



EL PERITO, ASESOR ESPECIALIZADO EL TESTIGO EXPERTO (TÉCNICO) *

DR. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN**

Sea lo primero agradecer la fina atención del 'Instituto Nacional de Medicina Legal', del Comité del Congreso, por ello de la Dra. MARTHA AGUDELO YÉPES, por la invitación que se me cursara para participar en este "IX CONGRESO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES", en tema tan atrayente como es "EL PERITO, ASESOR ESPECIALIZADO, EL TESTIGO EXPERTO (Técnico), que debe causar gran polémica, pero también amplio debate para su aceptación o rechazo, con respecto a la búsqueda de la verdad material dentro de un proceso, en donde se debe reestructurar una realidad existente y en juicio 'ex post'.

1. DE LA INVESTIGACIÓN Y EL MODELO DE ESTADO

La evolución de la estructura del delito y del concepto del delito que por ella se produce, varía en cada modelo de Estado, y se puede decir, que cambian la dirección de lo que por investigación se entiende. El manejo que allí se produce, tanto en uno como en otro modelo de Estado, se encuentra orientado por la prueba. Desde luego, el medio probatorio, su resonancia, su abstracción, y obviamente su valor, se encuentra ligado al sistema procesal que se utilice. Son protagonistas las partes, pero el nivel probatorio es diverso entratándose del momento histórico que se presente, y la dirección que por ella se produzca en el campo económico, político y social en que se desarrolle.

* Versión inicial –por lo tanto parcial– se encuentra en el escrito "LA PRUEBA PERICIAL. (Perito-Asesor Especializado y Dictamen Pericial)" presentado al 'Encuentro Nacional de Abogados del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses', por fina invitación que se me cursara por intermedio de la Doctora EMILIA MONTAÑEZ DE TORRES, Jefe de la Oficina Jurídica, el "INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES".

** Profesor Titular Universidad Externado de Colombia. En el trabajo colaboró el Dr. Nelson Nevito Gómez.

La anterior hipótesis se demuestra de la siguiente manera:

Algo hay de diferencia entre un derecho romano inicial con un procedimiento formulario y una prueba que apunta casi exclusivamente al juramento y las concepciones, que sobre la forma de demostrar, se inician en época posterior. Recordemos cómo fue la tortura un medio de prueba y al mismo tiempo, consecuencia por el hecho imputado, por el cual se defería responsabilidad. Al canto, el diseño que ofreciera Beccaría para retratar el momento histórico de la utilidad, uso y, en veces, abuso de la tortura.

“Una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, o para obligarlo a confesar un delito, o por el descubrimiento de los cómplices, o por no sé cuál metafísica e incomprensible purgación de la infamia, o finalmente por otros delitos de que podría ser reo, pero de los cuales no es acusado”¹.

De esta forma, se llamó a la tortura la reina de las pruebas, que perdiendo credibilidad social, fue reemplazada por la prueba testimonial; de allí a nuestros días, el testimonio es el medio de prueba más utilizado.

El proceso se inicia, se contiene y se fundamenta en la prueba testimonial. No obstante lo cual se observa una preocupación sentida, ocasionada por su relatividad:

“Si la verdad tuviese siempre un carácter diferente del error, que no es más que su contrario, distinguirla de él sería un simple juego. La desgracia de la crítica no permite que sea así. ‘La verdad y la mentira, dijo Montaigne, tiene sus rostros iguales, el porte, el gusto y las maneras idénticas: la vemos con los mismos ojos’ (Essais, Libro III, Capítulo XI). Y los filósofos como Mach, que han estudiado la cuestión, concluyen que las mismas funciones síquicas, actuando según las mismas reglas, nos conducen tanto a la verdad como al error, y que únicamente una cuidadosa comprobación hecha en todos los sentidos puede prevenimos contra el error (Mach, La Connaissance et l’erreur, trad. Dr. Dufour, 1908, París, Flammarion)”².

