbre que sacerdotes, chamanes y curanderos, a través de sus prácticas médicas ofrecían un diagnóstico, que se convertía en verdad absoluta, eximida de la responsabilidad que sus diagnósticos generaban y que en ocasiones no ofrecían las soluciones esperadas. En este sentido se hizo necesario establecer el principio de responsabilidad frente a lo que hacían estas personas. “Es por ello que se tuvo que recurrir a prácticas probatorias que suplieran tales necesidades, las cuales comenzaron a evolucionar hasta la actualidad” (La prueba pericial médica en los pueblos primitivos, 2015).

(...) La ordalía ha sido una técnica utilizada por el hombre como prueba pericial médica o judicial, para dejar al destino, al azar o a los dioses y poderes supranaturales la decisión o el derecho de juzgar los actos o conductas de los hombres, la veracidad o mentira, la culpabilidad o inocencia, la existencia de enfermedad, pecado o enfermedad-mancha de los acusados, o enfermos.

Todo esto está íntimamente vinculado con la idea existente en el primitivo y aun en las culturas más avanzadas, como la egipcia, la mesopotámica, la hindú y aun la nuestra de que la enfermedad reconoce como una de sus causas principales la ofensa a los dioses, la transgresión de un tabú o el desagrado de los antepasados. Al asociar enfermedad con culpa, enfermedad con ofensa o pecado, no ha de extrañar que la ordalía se utilice no sólo como juicio diagnóstico, sino como prueba judicial, en los casos en que existe una ofensa, un daño, un agravio o sospecha de culpabilidad por algún delito cometido (...) (La prueba pericial médica en los pueblos primitivos, 2015).

Así, el derecho forma el concepto del peritaje, a partir de la evolución de la antigua ordalía, constituida como medio de prueba para establecer la

responsabilidad de los curanderos. “Comenzó por concentrarse en el enfermo y su enfermedad, pero que se extendió a todos los acontecimientos de la vida diaria del hombre y del grupo” (La prueba pericial médica en los pueblos primitivos, 2015).

Las Ordalías constituyen parte del fundamento histórico de la prueba pericial, debido a las prácticas que esta incluía perdurando en el tiempo, pues como se expresó desde su origen, se buscó que las acciones de los chamanes o brujos tuvieran quien constatará que lo que ellos hacían estaba bien y que no le iban a ocasionar daño a nadie.

El breve recorrido histórico con el fin de hacer énfasis que la prueba pericial constituye hoy en día una prueba fundamental del proceso penal. La evolución de la prueba como dictamen pericial tiene seguimiento en el antiguo Derecho Romano, aunque no se podría hablar de pericia, pues no había producción del medio probatorio, “pero de igual forma se presentaba la oportunidad para llegar al nombramiento del Juez, quien con su experiencia en la materia objeto de la Litis, no requería de esta prueba, ya que él reunía la doble condición de juez y perito” (Salazar, 2009, p. 14).

En el Derecho Romano, se habla de peritaje cuando se concluye la división entre el procedimiento *in jure* y el procedimiento *in iudicio*. En efecto, “el procedimiento simple y ordinariamente seguido consistía en nombrar juez a una persona experta en la materia objeto de la *litis*, de suerte que el juez no tenía necesidad de llamar a un perito, porque él era al mismo tiempo juez y perito” (Lara, Escobar y Quintanilla, 2011, p. 5).

En el derecho canónico, se ordenaba al juez la asociación a un perito para conocer el estado de las cosas (en los juicios penales). En el siglo XIII, adquirió mayor valor procesal, al intentarse una reglamentación. Schiaffino (1999) citado por Gilardi y Unzago (2007) sostenía que:

(...) del espíritu y de la letra de la ley 23. Tít. 16 de la partida III, se infiere el juicio de peritos, tratado con precisión en las leyes I y II del Tít. XXI de la novísima recopilación. En España se comenzó a perfilar –como prueba pericial- el llamado juicio de los hombres buenos.” “En 1569 Francia vio aparecer una cofradía de escribanos dedicados al estudio de las falsificaciones (...) (Gilardi y Unzago, 2007, p. 7).

Un siglo después, “Jacques Peveneau aportó datos precisos sobre el tema (1578) a fines de la misma centuria, expuso en su tratado sobre el modo de proceder en los casos de comprobaciones de escrituras objeto de litigios judiciales” (Lara, Escobar y Quintanilla, 2011, p. 5). En ese instante se produjo un cambio en la sistematización y el concepto de la prueba pericial, comienza una etapa de grandes transformaciones.

La prueba pericial empezó a ser regulada y difundida por los avatares propios del comercio, y por el masivo empleo de medios de pago que se fueron creando al amparo de un tráfico cada vez más fluido y extenso, consagrándosela así expresamente en el año 1579 en Francia, al sancionarse la Ordenanza de Blois, aunque fue en el año de 1667 que se autorizó a los jueves y a las partes la libre elección de los peritos (Lara, Escobar y Quintanilla, 2011, p. 5).

Desde entonces, la Prueba Pericial fue paulatinamente incorporada a la mayoría de los ordenamientos procesales de fines del Siglo XIX, de donde la tomaron las Legislaciones Latinoamericanas.

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar la importancia de la intervención del perito en el proceso penal,

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Abordar los aspectos teóricos conceptuales, en relación con las pruebas en el sistema penal colombiano.
- Establecer los aspectos más relevantes del peritaje en el proceso penal colombiano.
- Revisar la jurisprudencia con el fin de generar el análisis en la evolución que ha tenido esta figura en el sistema penal colombiano.

3. ESTADO DEL ARTE

La prueba pericial constituye uno de los medios probatorios de más relevancia que existen en materia penal, cuya importancia ha hecho que día a día se estudie con mayor profundidad esta figura, con el fin de otorgar una mayor idoneidad a quienes ejercen esta actividad en pro de brindar una ayuda para la justicia penal colombiana.

Sin embargo, es preciso aclarar que en la materia no existe una vasta investigación sobre el tema en particular, como sucede con otras áreas del derecho, y que las existentes anidan la figura a diversas circunstancias, que sí bien sirven como sustento en la investigación, también dejan un espacio para profundizar en la importancia del peritaje en el derecho penal.

Respecto al tema, la investigación de Diana Milena Castillo Ruíz, titulada: *viabilidad del polígrafo como elemento materia de prueba en el Sistema Penal Acusatorio - Ley 906 de 2004*, de la Universidad Militar Nueva Granada, especialización en procedimiento penal constitucional, realizada en el año 2012 integra el peritaje de cara al objeto de estudio.

La investigación establece que el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal señala que para “apreciar la prueba pericial, en juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas” (Castillo, 2012, p,13).

Además, indica que “la prueba pericial se hace cada vez más necesaria, la

complejidad de los procesos en la actualidad y las diferentes ciencias que involucran, hacen necesaria la participación de los peritos dentro del proceso” (Castillo, 2012, p, 50).

El artículo de Rodrigo Vargas Ávila, titulado: *la valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal*, público por la Universidad Militar Nueva Granada en Prolegómenos Derechos y Valores, Vol. XIII, número 25, enero – junio de 2010. En donde, Vargas (2010) citando a Vásquez Sotelo establece que “no puede quedar el juez obligado a seguir el criterio del informe pericial ya que entonces se vendría a convertir al perito en juzgador en el punto consultado” (Vargas, 2010, p, 138). Además indica en relación con los informes periciales, siguiendo lo expuesto por Alonso Pérez que: “cualquiera que sea la autoridad técnica de la persona u organismo que los emita, no gozan de la condición intrínseca de verdad incontrovertible, pues su contenido no revela más que una opinión científica o práctica, pero siempre sometida a la apreciación valorativa del juzgador, conforme al principio de la libre valoración de la prueba” (Vargas, 2010, p, 138).

Vargas (2010) integra a lo expuesto que en la “complejidad y extensión del experticio científico, es imperativo que el juez para poder valorarlo conozca las razones que llevaron al perito a dictaminar en determinada forma, pues si lo acepta sin esos fundamentos, no está creando por sí mismo la fuente del conocimiento, sino reproduciendo las argumentaciones del perito” (Vargas, 2010, p, 139).

Constituye un aporte a la investigación, lo realizado por Lida Milena Rodríguez Navarro, en su artículo *el rol del perito psicólogo en Colombia*, en cultura, educación, sociedad – CES volumen 1, abril 2010. El artículo parte de la definición

que hace el Diccionario de la Lengua Española Espasa, sobre el perito como “aquella persona que poseyendo especiales conocimientos teóricos o prácticos informa bajo juramento al juzgador sobre los litigios que se relacionan con su especial saber o experticia” (Rodríguez, 2010, p, 147).

Continúa con la función del perito en Colombia, para lo cual siguiendo lo expuesto por Collins Guillermo citado en el Código de Procedimiento Penal, define el peritaje como un “acto procedimental en el que el Técnico o Especialista en un arte o ciencia, previo examen de una persona, conducta, hecho o cosa, emite un dictamen que contiene su parecer o razón técnica sobre la materia que se le ha pedido su intervención” (Rodríguez, 2010, p, 148).

Además, indica que tanto en el sistema Mixto como en el Acusatorio, puede ser perito todo servidor público “que ostente el título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte, o personas de reconocido entendimiento de la respectiva ciencia, técnica, oficio, o afición aunque carezca de ello. Así mismo, los particulares que tengan una de las características antes anotadas, para lo cual es nombrado en forma especial y posesionado para tal fin, en lo que a la Ley 600 de 2000 compete” (Rodríguez, 2010, p, 150).

El artículo de Rojas Quiñones Sergio *“Código General del Proceso: aciertos y vicisitudes de un nuevo régimen de pruebas – especial comentario a la propuesta de reforma frente a la prueba documental y la prueba pericial –* de la Universidad Javeriana, escrito en el 2011. Indica el autor que:

El Código General del Proceso analiza el régimen procesal como un todo, y se ocupa de aquellos asuntos que ameritan un ajuste de cara a la modernización

del proceso y muy especialmente, a la verdadera oralidad del mismo. Ese es, pues, el primer avance meritorio de la propuesta, toda vez que refleja que la academia y, en parte, el legislador, se han dado cuenta de que no existirá un proceso Civil Oral “mientras no se enfilen las diferentes instituciones procesales para lograr dicho cometido y ello, como es natural, es el paso fundamental: abrir el espacio para discutir e implementar estas reformas, de tal suerte que no se perpetúen como meras reflexiones académicas, carentes de aplicación jurídica” (Rojas, 2011, p, 306).

De modo que, el Código General da una respuesta acertada a las necesidades de la oralidad, “semejante a la que se adoptó en el régimen procesal penal. Este sistema, en general, conduce a un paralelismo procesal y un caos de regímenes cuyo resultado, realmente, no es otro que el de desordenar y alterar los procesos en curso, tal y como sucede en el sistema penal” (Rojas, 2011, p, 307).

En relación con la prueba pericial señala que ésta tiene como objetivo servir de soporte al juez para ilustrarlo frente a una cuestión que requiere de un especial conocimiento científico para su comprensión. Así, la prueba pericial tiene por objeto asesorar en temas científicos, técnicos o artísticos, con el propósito de “instar al juez a que proceda con suma cautela al momento de permitir la intervención oral del perito en una audiencia en particular, toda vez que debe estar atento a evitar que, bajo el manto del peritaje, desvíe su concepto hacia asuntos que no sean técnicos, científicos o artísticos y que, por el contrario, pretendan, en forma por demás indebida, incidir en la convicción del funcionario judicial”(Rojas, 2011, p, 307).

El documento de la Fiscalía General de la Nación titulado *la prueba en el proceso penal colombiano*, compilado por Luis Fernando Bedoya Sierra en el 2008, contiene todos los aspectos que pueden servir de consulta sobre el sistema probatorio colombiano.

El artículo de Ángela María Quintero Velásquez, titulado *Pruebas psicosociales en Derecho de Infancia, adolescencia y familia*, presentado en Estudios de Derechos de la Universidad de Antioquia en el 2010. Indica que aunque el dictamen pericial puede ser el mismo utilizado en los procedimientos civil y penal, estos tienen reglas claramente diferenciadas en general, y en el caso particular de las pruebas periciales, teniendo en cuenta que cada sistema – Civil y Penal – tiene sus propias reglas en el método de recolección de pruebas.

El dictamen pericial en ninguna norma de procedimiento está definido, sin embargo, su significado se ha asumido por la práctica. Una de las definiciones, de las varias referenciadas, es: “El Dictamen Pericial es un medio probatorio de carácter personal en el cual está contenida una declaración de ciencia o conocimiento; realizada por una persona con especial experticia y conocimientos en ciencia, arte o técnica y que se practica dentro del proceso para llevarle al juez el conocimiento de unos hechos” (Quintero, 2010, p, 65).

En la actualidad, “la prueba pericial está regulada en forma más técnica en el proceso penal, lo que conduce a una mayor confiabilidad en la aplicación de dicho campo, razón por la cual al perito hay que interrogarlo acerca de su experiencia, el uso de las técnicas, incluso aspectos personales; lo que no plantea el proceso civil, por su carácter especialmente jurisprudencial” (Quintero, 2010, p, 66).

La tesis de grado de Holman Salazar Villareal de 2007 titulada *“la prueba pericial en el proceso ordinario de responsabilidad civil médica”*, de la Universidad de Medellín que contiene algunos lineamientos de importancia referentes a la prueba pericial desde sus generalidades, pues la investigación se desarrolla en materia civil, desde un proceso metodológico documental y análisis jurisprudencial.

La tesis doctoral de la Pontificia Universidad Javeriana de la Facultad de Derecho Canónico, escrita por Farly Yovany Gil Betacur, escrita en el 2009 y titulada *“los mínimos antropológicos para una visión cristiana del hombre en la prueba pericial desde la sana antropología cristiana”*. Así, Gil tomando la definición de Ezequiel Belenchón, define al perito como la “persona que, sin ser parte, emite, con la finalidad de provocar la convicción judicial en un determinado sentido, declaraciones sobre datos que habían adquirido ya índole procesal en el momento de la captación” (Gil, 2009, p, 86).

Otra definición de perito, indica que “persona especialmente cualificada en la virtud de sus conocimientos especializados, en la ciencia, arte, técnica o práctica, es decir, aquella persona que posee unos especiales conocimientos en materia que no son conocidas, con ese nivel de precisión, por las demás personas de su mismo nivel cultural” (Gil, 2009, p, 86). Señala, además la definición de pericia de Gil (2009) siguiendo la definición de peritaje de Pietro Ellero, establece: es el medio de comprobación y un juicio de hecho, obra de persona experta acerca de una cosa dada que excede del propio conocimiento del juez. Indica que la prueba, en sus diversas formas, son la manifestación de un hecho dudoso y controvertido con argumentos legítimos: “sean testimonios, sean documentos o sean, como es en el

presente estudio un estudio de un perito que aporta conocimientos y con ellos luces al juez. Es una actividad procesal que no desarrollan ni los jueces, ni las partes, ni los testigos, son otras personas distintas al proceso” (p, 86).

4. MARCO REFERENCIAL

4.1. MARCO TEÓRICO

4.1.1. Evolución normativa del proceso penal

La Constitución Política es la norma que consagra los principios y valores que orientan toda la legislación. Por tanto, no puede ser ajeno su direccionamiento al derecho probatorio. La Constitución es norma de normas y norma de aplicación directa, sin necesidad de cuerpo normativo legal que la reglamente, particularmente en materia de derechos fundamentales.

Ella consagra importantísimos principios del derecho probatorio, tales como el debido proceso; el derecho de contradicción de la prueba, el principio de la legitimidad de la prueba, la presunción de inocencia y la carga de la prueba para desvirtuarla a cargo del Estado – onus probandi – y de la no aplicación del in dubio pro reo – art. 29 –, la regulación de la ruptura del velo del derecho a la intimidad para lograr la obtención de pruebas – art. 15 –, el derecho a guardar silencio – art. 33 –, la prevalencia del derecho sustancial – art. 228 –.

“Para el caso concreto, en materia penal se predicó desde la Asamblea Nacional Constituyente, que se había avanzado hacia la consagración del proceso acusatorio, como una gran conquista para modernizar y dotar de eficiencia la justicia colombiana” (Escobar, 2007, p, 33).

Continuando con la evolución del sistema penal colombiano, se encuentra que el Código de Procedimiento Penal de 1991, que distribuye las funciones básicas del proceso entre el fiscal, a quien entregó la acusación; el defensor que debía velar por los intereses del acusado; y el juez llamado a decidir el asunto sometido a su consideración.

“En el Código de Procedimiento Penal del 91 el esquema se generalizó, puesto que con la creación de la Fiscalía se establecieron funcionarios de investigación en todos los órdenes jerárquicos de la competencia, lo cual conserva el código actual” (Fiscalía General de la Nación, 2011, p, 123). “Lo evidente es que la Fiscalía General de la Nación viene desarrollando sus funciones de investigación y acusación con personal que no goza de la mejor capacitación para ello. Esa circunstancia que tiende a superarse, es un escollo para el buen funcionamiento del sistema” (Vanegas, 2007, p, 5).

Por otra parte, “la tendencia de los fiscales a agotar la recolección de pruebas en la etapa de instrucción ha dado al traste con la actividad probatoria en el juzgamiento y le ha restado su verdadera función a la audiencia pública de ser el escenario de la amplia confrontación pública sobre el asunto materia del proceso desdibujándose sustancialmente el carácter acusatorio del mismo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2007).

En el Código de Procedimiento Penal de 1991 la etapa de juzgamiento era tímidamente acusatoria. Los principios de contradicción y publicidad tenían aplicación en cuanto existía el debate público en audiencia, salvo en los procesos adelantados por delitos de competencia de los jueces regionales. La inmediación y

la contradicción se aplicaban parcialmente, porque la mayor parte de las pruebas se practicaban en el sumario o instrucción y simplemente se sometían a discusión en la audiencia pública.

La comentada tendencia sufrió algunas modificaciones en el Código de Procedimiento Penal de 2000. Es así como acatando pronunciamientos de la Corte Constitucional “se ha universalizado la aplicación de los principios de publicidad y contradicción” (Corte Constitucional, Sentencia C – 595 de 1998); sin embargo; no se vislumbran cambios sustanciales que vengan a vigorizar la aplicación de principios tales como la oralidad, la inmediación y la concentración. De tal suerte, que bajo su vigencia persistirán las insuficiencias de la legislación precedente.

Contrastando con las características acusatorias anotadas, en el estatuto procesal de 1991 se encontraban, varias disposiciones que consagraban principios claramente inquisitivos, siendo ello más notorio, cuando se trataba de adelantar el proceso por delitos de competencia de los jueces regionales; en los procesos que se adelantaban para investigar y juzgar delitos de competencia de los jueces penales municipales, del circuito, tribunales superiores y Corte Suprema de Justicia, también, había reglamentaciones de marcada inspiración inquisitiva.

En relación a los jueces regionales un claro ejemplo eran los artículos que hacían referencia a que se podía ocultar la identidad en las actuaciones de quienes intervenían en la diligencias procesales – artículo 156 –; se podía reservar la identidad del testigo – artículo 293 –, y tener en cuenta pruebas secretas para condenar – artículo 247, inciso 2° –. Para el caso de los jueces penales municipales, se tenía la práctica de la diligencia de inspección judicial sin participación de las

partes – artículo 260 inciso 2° –; allanamientos, retención de correspondencia e interceptación de comunicaciones en forma secreta – artículo 342 –.

Estas disposiciones regresaron las Instituciones procesales a las épocas pretéritas del Santo Oficio y permitieron generar las consideraciones que llevaron a concluir que, si bien estructuralmente se puede aceptar que el “Código de 1991 acogió un sistema acusatorio, el desarrollo del procedimiento estaba caracterizado por el imperio del secreto y la arbitrariedad, el desconocimiento y violación del derecho de defensa, siendo más relevante la situación en los procesos en que intervenían los jueces regionales” (García, 2002, p, 49), reglamentaciones opuestas a claros principios constitucionales contenidos en el artículo 29 de la Carta Política que consagra el derecho a la defensa, tanto para la etapa de investigación como para la del juicio, y la controversia de la prueba en todas las etapas procesales.

En el Código de 2000 la situación cambió sustancialmente al desmontarse lo que se denominaba la justicia regional o justicia sin rostro y dar paso a que éstos procesos continuarán su trámite con la concurrencia de sujetos procesales visibles. De otra parte, se conservan algunas normas que permiten en la etapa previa, practicar pruebas secretamente y sin la concurrencia de los sujetos procesales que se concretan en la inspección judicial – artículo 245, inciso 2° –, la interceptación de comunicaciones y el decreto de allanamiento y registro – artículo 293 del C. P. P y artículo 283 del C. P. P –.

En este orden de ideas, el procedimiento penal sigue siendo mixto pero con unas particularidades muy propias, toda vez, que guarda la “tendencia inquisitiva en la instrucción y la acusatoria en el juzgamiento, pero, además, el funcionario

investigador tiene la calidad de juez, toma decisiones de fondo sobre aspectos tales como la libertad, medidas cautelares sobre bienes, etc. Y cumple la función de acusación en el juzgamiento no ya como juez sino como parte sucediéndose una extraña metamorfosis, ajena a los procesos realmente acusatorios” (García, 2002, p, 49).

Igualmente, en el extinto proceso inquisitivo se destacaban como medios probatorios el testimonio, la confesión, la prueba pericial, los documentos, el indicio y la inspección. La definición de cada uno de estos medios es sencilla, clara y gramatical, a excepción del indicio, que según el derecho probatorio se entiende como un hecho del cual se infiere lógicamente la existencia de otro hecho. Esta prueba entonces, a diferencia de las demás que son un hecho, un objeto o una acción, es un proceso intelectual, analítico y complejo.

En los anteriores sistemas procesales penales, era el funcionario el que buscaba, lo que constituye un procedimiento de oficio o puede ser solicitada por las partes, como son el sindicado o el apoderado, el Ministerio Público y la parte civil. La prueba se produce en la primera etapa del proceso penal llamada sumario y es el fundamento de la acusación para llamar a juicio, el cual constituye la segunda etapa igualmente bien definida. La prueba se aporta mediante una actuación formal y escrita.

4.1.2. Antecedentes del sistema Acusatorio

Los antecedentes del Sistema Acusatorio, recaen en el “Acto Legislativo No 1 de 1979, propuesto e impulsado por el Dr. Alfonso López Michelsen, pero éste no logró operar, debido a la declaratoria de inexistencia de la reforma constitucional” (Correa, 2006, p, 413).

Posteriormente la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991 creó la Fiscalía General de la Nación, “con lo cual se sentó las bases para señalar la existencia de un sistema procesal penal con tendencia acusatoria. Sin embargo, la realidad fue otra, pues al atribuirle funciones jurisdiccionales al Ente acusador, lejos de ello, le dio vida a un sistema procesal con tendencia inquisitiva, en razón a que las atribuciones acusatoria y decisoria, que por esencia deben estar en poder de órganos distintos, le fueron asignadas, en buena parte, a la Fiscalía General de la Nación” (Daza, 2006, p, 16).