Penden del proceso, la demostración y la decisión de la capacidad intelectual del testigo, de su percepción, de la memoria, etcétera, sin dejar pasar por alto sus trastornos.

¹ BONESANA, César - Márqués de Beccaría. *Tratado de los delitos y de las penas*. (Comentarios sobre el libro *De los delitos y de las penas*, por VOLTAIRE). Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires 1993. Pág. 87 y 88.

² GORPHE, François. *La Crítica del Testimonio*. 8a. Ed. Reus S.A. Madrid 1980. Págs. 38-39.

Al juez le corresponde la evaluación, ya fuera en tarifa legal o en sana crítica de los medios de prueba, entre ellos, el testimonio. No obstante, el carácter objetivo y subjetivo del testimonio, las alteraciones de las facultades mentales, los estados afectivos, hasta llegar al testigo sospechoso, permiten dar un alto cuestionamiento a lo que se puede demostrar por medio del mismo. Cuando existe tarifa legal y en ella se precisa que dos o más testimonios coincidentes sobre los mismos hechos y las mismas circunstancias darán por demostrada la imputación, se concluye la existencia de un juicio de responsabilidad acrítica. En su momento, cuando se apunta a la sana crítica, a la libre convicción, se llega a la conclusión de una mejor y mayor posibilidad de estudio objetivo y subjetivo del testimonio que permita o no llegar a la certeza de la existencia del hecho, y por lo tanto, a la posibilidad íntima de demostrar la imputación y deferir la responsabilidad. Claro, obvio ahora, bajo el presupuesto de la posibilidad de utilizar, si fuere el caso, otros medios de prueba.

La estructura del delito, por la que han de trasegar el juez, y las partes, en defensa o acusación, es de vital importancia para la protección del principio de presunción de inocencia. Las nulidades procesales, que en un comienzo se aferraban al trámite de las etapas procesales (debido proceso), y que apuntaban a la fórmula en la aducción y decreto de la prueba, hoy se han reconstituido, para encontrar más que debido proceso, derecho de defensa, derecho de defensa de las partes en igualdad, y, de esta manera, libertad en los medios probatorios, para llegar a la certeza en tal atribuibilidad de la conducta al sujeto, la imputación de los hechos y, si es el caso, deferir la responsabilidad. De mucho nos hemos descargado frente a los juicios de Dios o a las ordalías.

Dentro de las muchas posibilidades que se pudieren utilizar para la demostración, encuéntrase la llamada prueba técnica, ésta originada en la peritación, orientada por los asesores especializados, y vertida al proceso por medio del denominado testigo experto o testigo técnico.

Fue tan importante la prueba testimonial, que se dio la necesidad de protegerla con amenaza de pena en caso de no coincidir lo dicho, lo conocido y la realidad. Sin embargo, la amenaza de pena por falso testimonio no corrige de manera inmediata la posibilidad de sentencias condenatorias injustas, pues habría que acudir a la demostración del falso testimonio, y de allí a la reconstrucción de la presunción de inocencia, por medio de la denominada acción de revisión; entre tanto, la persona se encuentra condenada o, en términos más sencillos, desconocido el segmento de libertad, en sentencia formalmente legal y materialmente injusta.

Este pensamiento nos hace reflexionar acerca de incentivar a través de la técnica, que bien que desarrollada se encuentra, los medios que se hallan al alcance.

Los medios técnicos no solamente sirven para recaudar la prueba, grabaciones, videos, etcétera, en lugar de las antiguas transcripciones manuales o de máquina de escribir, sino que dota al administrador de justicia de mecanismos para llegar a la defensa del derecho sustancial, acudiendo a los tradicionales mecanismos de peritación: contable, la balística, la dactiloscopia, la química, los explosivos, en fin, todos los tópicos que se puedan llevar a cabo por medio de la criminalística, sino que hoy se aumentan los medios y recursos, porque si bien es cierto, en el país no existen, en la práctica, gabinetes de apoyo al funcionario judicial, sí puede éste solicitar a entidades públicas o privadas el nombramiento de asesores especializados para que lo ilustren en determinada ciencia, arte o técnica. Estos no son verdaderamente peritos, son auxiliares para la búsqueda de la verdad objetiva, que auxilian al juez en su tarea, orientan las pesquisas, la formulación de cuestionarios, la interpretación de símbolos, la determinación de tópicos objeto de investigación. Otro tanto ocurre con la aparición constante y ponderada del llamado "testigo técnico", que no es aquél que conoce de los hechos, sino que por su conocimiento en determinada ciencia, técnica o arte, depone sobre el objeto de estudio, a solicitud de parte o por determinación del funcionario judicial, sin que exponga su percepción sobre lo acaecido, sino sobre su conocimiento en determinada materia, que desde el punto de vista procesal, es objeto de debate.