Lo anterior, le permite al Fiscal General de la Nación, en el año 2002 presentar a consideración del Gobierno Nacional un proyecto de Acto legislativo, que se convirtió en el Acto Legislativo No. 3 de 2002 por el cual se reforma la Constitución Nacional, en los artículos 250 y 251. El artículo 2º modificó el artículo 250, en el inciso 3º estableciendo:

(...) Asegurar los elementos probatorios, garantizando la Cadena de Custodia mientras ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de Derechos Fundamentales, deberá obtenerse la respectiva

autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantía para poder proceder a ello (...).

“El artículo 3° modificó el artículo 251, relacionado con las funciones del Fiscal General de la Nación, para que éste asuma directamente las investigaciones y procesos cualquiera que sea el estado en que se encuentren, los mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Así como definir el criterio y posición que la Institución debe asumir” (Fiscalía General de la Nación, 2004, p, 7).

El artículo 4°, conformó la Comisión Interinstitucional encargada de presentar a consideración del Congreso de la República – a más tardar el 20 de julio de 2003 – los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema y para adelantar su implementación gradual.

Y definió la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública.

El artículo 5° definió la vigencia del Acto Legislativo, con la indicación que el sistema se aplicaría con la gradualidad indicada en la ley, iniciando el 1 de enero de 2005 y culminando a más tardar el 31 de diciembre de 2008 en todo el territorio nacional, lo cual quedó plasmado en la Ley 906 de 2004 en el artículo 350.

En el último párrafo del Acto Legislativo No. 3 de 2002, se estableció que para la iniciación del nuevo sistema deben estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial el de la Defensoría Pública.

“Como consecuencia de lo establecido en el Acto legislativo No. 3 de 2002, se expidieron, entre otras disposiciones, la Ley 906 de 2004 por la cual se expide el

Código de Procedimiento Penal, la Ley 890 de 2004 por la cual se modifica y adiciona el Código Penal y la Ley 941 de 2005 por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

“La Ley 941 de 2005 por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública, además de la organización administrativa requerida para el nuevo rol de la defensa en el sistema acusatorio, dotó al sistema con el talento humano: investigadores y expertos criminalísticas, y con los recursos económicos necesarios para la consecución de la información y material probatorio necesario para el ejercicio real y efectivo del derecho de defensa” (Daza, 2007, p, 91).

Norma, que les dio carta abierta al personal del Sistema Nacional de Defensoría Pública, al acceso a la información que requieran según los términos y oportunidades establecidos por el Código de Procedimiento Penal; tales facultades las tienen directamente: las autoridades judiciales y administrativas, los investigadores y peritos.

Autorizó a la Defensoría del Pueblo a celebrar convenios con Entidades Oficiales o privadas para la de designación de expertos en determinada ciencia, arte, técnica u oficio, con el fin de contar con su asesoría cuando la naturaleza de los hechos objeto de un proceso asignado a un defensor público lo requiera.

La Ley 941 de 2005 permite que los funcionarios del Sistema Nacional de Defensoría Pública puedan acudir al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y a los laboratorios forenses de los organismos de Policía Judicial para recibir apoyo técnico – científico en la investigaciones que adelanten.

4.1.3. La prueba

En materia penal, la prueba se puede definir como: En sentido amplio cabe sostener que prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis, una afirmación o un hecho. “Esta noción lata, trasladada al proceso penal, permite conceptualizar a la prueba – según lo hace Cafferata Nores en su texto la prueba en el proceso penal – como todo lo que puede servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva” (Arocena, 2009, p, 1).

También puede entenderse como el conjunto de reglas relativas al recaudo y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para convencer al juez sobre los hechos de interés para el proceso.

La prueba tiene importancia en la vida jurídica y en el proceso que se discute, pues sin ella los derechos subjetivos de una persona serían simples apariencias sin solidez y sin eficacia alguna diferente de la que pudiera obtenerse por propia mano o por espontánea condescendencia de los demás.

Desde siempre se le ha reconocido un sitial privilegiado, atento al rol trascendente que está llama a desplegar en el proceso. “Ello justifica el acierto de considerarla como la comprobación (probare cum), probar con ayuda de algo, esto es demostrar algo por medio de algo distinto, a diferencia de demostrar (monstrare, de mostrar desde dentro), que significa probar algo con la simple exposición de sus razones intrínsecas” (González, 2008, p, 159).

Dentro de los medios probatorios existentes en el ordenamiento penal, se reconocen los establecidos y definidos por el Código de Procedimiento Penal, a saber:

- Inspección
- Testimonio
- Documentos
- Experticia pericial
- Elementos materiales probatorios – EMP – o evidencia física – EF –.

Además en circunstancias especiales estos métodos cognoscitivos se pueden presentar al interior del proceso penal, bien por vía de la prueba anticipada o bien de la prueba de referencia. A continuación se definirán cada una de las pruebas establecidas en el proceso penal, según el artículo 382 del C. P. P:

4.1.3.1. Inspección: Es el reconocimiento personal y directo que hace el investigador criminal, con el auxilio de testigos y peritos, de hechos que son materia del proceso. La inspección puede practicarse, entre otros, sobre los siguientes hechos:

- Sobre el lugar donde se ha cometido un crimen;
- Sobre el sujeto u objeto sobre el cual se cometió;
- Sobre cualquier elemento que haya servido para la comisión de un crimen, que proceda de su comisión, que sirva para su establecimiento o que conduzca al descubrimiento de sus autores o partícipes y

- Sobre el lugar donde pueda encontrarse cualquiera de los objetos antes descritos.

4.1.3.2. El testimonio: “Es la narración que hace una persona de hechos de los cuales tiene noticia, para darlos a conocer a otro. En sentido estrictamente jurídico, por tal se entiende el medio de prueba que consiste en la narración de lo que el testigo sabe sobre los hechos que interesan al proceso” (Bohórquez, 1998, p, 631).

El carácter fundamental del testimonio, reside en la oralidad, que por lo regular es efectiva, o que también puede ser, por excepción, potencial. Dicha forma, es esencial, y sin ella la atestación de persona no constituye testimonio.

“Pero la oralidad del testimonio de persona, como principio probatorio, no significa que sea necesario proscribir de la audiencia pública todo escrito, sino, más bien, que toda atestación personal que se presente en forma escrita debe producirse oralmente, siempre que esa reproducción sea posible” (Dei Malatesta, 2002, p, 23).

Es importante determinar que en el análisis o estudio del testimonio, es necesario tener en cuenta las siguientes circunstancias: de persona, de tiempo, de modo y de lugar. Y de manera fundamental que se refiera a un testimonio libre, directo y concreto.

4.1.3.3. Prueba Documental: “Toda expresión del pensamiento o del quehacer humano, producida por persona conocida o conocible, ilustrativa, recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, como los planos, dibujos, cuadros, fotografías, radiografías, cintas magnetofónicas,

cinematográficas y fonópticas, archivos electromagnéticos, y similares, que tengan la capacidad probatoria” (Valderrama, 2005, p, 151).

En relación a los documentos de manera clásica se puede manifestar que son expresiones que revelan un hecho punible que concierne en consecuencia al Derecho Penal.

“El hecho o dato puede ser representado de alguno de los modos que el ordenamiento determina, que podrá ser una figura (tal como las pinturas rupestres), alguna de las modalidades de instrumentos que reglan las leyes sustanciales, la fotografía, la cinematografía, etcétera. Y todos ellos tiene en común dos aspectos” (Kaminker, 2008, p, 180): que se encuentren incorporados de alguna manera y como representación a algún elemento de alguna especie, distinto del propio hecho o dato. Que ese elemento al que el hecho o dato se ha incorporado sea reproducible, siendo que su exteriorización permita que si le es aportado al juez por alguno de los medios que el ordenamiento establece, pueda él determinar es o no suficiente para probar el hecho o dato y sus modalidades.

Dicho de otro modo (Kaminker, 2008, p, 180):

Que el elemento al que la representación del hecho ha sido incorporada pueda ser aportado, mediante su mostración o reproducción al acervo cognoscitivo del juez.

La existencia de un hecho o dato y su incorporación a otro elemento, de tal manera que sea posible su exteriorización del modo que corresponda a sus peculiares características, es lo que constituye, por sumatoria, un documento en sentido jurídico.

4.1.3.4. Prueba pericial: “Es el dictamen o concepto que rinde ante un funcionario investigador o juez, una persona experta en determinada ciencia o arte, sobre personas, hecho u objetos puestos a su estudio, que requieran un conocimiento más o menos científico, para poder establecer un hecho judicialmente” (Kaminker, 2008, p, 181).

4.1.3.5. Prueba material o evidencia física: “En estricto sentido, puede señalarse que no existe diferencia entre elementos materiales probatorios y evidencia física aunque esta última puede estar referida de manera esencial a los elementos materiales probatorios que requieren de análisis técnicos o científicos” (Arciniegas, 2005, p, 96).

Por ejemplo, un documento (elemento físico de prueba), por sí mismo, puede demostrar lo que contiene. Pero, sí el objeto de la averiguación guarda relación con una firma que se dice falsificada impresa en ese documento y sobre este debe practicarse análisis de grafología, el mismo se considera evidencia física. Así, pues, toda evidencia es elemento físico (o material) de prueba, pero no todo elemento físico de prueba puede considerarse evidencia.

Sin embargo, debe señalarse que estas diferencias no tienen mayor significado práctico y resulta de legítimo recibo referirse como elementos físicos de prueba, y elementos materiales de prueba o como evidencias físicas o materiales de prueba, indistintamente – Artículo 275 Ley 906 de 2004 – (Arciniegas, 2005, p, 96).

También, “la prueba material se refiere a los objetos o partes de un objeto capaces de representar, por su solo descubrimiento, un hecho con él relacionado”

(Valderrama, 2005, p, 124). Son seis los procedimientos aplicables a la prueba física: búsqueda, localización, estudio o análisis inicial, recolección, embalaje, presentación al funcionario.

4.1.3.6. Prueba de referencia: La prueba de referencia dentro del procedimiento oral acusatorio debe acercarse al concepto de la misma; así el profesor Jairo Parra Quijano (2009) expresa: “La prueba de referencia es la declaración emitida por una persona y que a pesar de no haberse producido en el juicio oral, se utilizará en el proceso cuando se cumplan determinadas condiciones” (p, 68).

Por otra parte, Oscar Julián Guerrero Peralta (2005), la define como: “Declaración o conducta asertiva distinta de la que hace el declarante en la vista oral y que se ofrece como evidencia para poder probar la verdad de lo aseverado” (p, 174). La prueba de referencia se determina a efecto de demostrar la veracidad de lo manifestado.

El artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, hace referencia a la declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial del objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

Puede decirse que prueba de referencia es la evidencia – medio probatorio – a través del cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en

el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo “conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo)” (Bedoya, 2008, p, 125).

Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos (p, 125):

- Una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral;
- Que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir,
- Que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y
- Que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza extensión del daño causado, entre otros).

4.1.3.7. Prueba anticipada: Sí bien, la prueba anticipada no hace parte de los medios cognoscitivos expresados en el artículo 382 de la Ley 906 de 2004, es necesario adicionar en este punto, que los citados allí, pueden ser introducidos al

proceso de manera excepcional, mediante la aplicación del artículo 284 de la misma normatividad que hace referencia a la prueba anticipada.

La prueba anticipada¹ es otra excepción, al principio fundamental de que la prueba debe recepcionarse en el juicio oral en la presencia del juez de conocimiento, en una forma concentrada; se encuentra establecida en los artículos 284 y 285 del Código de Procedimiento Penal.

La validez de esta prueba radica en la necesidad de la misma para el desarrollo del proceso penal. “La validez, desde un punto de vista filosófico jurídico conlleva a hacer reflexiones del orden político por los retos que plantea con respecto a la legitimidad de la misma cuando en la obtención de la prueba se afectan derechos fundamentales” (Ruíz, 2007, p, 167).

4.1.4. Los principios probatorios

Los principios probatorios tienen como función primordial concretar el desarrollo del debido proceso en la asunción y consideración de la prueba y garantizar el ejercicio del derecho y de defensa.

¹ En el sistema acusatorio como el debate oral se practican todas las pruebas, salvo las excepciones atinentes a las pruebas anticipadas, el juez se convierte en el sujeto que percibe lo indicado por las pruebas. Con base en esa percepción el juez debe elaborar juicios y rasocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia ni, por supuesto, de las reglas de las ciencias. Es por ello, que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la Ley 906 de 2004. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal., 2006).

“Los requisitos son rigurosos como para que la excepción no se convierta en la regla, en desmedro del juicio oral donde regularmente deben practicarse todas las pruebas para garantizar los principios del nuevo sistema en materia probatoria” (Corte Constitucional, Sentencia C 124, 2011): oralidad, intermediación, concentración, contradicción, oportunidad, publicidad y valoración. Por ello debe practicarse ante el juez con todas las formalidades previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

- *La contradicción*, es un principio general y esencial del proceso penal auténticamente democrático, respetuoso de los derechos humanos, concebido como un instrumento para juzgar al hombre, sin olvidar su dignidad y sus valores, respetando los substratos procesales en que se concreta el derecho de defensa.

Por lo tanto, el principio de contradicción viene a suministrar el espacio para el reconocimiento de múltiples derechos del procesado. En efecto, éste derecho a contradecir los cargos formulados en su contra y para hacerlo puede comparecer al juicio ser oído públicamente, contradecir la prueba de cargo, presentar sus propias pruebas y recurrir las decisiones judiciales, facultades estas concebidas en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos como derechos fundamentales de todo acusado (Urbano, 2011, p, 191).

La contradicción procesal es un principio rector consagrado en el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004 –, el cual estipula:

Artículo 15 contradicción. Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o

incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como los que se practican en forma anticipada.

En este sentido, el derecho de defensa y contradicción están indisolublemente ligados. Así lo expone Lorca Navarrete, citado por Bedoya:

El real entendimiento de las consecuencias que el binomio acusación – defensa conlleva, con igualdad de oportunidades de alegación, prueba y contradicción, debatiéndose en el seno del proceso en marcha cuantas pretensiones se aducen, sin hurtar ningún aspecto de la acusación al conocimiento del afectado y a la posibilidad de su impugnación y más logrado debate, y en tal sentido el derecho a la tutela judicial efectiva comporta, entre otros efectos, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, pues la indefensión se consuma cuando una parte se ve impedida de ejercitar su posibilidad de alegar o de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (Bedoya, 2008, p, 92).

Lo expuesto, no solo evidencia la relación defensa – contradicción, sino, también, la existencia entre estas y la publicidad o conocimiento de los cargos que se formulan al acusado. “Sin publicidad no puede existir contradicción y sin esta no puede haber defensa efectiva. Por eso es tan importante la vinculación pronta del imputado para que conozca los cargos y pueda entrar a desvirtuarlos, ya que una adecuada defensa debe ser no sólo oportuna sino también unitaria y continúa” (Corte Constitucional, Sentencia C – 591, 2005).

• *Publicidad*², a los sujetos procesales o a las partes se les debe garantizar dentro del proceso el conocimiento de las pruebas para que puedan ejercer el derecho de contradicción.

La publicidad como uno de sus principios rectores, en virtud del cual, el juez tiene el deber de poner en conocimiento de los sujetos procesales y de la comunidad en general, los actos que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación, sanción o multa, teniendo en cuenta que su operancia no constituye una simple formalidad procesal, sino un presupuesto de eficacia de dicha función y un mecanismo para propender por la efectividad de la democracia participativa. Con todo, “el mismo texto constitucional legitima que se establezcan mediante ley, excepciones al conocimiento de ciertos documentos o actuaciones públicas, para que a través de un juicio de ponderación constitucional, se otorgue prioridad al principio de reserva (C. P. art. 74), como sucede con la etapa de instrucción en un juicio criminal” (Corte Constitucional, sentencia C – 641, 2002).

El Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004 –, lo estatuye en el artículo 18 y lo reitera de manera particular para la prueba en el artículo 377.

² La *publicidad* como uno de sus principios rectores, en virtud del cual, el juez tiene el deber de poner en conocimiento de los sujetos procesales y de la comunidad en general, los actos que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación, sanción o multa, teniendo en cuenta que su operancia no constituye una simple formalidad procesal, sino un presupuesto de eficacia de dicha función y un mecanismo para propender por la efectividad de la democracia participativa. Con todo, el mismo texto constitucional legitima que se establezcan mediante ley, excepciones al conocimiento de ciertos documentos o actuaciones públicas, para que a través de un juicio de ponderación constitucional, se otorgue prioridad al *principio de reserva* (C. P. art. 74), como sucede con la etapa de instrucción en un juicio criminal. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 641 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C: 13 de agosto de 2002

Artículo 18. La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación.

Como se puede observar en el artículo, existen algunas excepciones las cuales obedecen única y exclusivamente a la tutela y defensa de los derechos humanos para que estos queden a salvo, debe intervenir el agente del Ministerio Público, porque se encuentra dentro de sus funciones vigilar el desarrollo de la actuación judicial.

La columna vertebral de este principio es su aspecto democrático y concierne al control de la justicia por la colectividad, control que requiere, lógicamente, el conocimiento del origen de la imputación y de todos los factores de valoración, porque no se debe olvidar que la prueba tiene un carácter social, esto es, que debe producir el mismo grado de convencimiento en el juez y en cualquier ciudadano racional, y el juicio de la sociedad sobre la decisión judicial no es posible, sino por medio de la publicidad.

La mayor trascendencia del principio de publicidad, lo ha dado el juicio oral para que la comunidad, la ciudadanía tenga la oportunidad de escuchar el debate sobre el asunto materia del proceso y formarse un juicio sobre el mismo para

determinar si los jueces están usando adecuadamente el poder que les ha delegado (Corte Constitucional, sentencia C – 641, 2002).

Este principio lo consagra expresamente la Constitución Política de Colombia, en su artículo 29, expresando que no se permite que exista en el proceso prueba secreta, porque esta escaparía a la controversia y, precisamente, la publicidad tiene como fin primordial que se pueda ejercer aquella.

Las pruebas que se hayan practicado desconociendo el principio de publicidad serían nulas de pleno derecho, por mandato expreso de la Constitución Política y, por consiguiente, no pueden ser fundamento de las providencias judiciales que se profieran dentro del proceso (Corte Constitucional, sentencia C – 641, 2002).

- *Oralidad*: “La oralidad es mucho más compatible con la complejidad de la comunicación entre seres humanos ya que permite advertir una multiplicidad de circunstancias que difícilmente puede registrarse por medios escritos. De allí que aquella, como principio procesal, resulte más coherente con las exigencias impuestas a la administración de justicia en un régimen democrático” (Urbano, 2011, p, 187).

Entonces, la oralidad trae como consecuencia la necesidad de un proceso contradictorio en el que, el acusado y su defensor; se enfrenten directamente al denunciante, víctima, testigo, perito, delator, fiscal y magistrado, quienes en ningún momento pueden estar escondidos u ocultos; y finalmente, el procesado debe estar en pie de igualdad material, técnica y jurídico procesal con el ente acusador y con los restantes intervinientes en el proceso.

La oralidad, norma rectora de referencia de la actividad probatoria, consagrada en el artículo 9° de la Ley 906 de 2004, según el cual la actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación. “Se interpreta de la oralidad que la misma de-ñ acontecido en los diversos momentos procesales. Principio que, sin asomo de lesión, permite en las diferentes etapas del proceso su examen y valoración” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008).

- *Inmediación*: “Solamente se considera prueba aquella que ha sido practicada y producida por las partes ante el juez del conocimiento, en un juicio público, oral y contradictorio, con el fin de que el juez observe directamente el comportamiento de los testigos al declarar y que pueda valorar más objetivamente esas declaraciones” (100 preguntas del Sistema Penal Acusatorio, 2010). “El objetivo que se busca con el principio de inmediación procesal es tratar de evitar distanciamiento de la persona del juez, de los elementos del proceso y en especial de la persona del imputado” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2012).

La inmediación como principio se encuentra enunciada en el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal, que establece: En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionales previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.

Del artículo, “se desprende que el juez debe estar en permanente contacto con el proceso y con las partes. Lo inmediato es lo opuesto a lo mediato. En virtud de este principio, al juez le corresponde socializar, en sentido subjetivo, con todo aquello que hace parte de la actividad judicial” (Nisimblat, 2009, p, 17).

Significa, “que al juez le corresponde perneear aquellas actividades propias de la parte o designadas al secretario, dirimiendo a favor de una parte o de otra, aquello que no ha sido resuelto de manera pacífica” (Camacho, 1998, p, 66). “De allí que la doctrina procesal propugne por la audiencia con intermediación, cada vez más útil en los sistemas procesales modernos, donde, nuevamente, en abierto respeto por la dignidad humana, aparece el juez como rector y conductor de la actividad procesal” (Nisimblat, 2009, p, 19).

4.2. MARCO LEGAL

- Constitución Política de Colombia.
- Ley 600 de 2000 Código Penal y Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004.
- Código de Procedimiento Civil

5. DISEÑO METODOLÓGICO

El tipo de estudio escogido para la presente investigación, fue el “explicativo, el cual va más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; están dirigidos a responder a las causas de los eventos físicos o sociales. Su interés es explicar porque ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da este, o porque dos o más variables están relacionadas” (Hernández, 2004, p, 33).

“La investigación explicativa es más estructurada que las demás clases de estudios, implica propósitos como: exploración, descripción y correlación; además que proporcionan un sentido de entendimiento del fenómeno al que hacen referencia” (Hernández, 2004, p, 33). También intenta dar cuenta de un aspecto de la realidad, explicando su significancia dentro de una teoría de referencia, a la luz de leyes o generalizaciones que evidencian hechos o fenómenos que se producen en determinadas condiciones.

Dentro de la investigación científica a nivel explicativo, se dan dos elementos:

- La explicación,, dirigido a resolver la pregunta de investigación y
- Lo explicado, a través de la teoría escogida, la cual contiene afirmaciones que van ayudar a resolver los objetivos propuestos en la investigación.

Tal estudio permitió el abordaje para el desarrollo de la investigación, en cuanto a dar la respuesta a la pregunta de investigación y el objetivo propuesto.

Los instrumentos para la recolección de información para la presente investigación, fueron: primarias que son de donde se originan la información, como las personas que conocen del tema – Docentes, magistrados, fiscales, abogados, Corte Constitucional, bibliotecas de las diferentes Universidades bogotanas y la biblioteca Luis Ángel Arango.

Fuentes secundarias, son aquellas que ofrecen información sobre el tema, pero que no son la fuente original de los hechos o situaciones, sino que lo referencia. Las principales fuentes secundarias para la obtención de la información son la revisión teórica de libros, revistas, documentos escritos, documentales, noticieros y medios de información.

La técnica de recolección de información, fue documental, técnica orientada a establecer contacto directo con la fuente de información con relación al tema del peritaje dentro del marco del derecho penal.

6. LA PRUEBA PERICIAL EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

6.1. CONCEPTO

Dentro del marco del sistema jurídico colombiano, se busca que el operador tenga la capacidad de abordar todos los temas que se evidencian, presentan, concurren en el proceso; sin embargo, existen ciertos litigios que dada la complejidad temática le impiden a éste conocer con certeza e idoneidad las reglas a las que debe acogerse para resolver el conflicto. Por ello, se debe apoyar en expertos en la materia y es cuando el perito entra a brindar al funcionario el apoyo en temas desconocidos para éste. Así, el peritaje, es procedente para la comprobación de hechos relacionados con el proceso y donde se requieren especiales conocimientos científicos, técnicos, artísticos, en los términos del artículo 233 del Código de Procedimiento Civil

Artículo 233. Procedencia de la peritación. La peritación para verificar hechos que interesan al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Sobre un mismo punto no se podrá decretar en el curso del proceso, sino un dictamen pericial, salvo en el incidente de objeciones al mismo, en el que podrá decretarse otro. Tampoco se decretará el dictamen cuando exista uno que verse sobre los mismos puntos, practicado fuera del proceso con audiencia de las partes. Con todo, cuando el Tribunal o el juez consideren que el dictamen no es suficiente, ordenará de oficio la práctica de otro con distintos peritos, si se trata de una prueba necesaria para su decisión.

Y adicionalmente, lo consagrado en los términos del artículo 405 de la Ley 906 de 2004.

Artículo 405 Procedencia. La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos o especializados.

Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio.

Así, cuando la determinación de las causas y de los efectos de un hecho requiere conocimiento especializado tal como se ha venido señalando, se hace necesaria la peritación. “En ocasiones puede suplirse esa prueba por la de testimonios técnicos, pero sólo cuando se trata de las percepciones de personas con aquellos conocimientos calificados” (Devis, 1995, p, 857).

“La noción de perito, viene del concepto “experiencia” del cual se desprende pericia que se traduce en la destreza que se tiene para ejecutar una determinada labor; en ese orden de ideas se acude al apoyo del experto en cuestión, cuando se trata de dilucidar aspectos que no tienen el carácter de jurídicos y que resultan ser de difícil manejo para el operador jurídico” (Peláez, 2013, p, 215). En términos del maestro Devis Echandía (1995):

La peritación en una actividad procesal por naturaleza porque ocurre siempre en un proceso o como medida procesal previa... Por otra parte, se trata de actividad de personas especialmente calificadas por su experiencia o sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, en relación con hechos también especiales, que requieren esa capacidad particular para su adecuada percepción y para la correcta verificación de sus relaciones con otros hechos,

de sus causas y de sus efectos, o, simplemente, para su apreciación en interpretación (p, 858).

El perito debe examinar los elementos materiales de prueba, dentro del contexto de cada caso, recibiendo del funcionario la información necesaria y oportuna. Debe existir la mayor claridad posible en el dictamen ofreciendo un informe detallado de los exámenes, experimentos en investigaciones efectuadas; lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.

El operador jurídico, en la providencia que decreta la práctica de la prueba pericial, plantea las preguntas en forma de cuestionario que deban ser absueltas por el perito, presentadas por los sujetos procesales o, de oficio las que él considere pertinentes. El perito rendirá su dictamen por escrito o por el medio más eficaz, dentro del término que el funcionario le señale, el cual puede ser prorrogado por una sola vez, a petición del mismo perito; en caso contrario, se le sancionará.

También el peritaje, se puede definir como “el dictamen o concepto que rinde ante un funcionario investigador o juez, una persona experta en determinada ciencia o arte, sobre personas, hecho u objetos puestos a su estudio, que requieran un conocimiento más o menos científico, para poder establecer un hecho judicialmente” (Kaminker, 2008, p, 180). “La pericia es un medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útiles para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba” (Cafferata, 1994, p, 45).

Conforme a lo anterior, es claro que la prueba pericial necesita de los conocimientos específicos los cuales son otorgados por un profesional en concreto, que se desarrolla de acuerdo, a procedimientos y protocolos establecidos.

6.1.1. Elementos del peritaje

Los elementos del peritaje contienen la parte estructural de este medio de prueba, que se divide en subjetivo y objetivo, elemento de actividad en materia civil y penal.

6.1.1.1. Elemento subjetivo: Integrado por el denominado órgano de prueba, que según la Ley 906 de 2004 artículo 408, indica quiénes pueden ser peritos y los clasifica en dos:

- Personas con título legalmente reconocido en la respectiva ciencia técnica o arte.
- En circunstancias diferentes a las anteriores, podrán ser nombrados peritos, personas de reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, arte oficio aunque carezcan de título.

El artículo 409 de precisa en señalar, quiénes no podrán ser nombrados como peritos:

- Menores de 18 años.
- Los interdictos por sentencia judicial.
- Las personas suspendidas en la correspondiente ciencia, arte u oficio.

- Los que hayan sido condenados por algún delito a menos que se encuentren rehabilitados.

En materia civil, no se precisa quienes no pueden ser peritos; sin embargo, teniendo en cuenta el Código de Procedimiento Civil en el artículo 235 implícitamente señala que no podrán ser peritos aquellas personas que se encuentren impedidas por los mismos motivos establecidos para el caso del funcionario judicial y que se encuentran previstos en el artículo 150 del C.P.C., tales como: tener relaciones afectivas de alguna índole, tener conocimiento del proceso, tener procesos en curso en su contra, entre otros.

Por su parte, en el Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012 – ya no denomina las categorías como impedimentos y recusaciones sino como imparcialidad del perito, en los términos del artículo 235:

ARTÍCULO 235. IMPARCIALIDAD DEL PERITO. El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito. El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad.

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

PARÁGRAFO. No se entenderá que el perito designado por la parte tiene interés directo o indirecto en el proceso por el solo hecho de recibir una

retribución proporcional por la elaboración del dictamen. Sin embargo, se prohíbe pactar cualquier remuneración que penda del resultado del litigio.

En síntesis, el elemento subjetivo contiene los aspectos normativos que señalan los requisitos para ser o no perito.

6.1.1.2. Elemento Objetivo: Señala los hechos o aspectos sobre los cuales debe “recaer el dictamen pericial y, comprende aquellos hechos que requieren un nivel de conocimiento en el ámbito técnico, científico, artístico o especializado, lo que en consecuencia conlleva a que el perito cuente con esa formación” (Peláez, 2013, p, 215).

Significa que, tanto en materia civil como en materia penal, la prueba pericial aplica cuando sea necesario verificar y valorar hechos que interesen al proceso, que requieran conocimientos especializados para su comprensión y desarrollo.

El Código de Procedimiento Civil en el artículo 233 señala:

(...) sobre un mismo punto no se podrá decretar en el curso del proceso, sino un dictamen pericial, salvo en el incidente de objeciones al mismo en el que podrá decretarse otro. Tampoco se decretará el dictamen cuando exista uno que verse sobre los mismos puntos, practicados fuera del proceso con audiencia de las partes. Con todo, cuando el tribunal o el juez, considere que el dictamen no es suficiente, ordenará de oficio la práctica de otros con distintos peritos, si se trata de una prueba necesaria para su decisión (...).

Como se observa de la norma, “el propósito de que tan sólo exista una experticia respecto del mismo tema, pero que al ser desarrollada otorga a las partes y al mismo juez las herramientas necesarias para dilatar por años un proceso en procura de la práctica de la pericia” (Palacios, 2012, p, 75).

6.1.1.3. *En cuanto a la actividad:* se hace referencia a la producción de la prueba, desde el ámbito civil y penal siendo éste último el objeto de estudio. De este modo, el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 señala que al perito le serán aplicables las mismas reglas para el caso del testimonio, lo que permite deducir que lo serán las reglas del interrogatorio cruzado del testigo previstas en el artículo 391 de la Ley en comentó a la letra dice:

ARTÍCULO 391. INTERROGATORIO CRUZADO DEL TESTIGO. Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas.

En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de conainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo.

Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el conainterrogatorio, el cual se denomina redirecto. En estos eventos deberán seguirse las mismas reglas del directo.

Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el redirecto y sujeto a las pautas del conainterrogatorio.

En ese orden de ideas, es la misma ley la que fija los criterios para formular las preguntas.

En el proceso penal, el cargo de perito es de forzosa aceptación; en los demás es voluntario, pero si se rechaza y no se presenta excusa justificada, debe suprimirse el nombre de ese perito de la lista oficial.

El Artículo 416 de la misma Ley señala que a “Los peritos, tanto los que hayan rendido informe, como los que sólo serán interrogados y conainterrogados en la audiencia del juicio oral y público, tendrán acceso a los elementos materiales probatorios y evidencia física a que se refiere el informe pericial o a los que se hará referencia en el interrogatorio”.

A renglón seguido el Artículo 417 fija las instrucciones para interrogar al perito, así:

- (...) 1. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto.
2. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto.
3. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables.
4. Sobre los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación.
5. Sobre los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso.
6. Respecto a los exámenes o verificaciones si utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza.
7. La corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaran también en el mismo juicio, y
8. Sobre temas similares a los anteriores (...).

Para todos los efectos, el perito debe responder en forma clara y precisa las preguntas que le formulen las partes y podrá ser necesario consultar documentos,

notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta.

El Artículo 418 de la Ley 906 de 2004, fija algunas instrucciones para contrainterrogar al perito. El contrainterrogatorio del perito se cumplirá observando las siguientes instrucciones:

- (...) “1. La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el perito ha informado.
- 2. En el contrainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico-científicas calificadas, referentes a la materia de controversia” (...).

Es evidente que para poder interrogar al perito, los sujetos procesales deben conocer las bases de su experticio, evento en el cual el artículo 415, señala que con 5 días de antelación a la audiencia debe allegarse resumen de las conclusiones.

6.1.2. Valoración del dictamen pericial

El sistema de la sana crítica no está ausente en la Ley 906 de 2004. Doctrina y jurisprudencia consideran que es un método válido y aceptado en la Ley 906 de 2004 para el análisis individual y en conjunto de las pruebas.

Así, la sana crítica según el autor Boris Barrios González (2006) “es un sistema ecléctico entre la prueba legal y la libre convicción, en el cual el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias y artes afines” (pág., 13). Esto le permite al operador normativo la libertad

para valorar alcance del peritaje, teniendo en cuenta los conocimientos personales, las normas generales de la experiencia, el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen. Aspectos, que permiten que valorar la idoneidad del perito, la fundamentación técnico científica en que se sustenta el dictamen, el aseguramiento de calidad aplicado, el sistema de cadena de custodia registrado y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

De este modo, el operador jurídico genera el rechazo del dictamen, por carecer de alguno de los puntos antes mencionados, debido a que, las actuaciones del perito deben basarse en razones serias. Razón por la cual, el análisis crítico tanto de los fundamentos como de las conclusiones el operador jurídico debe estipular que éste carece de los conocimientos exigidos, cuando las circunstancias así lo ameriten.

Pero, si por el contrario, el funcionario considera que los fundamentos y las conclusiones reúnen todos los requisitos de lógica, de técnica, de ciencia, que para el caso pueda exigirse, y, por tanto, queda convencido de la certeza de esas conclusiones, no puede rechazarlo, sin incurrir con ello, en arbitrariedad.

En materia penal, el Artículo 420 fija algunos criterios para la apreciación de la prueba pericial, así: “.para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas”.

En la actividad de valoración, el operador normativo deberá tener en cuenta los aspectos que a continuación se enuncian:

6.1.2.1. *El dictamen pericial es un medio de prueba y una declaración de ciencia:* Debido a que el perito no persigue efectos jurídicos determinados con su dictamen, sino que su ejercicio profesional se orienta a ilustrar el criterio del operador jurídico, no es una declaración de verdad, porque puede incurrir en error y se limita a comunicarle a éste, cuál es su opinión personal respecto de las cuestiones que se le han planteado. Es, pues, una simple declaración de ciencia, técnica, científica o artística.

“La función del perito es muy diferente a la del operador jurídico porque los peritos se limitan a exponer sus opiniones, sin proferir decisión, que es personal suya; no obstante, se basa en los conceptos de aquellos” (Peláez, 2013, p, 221). Entonces, los peritos a través de sus dictámenes pueden ayudar a definir la convicción del juez, en relación con el proceso en curso; o por el contrario, el juez puede hacer caso omiso de los planteamientos expuestos por el perito. En todo caso, la actividad ejercida por el perito debe ser de carácter imparcial, en donde, sus aportes no deben tener ningún tipo de tinte que beneficie a algunas de las partes.

Lo anterior, con base en los protocolos existentes para los pronunciamientos que el perito realice en el proceso. Tal como los aportes que ofrece el *Protocolo Evaluación Básica en Psiquiatría y Psicología Forenses*, del Instituto Nacional de

Medicina Legal y Ciencias Forenses que ofrece los lineamientos para que el perito ejerza el peritaje con la idoneidad requerida.

“El Protocolo de Evaluación Básica en Psiquiatría y Psicología Forenses contiene la información necesaria para que un perito realice la exploración psiquiátrica o psicológica, en el marco de una evaluación solicitada dentro de un proceso judicial” (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2009, p, 7).

Como se puede observar con el ejemplo, además de la idoneidad del perito, este cuenta con herramientas para afianzar su trabajo.

6.1.2.2. Requisitos para la existencia del dictamen pericial: Debe ser un acto procesal y debe darse bajo los siguientes requisitos (Devis,1995, p, 323):

- Debe ser consecuencia de un encargo judicial. El dictamen de los expertos no puede ser espontáneo, mediante providencia dictada y notificada en forma legal.

- Debe ser un dictamen personal. El perito, en principio, no puede delegar su en-cargo en otra persona, pero puede tener asesores y colaboradores.

- Debe versar sobre hechos y no sobre cuestiones de puro derecho. Es decir, sobre aquellas situaciones que emanen del litigio.

- Debe ser dictamen de un tercero, persona que no es parte principal o coadyuvante, ni interviene en el proceso.

- Debe contener conceptos personales del perito. Si este se limita a exponer los conceptos de otras personas, por autorizadas que sean, existirá un relato o informe, pero no un dictamen.

6.1.2.3. Requisitos para la validez del dictamen: Que la orden de la prueba se haya dado en forma legal con la debida posesión del perito tras el juramento; capacidad jurídica del perito para desempeñar el cargo; presentación del dictamen en forma legal; que sea un acto consciente, libre de coacción, violación, dolo, o cohecho; que no exista prohibición legal de practicar esta clase de prueba y que el perito haya realizado personalmente su trabajo.

6.1.2.4. Requisitos para la eficacia probatoria del dictamen: que sea un medio conducente respecto al hecho que se quiere probar; que el perito sea competente, es decir verdadero experto para el desempeño de su cargo; que no exista motivo serio que afecte su imparcialidad y sinceridad; que no se haya probado una objeción por error grave. Si se declara una objeción contra el dictamen, éste queda sin valor y debe repetirse la prueba, con otros peritos; que el dictamen éste debidamente fundamentado; que las conclusiones del dictamen sean claras, firmes y en consecuencia, lógica de sus fundamentos. Esa lógica relación entre ellas y los fundamentos que la respaldan debe existir siempre, para que merezcan absoluta credibilidad.

Que se haya dado traslado del dictamen a las partes para que la prueba pueda ser controvertida y durante ese lapso se puedan solicitar las ampliaciones o aclaraciones y proponer objeciones. Si no se da ese traslado, el dictamen carecerá de mérito probatorio; que no haya habido retracto y que otras pruebas no lo desvirtúen aun cuando no haya habido objeción.

6.1.2.5. *Los informes técnicos de los funcionarios:* El artículo 243 del Código de Procedimiento Civil consagra la posibilidad de requerir de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos de entidades oficiales.

Generalmente los operadores deben utilizar como peritos a los expertos del cuerpo técnico de policía judicial, de medicina legal y demás funcionarios de la administración pública que no tengan interés en el proceso.

Lo expuesto hasta ahora, permite determinar el avance de la ciencia que en el mundo moderno produce una significativa ampliación y consecuente especialización en conocimientos científicos y técnicos. “Este cambio es de tal magnitud que importa la adquisición de conocimiento de algunos hechos con altísimo grado de certeza o precisión en la ciencia de que se trate; se propone la utilización de métodos cada vez más complejos y sofisticados” (Ferreyra, 2008, p, 33).

Es preciso realizar una distinción entre lo que se conoce como ciencia buena y ciencia mala. Al respecto la Suprema Corte de los EE. UU. En el caso “Daubert”, en 1993, sentó doctrina referente a esta problemática partiendo de la pregunta ¿qué debe ser considerado ciencia? Sostuvo que para su aceptabilidad cuando funda el dictamen de un perito se requieren condiciones tales como:

- Que respecto del conocimiento de que se trata, exista un consenso general por parte de la comunidad científica; es decir, se excluye su utilización cuando medien dudas fundadas acerca de su validez epistemológica;
- Que de alguna manera sea empíricamente verificable;

- Que, en su caso, se conozca el margen de error que lo condiciona;
- Que haya sido revisado por parte de un comité o consejo, de probada jerarquía científica;
- Que se haya publicado en revistas especializadas que aplican el sistema de control preventivo por parte de científicos especializados en la rama del saber de qué se trate a fin de que certifiquen su valor científico (referato).
- Además, claro está, se requiere la condición de pertenencia, que presupone la existencia de una relación directa con el caso (Ferreyram 2008, p, 33).

Respecto del carácter científico de algunos campos del saber, sostiene Taruffo (2006) que no hay dudas en cuanto a las denominadas ciencias duras o no humanas, tales como la química, la física, las matemáticas, la ingeniería, la biología, la genética.

Los problemas se evidencian en las ciencias blandas, por ejemplo “las ciencias denominadas humanas o sociales, como la psicología, la psiquiatría, la economía, la sociología, la crítica literaria, la estética o las ciencias de las religiones, en donde se discute precisamente si se trata de ciencias en el sentido estricto del término, ya que carecen de algunos caracteres propios como la verificabilidad empírica o la posibilidad de repetición” (Ferreyra, 2008, p, 37).

De modo que, el legislador quiso precisar en el nuevo sistema penal acusatorio en el apartado destinados a las pruebas, de las que hace parte la práctica pericial, el esfuerzo por lograr un proceso penal basado en principios que entre los

cuales tiene como estandarte para su cabal cumplimiento – identidad, integridad, preservación, seguridad, almacenamiento, continuidad y registro –.

Entonces, de los artículos mencionados en párrafos anteriores del Código Procedimiento Penal, se interpreta, la ampliación que se hizo en cuanto al alcance de los medios probatorios, en relación con el perito, no se limita a presentar informes, sino que debe demostrar en juicio las razones y fundamentos de la experticia que llevó a presentar los resultados del análisis, en las diferentes áreas que sean requeridas sus actuaciones; así, la responsabilidad que incluye no solamente a los servidores públicos, sino los particulares que tengan relación con el elemento material probatorio y además, dejó abierta la posibilidad para que el Fiscal General de la Nación direcciona todo lo relacionado a las actuaciones en materia probatoria.

En este orden de ideas, las actuaciones de los peritos en el proceso penal colombiano, deben contener la idoneidad, transparencia, y experticia que se requiera, logrando con ello que lo expuesto por el perito sea verdad para las partes.

6.2. LA PRUEBA PERICIAL EN EL CONTEXTO MUNDIAL

Es tan importante la prueba pericial que ha sido consignada en los tratados internacionales, no definiéndolos, pero sí haciendo mención expresa o en otros implícitamente contenidas en garantías procesales universales, debido proceso artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Es así que la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículos 10 y 11 consagran el Derecho de Defensa, el juicio público y que la sentencia se base en un debido proceso de ley, esto no debe ser tomado someramente como un principio garantista, sino que constituye la base de toda sociedad civilizada en que se espera que la decisión judicial que se adopte sea fruto de un proceso en que se respete todas y cada una de las garantías y obligaciones (los derechos tiene su contrapeso en las obligaciones) que el derecho internacional y la legislación nacional establece como estándar mínimo para llegar a absolver o condenar a una persona.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 – 22 de Noviembre de 1969, señala en su artículo 8 Nro. 2 literal f) “Derecho de la Defensa de interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos...”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 14 y 15 contienen las normas procesales para poder establecer que el derecho de defensa va unido a la acusación, imputación social que se hace a un individuo de un punible y que a través del debido proceso se llegará a una sentencia absolutoria o condenatoria con todos los medios o antecedentes probatorios que se encuentren al alcance de todo juez, Tribunal o Corte para tomar su decisión racional y lógica, por lo que la prueba pericial no se excluye, sino que es necesaria en aquellos casos

en que se requieran conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio, porque ello ofrece mayor grado de certeza en la decisión.

Dentro de este contexto, a manera de ejemplo es importante hacer referencia a la prueba pericial en la legislación española. El ordenamiento jurídico Español establece y regula la definición y valoración pericial en el ámbito policial y judicial. El informe pericial está previsto y regulado en la jurisdicción ordinaria Española en materia penal por los siguientes preceptos:

- Procedimientos Civiles: Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil – LEC –, artículos 124 a 128 y 335 a 352;

- Procedimientos Penales: Real Decreto de 14 de Septiembre de 1882, que aprueba la Ley de enjuiciamiento Criminal – LECrim –, artículos 456 a 485, que regulan el informe pericial en la fase de instrucción del sumario, artículos 661 a 663 y 723 a 725, que lo regulan en la fase del juicio oral, y los artículos 334 a 367, que hacen referencia a diversas actividades periciales.

Como establecen el art. 336 LEC y el art. 456 LECrim: “El juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos técnicos, científicos o artísticos”.

En principio, los peritos han de ser titulados, es decir, deben estar en posesión del título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Y "son títulos oficiales con validez en todo el territorio nacional los que, a propuesta del Consejo de Universidades sean establecidos con tal carácter por el Gobierno mediante Real Decreto" (art. 28.1º Ley Reforma Universitaria) (De Luca, 2013, p, 3).

En el proceso penal, pueden ser necesarios informes periciales en diversos momentos, y a distintos efectos, tanto en la fase de instrucción como plenario o juicio oral. Con carácter general, la ley dispone que “todo conocimiento pericial se hará por dos peritos” –art. 459 LECrim–.

Cuando por razón de la materia a que se refiera el informe no existan técnicos u organismos dependientes de la administración de justicia, se recurre a funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de otras administraciones públicas. En este caso se encuentran las unidades de Policía Científica y el servicio de criminalística de la Guardia Civil (De Luca, 2013, p, 4).

Al igual que en Colombia, la valoración del informe pericial se establece según las reglas de la sana crítica.

El tribunal, a la hora de dictar sentencia, no está vinculado por el dictamen pericial, sino que deberá valorarlo de acuerdo con “las reglas de la sana crítica”, es decir, el juez gozará de libertad de valoración pero teniendo en cuenta el resto de las pruebas practicadas en el procedimiento y haciendo una valoración conjunta de todas ellas. Además de estas normas generales, algunos principios particulares determinan la importancia y el valor de la prueba científica: la cualificación profesional del perito, el método observado, la claridad expositiva, la ausencia de contradicciones internas y externas y la racionalidad conclusiva (De Luca, 2013, p, 4).

En la legislación española al igual que en la colombiana, nada impide que el peritaje se realice durante el juicio oral, al no haber tenido lugar antes. También, puede realizarse fuera de la sede del órgano judicial, razón por la cual habría que suspender el juicio oral, para que las partes puedan concurrir al mismo haciendo las observaciones pertinentes que se harán constar en acta.

6.3. ANÁLISIS DE LA PRUEBA PERICIAL

En aras de ejercer una defensa, son muchos los que se han lanzado a calificar la prueba pericial como una prueba de referencia, la jurisprudencia en forma insistente ha resaltado que éste medio probatorio jamás pudiera ser valorado como prueba de referencia.

Si bien, Barrientos Ossa realiza la importancia del perito y peritaje a punto que la califica como la prueba del futuro que remplazará a los demás medio probatorios, existen escritores como el académico Mauricio Duce, quien en su trabajo de monografía minimiza la función del perito en su presentación y sustentación de sus informes, pues infiere que el juez es solo una persona que recibe un informe y escucha la perito, sin posibilidad alguna de razonar sobre el informe que le fuera aducido, sin embargo este aspecto no se maneja en la forma como lo desprecia el académico, pues es el juez, persona llamada en la toma de decisión, tendrá que tener en cuenta para la sentencia la prueba pericial, la declaración del perito, el informe pericial como antecedentes probatorios, que se deben mirar bajo los postulados de la lógica, de acuerdo con los conocimientos científicos afianzados y máximas de la experiencia, es decir valorar no desde el punto de vista del perito, sino desde todos los medios de prueba que fueron presentados y controvertidos, fundamentando sus decisiones en lo probado.

El elemento fundamental de esta prueba es la aportación de máximas de experiencia, de las que carece el juez o tribunal. De ahí que, el aspecto fundamental de la misma es determinar si es un medio de prueba en estricto sentido, o más bien

se puede considerar como auxilio técnico del operador judicial. Es importante recalcar, que la prueba pericial no busca remplazar la actividad del juez, sino a apoyar la decisión en caso de duda. Así con la reforma penal, el perito tomó un segundo aire, se abrió la opción de usar el peritaje con mayor amplitud.

La pericia en diferentes procedimientos, especialmente en el penal, y conforme a las normas que lo rigen y los protocolos existentes para una mayor precisión en la utilización de esta prueba, existe una serie de avances técnico – científicos, que permiten afirmar, como ya se había mencionado la futura reina de las pruebas. Quizás esta afirmación obedece a que se vale de la idoneidad, experticia, conocimiento de quien ejerce el peritaje y éste a su vez se apoya en todas las herramientas que el mundo actual le facilita para demostrar en el proceso lo que tenga que demostrar con la rigurosidad requerida.

Lo expuesto, teniendo en cuenta el mundo globalizado en el que está inmerso el hombre, profundamente tecnificado, en el que las especializaciones son una necesidad; entonces, no resulta descabellado pensar que los jueces que son abogados de formación, deban tener los conocimientos para resolver tan variados temas como procesos maneja, cuya solución requiere el dominio de conocimientos técnicos o artísticos que no domina o que simplemente desconoce.

El histórico judicial que se evidencia en el nuevo sistema penal acusatorio se observa como los jueces examinan y razonan cada uno de los elementos materiales probatorios y sus decisiones cada día van acorde con la palabra justicia.

Suele suceder, que se presente una equivocada valoración de la prueba, identificado este desatino por falta de apreciación de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, cotejar todos los elementos de convicción entre sí, para luego conforme con todas las reglas de la experiencia, la lógica y los principios científicos, aplicarlos a los hechos investigados, y explicar los motivos por los que toma determinada decisión.

Si ha habido casos o fallos en forma excepcional, en los cuales lo que se hace como valoración probatoria es reproducir un informe pericial, pero la norma establece también el trámite de los recursos para estas inconformidades, y se da la oportunidad de explicar y fundamentar probatoriamente el inconformismo.

6.4. LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA PERICAL

La función pericial tiende a suministrar los elementos de juicio al órgano jurisdiccional, en áreas científicas o técnicas específicas que escapan a la formación jurídica de quien lo integra o por lo menos, que éste no tiene el deber de conocer en profundidad. Así, la prueba pericial avanza conforme a los avances tecnológicos - científicos, su importancia radica en que la persona que aduce tener las condiciones para ser perito, debe demostrar la idoneidad en las diferentes materias que se requieran, exigiendo la incorporación de elementos especializados en situaciones como (Lara, Hernández y Campos, 2011, p. 13):

- Los laboratorios informáticos que constituyen la infraestructura científica y se integran ocupando un sitio preferencial en el conocimiento del experto,

- Las pericias sobre hardware y/o software ya no plantean una seria problemática que escapa a su actuación en el ámbito adversarial o extradversarial; tales como la designación de peritos idóneos, las formas para producirlas y las cuestiones conexas.

“En este sentido, la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados” (Fiscalía General de la Nación, 2008, p. 173). Un claro ejemplo de esto, es lo que sucede con la prueba de embriaguez cuando una persona va conduciendo un vehículo, caso en el cual se requiere de la experticia en la prueba pericial.

Así, acogiéndose a la Resolución No. 000414 de 2002 por medio de la cual se fijan los parámetros científicos y técnicos relacionados con el examen de embriaguez y alcoholemia. Por ende, el proceso para la determinación clínica forense de embriaguez, requiere de una prueba pericial conforme a los avances técnico – científicos en la materia.

Entonces, conforme al artículo 21 de la Ley 1383 de 2010 que establece que en cualquier caso de embriaguez el vehículo será inmovilizado. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses expidió la Resolución No. 000414 del 27 de agosto de 2002, en donde señaló que para determinar el estado de embriaguez alcohólica de una persona se podrán utilizar los siguientes procedimientos:

- Alcoholimetría, la cual se obtiene de la medición de la cantidad de etanol en la sangre y se expresa en mg de etanol/100 ml de sangre total. La correlación con

la embriaguez debe hacerse en todos los casos según lo establecido por la Resolución No. 000414 del 27 de agosto de 2002.

- Por examen clínico, cuando no se cuente con métodos directos o indirectos de determinación de alcoholemia se realizará el examen clínico según el estándar forense establecido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y las mediciones a las que haya lugar conforme a lo establecido por la No. 000414 del 27 de agosto de 2002.

Exámenes que deben ser realizados por expertos, en cuyo caso la prueba pericial constituye un factor determinante en esta clase de situaciones y quienes deben ser conocedores de todas las unidades de medición y los cambios que la tecnología y la científicidad han traído en la materia.

Por consiguiente, la unidad de medición generalmente aceptada para definir alcoholemia es la escala BAC - Concentración de Alcohol en la Sangre o Contenido de Alcohol en la Sangre (Véase gráfica 1).



Figura 1. Nivel de embriaguez por la medición BAC

El sistema BAC mide el grado de concentración de alcohol en la sangre. Se mide tanto como un “porcentaje por masa, por masa por volumen o una combinación de ambas. Por ejemplo, un .02% BAC puede significar 0.2 gramos de alcohol por 1000 gramos de sangre o puede significar 0.2 gramos de alcohol por 100 mililitros de sangre” (¿Cuáles son las unidades de medición de alcohol?, 2015).



Figura 2. Concentraciones de alcohol en un hombre de 75 kg bebiendo cerveza a un ritmo uniforme.

En algunos países el BAC se reporta como Gramos de Alcohol por 1000 ml (1 litro) de sangre. Debido a que la gravedad específica de la sangre es muy similar a la gravedad específica del agua (su componente principal), los valores numéricos para BAC (% , porcentaje) y (g/1000 mL, permil) solo se diferencian en la colocación del punto decimal.

El número de bebidas consumidas es una medida muy pobre para determinar el grado de intoxicación, principalmente por la variación psicológica y la tolerancia al alcohol de las personas. Diversos factores incluyendo el peso, sexo, y porcentaje de grasa corporal pueden variar en el BAC (¿Cuáles son las unidades de medición de alcohol?, 2015).

Las pruebas de alcohol asumen que el individuo examinado se encuentra en el promedio en diversos sentidos, según las mediciones del BAC. De la misma manera, con las pruebas de urianálisis. Cuando se analiza la orina para el alcohol,

se asume que hay 1.3 partes de alcohol en la orina por cada 1 en la sangre. Las pruebas de alcohol en aliento asumen además que el examen es post-absorción. Esto es, que la absorción del alcohol en el cuerpo de la persona se completó. Si la persona sigue absorbiendo alcohol, su cuerpo no ha alcanzado el nivel de equilibrio, en donde el “la concentración de alcohol es uniforme en todo el cuerpo. La mayoría de los expertos forenses en alcohol rechazan resultados durante este periodo ya que las cantidades de alcohol en el aliento no reflejaran una concentración verdadera en la sangre” (¿Cuáles son las unidades de medición de alcohol?, 2015).

La prueba de embriaguez y el uso del alcohosensor,

La promoción del invento, publicada en una revista de ciencia popular de 1927, decía que “de manera infalible” mostraba que un individuo ha tomado un solo trago si soplab a través de un par de tubitos que contenían un químico que cambiaba de color con la presencia mínima de alcohol. Lo importante, agregaba el aviso, es que servía no sólo para que la policía detectara a los conductores sospechosos de haber ingerido alcohol sino que era una herramienta preciosa en manos de las esposas que, tarde en la noche, tenían que decidir si admitían o no en casa al esposo “vagabundo”.

De entonces acá el invento ha sido perfeccionado y extendido de tal modo que en sí mismo es altamente eficaz como una herramienta técnica de manejo delicado. El problema es que la fina herramienta está en manos de personas que tienen los pies (algunos con botas) en la tierra frente a otros que los tienen en el acelerador (El Espectador, 2014, p. 1).

Un claro ejemplo de la especialidad que requiere esta prueba, son las acciones que ejercen la Policía de Tránsito y la Secretaría de Movilidad, que con el fin de prevenir accidentes y como una medida de reforzar y fortalecer los operativos de alcoholemia contrató 5 médicos certificados. “Actualmente estos procedimientos

son realizados por 62 patrulleros alcohosensoristas, certificados para ejecutar pruebas indirectas con 12 alcohosensores calibrados cada cuatro meses por la empresa Saravia Bravo de Bogotá” (Secretaría de Movilidad, 2014). Los médicos asisten a los patrulleros en la función de practicar las pruebas de alcoholemia. Su labor es realizar exámenes clínicos forenses para determinar estado de embriaguez, no solo alcohólica, sino también la producida por otras sustancias depresoras diferentes al alcohol, que son reportados en un informe pericial de acuerdo con la Ley.

Los profesionales cumplen con el perfil establecido en el Manual Técnico Forense, el cual señala que: serán responsables de la realización de dicho examen, además de los peritos médico-forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, también lo podrán practicar todos aquellos profesionales médicos que en Colombia, deban realizar un examen clínico forense para determinar embriaguez y rendir el respectivo informe pericial en los casos señalados por la Ley.

Los médicos contratados cuentan con el conocimiento teórico sobre el tema y el entrenamiento específico y están capacitados para el reconocimiento y valoración de los hallazgos clínicos con el fin de poder interpretarlos en conjunto y concluir sobre el estado de embriaguez y su etiología, esta capacitación está debidamente certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Secretaría de movilidad, 2014).

La dinámica de la labor pericial impone que cada caso sea único aunque se trate de una acción idéntica a otra u otras. Esto hace que resulte imposible plantearse esquemas fijos, porque además, intervienen personas diferentes, con criterios distintos que, sin importar un apartamiento de las leyes, pueden generar definiciones distintas para conflictos similares.

El perito le dará, a cada caso, su propia impresión, pero con las particularidades de cada situación, existen pasos básicos que todos deben ejecutar y de los cuales es importante estar informado, es decir, ir al paso con los cambios técnicos – científicos que hace del peritaje la prueba del futuro y que día a día es más exigente.

CONCLUSIONES

En la sistemática adoptada el peritazgo se organiza como un servicio auxiliar de la Administración de justicia, conformado por expertos de la Policía Judicial del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de cualquier entidad pública o privada y por particulares especializados en la materia – art´406 C.P.P –. En consonancia con el anterior criterio normativo, el nombramiento para actuar como perito, obliga al designado a acudir al llamamiento, siendo “forzosa su aceptación y ejercicio; si el nombrado es particular la obligatoriedad sólo surge ante la ausencia absoluta de servidores públicos que puedan dictaminar en la respectiva materia; en ambos casos únicamente se acepta como excusa l enfermedad que incapacite para cumplir la función, la carencia absoluta de medios para su adecuado desempeño y el grave perjuicio a los intereses del perito” (Pabón, 2007, p, 649).

Partiendo de la idoneidad del perito, se encuentra que el Estado asume la veracidad de ésta, razón por la cual “no son pruebas incuestionables, ni presunciones de derecho ni legales de idoneidad del perito” (Arenas, 2003, p, 174).

“En aras de la presunción de buena fe, puede el juez y las partes dar credibilidad de la idoneidad, pero ello no es óbice para que como deber funcional el juez o funcionario judicial, y como derecho, las partes pidan y exijan que al expediente se aporten pruebas fehacientes de la especial capacitación del perito para prestar su colaboración como auxiliar de la justicia” (Arenas, 2003, p, 175).

La falta de costumbre, la inercia y la buena fe, no son razones válidas ni pretexto para que en casos concretos no se determine esta idoneidad. Si esta

comprobación se hiciera sistemáticamente o al menos con más frecuencia, se alejaría de este oficio a numerosos farsantes de muy mala fe que sin ninguna idoneidad, se las dan de peritos.

Según la doctrina procesal penal, la razón de tener al perito como sujeto procesal radica en la necesidad de expertos en determinada ciencia, arte o técnica que expliquen o ilustren las circunstancias y el hecho o hechos con características punibles que se investigan; razón por la cual éste debe contar con los conocimientos conforme a las exigencias del mundo actual, asegurando que esta prueba perdure en el tiempo y se convierta en la prueba del futuro, pues es la llamada, frente a otras pruebas como la testimonial, a reinventarse cada día según las exigencias del mundo, tal como sucede con la prueba de alcoholemia.

En suma, sería muy beneficioso para la Administración de Justicia que se hicieran comprobaciones reales y no solamente formales de la idoneidad de los peritos oficiales y no oficiales, en relación con los protocolos que se tienen en cuenta al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

Arciniegas, M. (2005). Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

Arocena, G. (2009). Prueba en materia penal. Argentina: Astrea.

Bedoya, S. (2008). La prueba en el proceso penal colombiano. Colombia: Fiscalía General de la Nación. Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses.

Bohórquez, B. (1998). Diccionario Jurídico Colombiano. Bogotá, D.C.: Editora Jurídica Nacional.

Barrios, G. (2006). Teoría de la sana crítica. Panamá: Biblioteca Jurídica Diké.

Cafferata, N. (1994). La prueba en el Proceso Penal, con especial referencia a la Ley 23.984. Buenos Aires - Argentina: Depalma. p. 45.

Camacho, A. (1998). Manual de Derecho Probatorio. Bogotá, D.C: Temis.

Castillo, R. (2012). Viabilidad del polígrafo como elemento materia de prueba en el Sistema Penal Acusatorio - Ley 906 de 2004. Colombia: Universidad Militar Nueva Granada, especialización en procedimiento penal constitucional.

Correa, R. (2006). Investigación Jurídica y Sociojurídica en Colombia. Resultados y avances en Investigación. Colombia: Universidad de Medellín. p. 413.

Corte Constitucional. (1998). Sentencia C – 595. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, D.C., 21 de octubre.

----- (2005). Sentencia C – 591. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas H. Bogotá, D.C., 9 de junio.

----- (2011). Sentencia C – 124. Magistrado ponente: Luís Ernesto Vargas Silva, Bogotá. 1 de marzo.

----- (2002). Sentencia C – 641. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C: 13 de agosto.

Corte Suprema de Justicia. (2007). Sala de Casación Penal – Sala de Decisión de Tutelas. Magistrado ponente: Mauro Solarte Portilla. Acta Número 123. Bogotá, D.C., Julio 17.

----- (2006). Sala de Casación Penal. Magistrado ponente: Edgar Lombana Trujillo. Proceso No. 24468. Bogotá, D.C., 30 de marzo.

----- (2011). Sala de Casación Penal. Magistrado ponente: Javier Zapata Ortiz. Acta Número 171, Bogotá, D.C., mayo 18.

----- (2008). Sala de Casación Penal. Proceso No. 27192. Aprobado Acta No. 013. Magistrado ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán. Bogotá, D.C., 30 de enero.

----- (2012). Sala de Casación Penal. Aprobado Acta No. 417. Magistrada ponente: María del Rosario González Muñoz. Bogotá, D.C., 14 de noviembre.

Daza, A. (2006). Víctimas en el sistema procesal penal acusatorio a partir del acto legislativo 03 de 2002. Colombia: Universidad Libre de Colombia – Centro de Investigaciones Socio – Jurídicas. p. 16.

----- (2007). Escena del delito y cadena de custodia en el sistema procesal colombiano a partir del Acto legislativo. No.03 de 2002. En: Prolegómenos:

Derechos y valores. Enero – junio, Volumen X, número 019. Colombia: Universidad Militar Nueva Granada. Pp. 89 – 98

De Luca. (2013). La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial Español. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-19.pdf>.

Devis, E. (1995). Teoría General de la prueba judicial. Función y naturaleza jurídica de la peritación y del perito. Tomo I. 5ª ed. Bogotá, D.C: ABC editorial.

Escobar, J. (2007). Eficacia, eficiencia y efectividad en la justicia. En: Revista Judicial. Edición 4. Marzo. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.

El Espectador. (2014). Alcoholemia, embriaguez y uso del alcohosensor. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/alcoholemia-embriaguez-y-uso-del-alcohosensor-articulo-467055>

Ferreyra, D. (2008). Prueba científica. Examen de ADN y otros análogos. Inspección corporal. En: Temas de prueba. Compilador. Arazi. Roland. Prueba Ilícita y prueba científica. Argentina: Rubinzal – Culzoni editores. Pp. 33 - 71

Fiscalía General de la Nación. (2011). Informe de Gestión Agosto 2009 – Noviembre 2010. Colombia. p. 123

------. La prueba en el proceso penal colombiano. (2008). Colombia.

------. (2004). Plataforma tecnológica y sistema de información para el sistema penal oral acusatorio. Colombia. p. 7.

------.Glosario. (2015). Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/sistPenal/glosario.pdf>

García, V. (2002). Las pruebas en el proceso penal. Parte general. 3ª ed. Colombia: Gustavo Ibañez. p. 49

Gil, B. (2009). Los mínimos antropológicos para una visión cristiana del hombre en la prueba pericial desde la sana antropología cristiana. (Tesis doctoral). Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Derecho Canónico.

Girladi y Unzago. (2007). La prueba pericial en el proceso penal de la provincia de Buenos Aires. En: Revista de Buenos Aires. No. 7. Agosto. Pp. 1 – 26.

González, Z. (2008). Prueba y nuevas tecnologías. Internet, correo electrónico, firma electrónica y digital. En: Temas de prueba. Compilador. Arazi. Roland. Prueba Ilícita y prueba científica. Argentina: Rubinzal – Culzoni editores. Pp. 159 – 176

Guerrero, P. (2005). Fundamentos Teóricos Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Hernández, S. (2004). *Metodología de la Investigación*. 4ª ed. Canadá: Mc Graw Hill

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2009). Protocolo Evaluación Básica en Psiquiatría y Psicología Forenses. Colombia: Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses

----- (2009). Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual. Colombia: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Kaminker, E. (2008). Reflexiones sobre la incidencia de los documentos electrónicos y con firma digital en el sistema general de los documentos. En: Temas

de prueba. Compilador. Arazi. Roland. Prueba Ilícita y prueba científica. Argentina: Rubinzal – Culzoni editores. Pp. 177 – 199

La prueba pericial médica en los pueblos primitivos. (2015). Disponible en: <http://www.gorgas.gob.pa/museoafc/loscriminales/criminologia/prueba%20pericial.html>

Lara, Escobar y Quintanilla (2011). La prueba pericial judicial en el proceso civil y mercantil. El Salvador: Universidad de El Salvador – Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales.

Nisimblat, N. (2009). Los principios rectores del procedimiento y del proceso en Colombia. Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Pabón, P. (2007). Código de Procedimiento Penal. Colombia: Doctrina y Ley.

Palacios, N. (2012). Análisis jurídico Ley 1564 de 2012, Sistema General del Proceso – SGP – y su incidencia directa con la oralidad el régimen probatorio y el principio de celeridad procesal. (Tesis de grado). Colombia: Universidad de San Buenaventura – Cali.

Parra, Q. (2009). Manual de Derecho Probatorio. 17ª ed. Bogotá, D.C: Librería Ediciones del Profesional.

Peláez, R. (2013). Manual para el manejo de la prueba. Con énfasis en el proceso civil, penal y disciplinario en el contexto de la oralidad. 3ª ed. Colombia: Doctrina y Ley.

Quintero, V. (2010). Pruebas psicosociales en Derecho de Infancia, adolescencia y familia. En: Estudios de Derechos. Vol. LXVII, No. 150. Colombia: Universidad de Antioquia.

Rodríguez, N. (2010). El rol del perito psicólogo en Colombia. En: cultura, educación, sociedad – CES volumen 1. Colombia: Corporación Universitaria de la Costa.

Rojas, Q. (2013). Código general del proceso: aciertos y vicisitudes de un nuevo régimen de pruebas – especial comentario a la propuesta de reforma frente a la prueba documental y la prueba pericial. En: Univ. Estud. No. 8. Enero – diciembre. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

Ruíz, J. (2007). Valoración de la validez de la eficacia de la prueba. En: El Derecho Constitucional a la prueba, análisis de la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia. Colombia – Antioquia: Comité para el Desarrollo de la Investigación.

Salazar, V. (2009). La prueba pericial en el proceso ordinario de responsabilidad civil médica. Colombia: Universidad de Medellín – Facultad de Derecho.

Taruffo, M. (2006). La prueba científica en el proceso civil, en estudios sobre la prueba. México: Universidad Autónoma de México.

Vanegas, V. (2007). Las audiencias preliminares en el Sistema Penal Acusatorio. Colombia: Fiscalía General de la Nación.

Urbano, M. (2011). La nueva estructura probatoria del Proceso Penal. 2ª ed. Colombia: Ediciones nueva jurídica.

Valderrama, V. (2005). La investigación criminal en el sistema acusatorio. 3ª ed. Colombia: Ediciones jurídicas Radar.

Vargas, A. (2010). La valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal, público. En: Prolegómenos Derechos y Valores, Vol. XIII, número 25, enero – junio. Colombia: por la Universidad Militar Nueva Granada.

100 preguntas sistema penal acusatorio. (2010). Disponible en:
<http://www.fiscalia.gov.co/sistPenal/sistemapenal/Cartilla%20100%20preguntas.pdf>

¿Cuáles son las unidades de medición de alcohol? (2015) Disponible en:
<http://www.empresasindrogas.com/index.php/deteccion-de-alcohol/51-icuales-son-las-unidades-de-medicion-de-alcohol>