Ya se sabe que existen críticas al postulado, pero necesario es sacrificar algunos conceptos tradicionales en procura de la protección del derecho sustancial, en donde se hace una ecuación coincidente, la cual sería: administración de justicia –acceso a la justicia– protección del derecho sustancial. En el Estado social de derecho, la protección del derecho sustancial es cardinal; razón más que necesaria, para encontrar un concepto que parezca a los intervinientes³ dentro de un proceso que, además de partes en algunos casos, son siempre operadores de la norma.

Saber receptionar la prueba, saber preguntar, pero sobremanera, conocer sobre lo que se está debatiendo, produce un juicioso concepto de impartición de justicia. Este es el nivel que se va a manejar en esta charla, en donde el formalismo ha de ceder a la exaltación del derecho, obvio, en la protección del derecho sustancial, y allí se encuentran las partes, los funcionarios judiciales y todos los intervinientes en el proceso. Este esquema, permítaseme insistir, implica una categorización del derecho de defensa en igualdad y, sobremanera, en desarrollo del principio de lealtad.

³ Cfr. IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J. SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. Temas de Derecho Procesal Penal. T. I. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Profesores No. 20. 1995. Santafé de Bogotá, pág. 28 y ss.

Mucho se ha criticado a la justicia por encontrarse unas veces frente a la impunidad, otras frente a dudas ponderadas con respecto a la decisión que se fundamenta en ambivalencias probatorias, y otras por emerger de los postulados del derecho penal premial, en donde se desplaza la obligación del Estado de probar la responsabilidad para ser receptor de una delación.

En la hora actual del mundo, la relación trata de medios probatorios que produzcan, a través de la ciencia, juicios intrínsecos y extrínsecos, objetivos e imparciales.

2. PRESENTACIÓN ACTUAL DE LOS MEDIOS DE PRUEBAS

Superando las discusiones que pudieran existir con relación al principio de legalidad, especialmente al principio de legalidad en la aducción de la prueba, como presupuesto de existencia y de validez de la misma, y de esta manera, ser objeto de evaluación por parte del funcionario judicial, hoy, por parte del fiscal y/o el Juez, se ha de reflexionar sobre la función de los medios de prueba dentro de un modelo de Estado, como es el modelo de Estado: "Estado Social de Derecho".

Con razón la doctrina ha sostenido que:

*"A manera de conclusión provisional, se puede afirmar que las pruebas **están por su esencia**, tan íntimamente ligadas al debido proceso, que ellas constituyen el primer y más importante objetivo de ataque en los sistemas políticos opresivos, ya sea que atenten abiertamente o en descampado, o que actúen en forma ladina y soterrada.*

"Todo para decir que un aplicador de derecho no puede manejar las pruebas en forma ingenua, como quien maneja un instrumento neutro o meramente técnico. Se quiere significar con esta imbricación entre política y prueba, que éste es un instrumento que siempre está lleno de sentido dentro de un orden jurídico político y que jamás podrá ser sólo un instrumento técnico neutro. Se quiere afirmar y se afirma, que condenar a un inocente por errores de hecho o de derecho en materia de pruebas, produce el mismo efecto que condenarlo por un delito no tipificado o condenarlo sin haber oído y vencido en juicio. De ahí que resulte un descarado engaño la consagración positiva de un flamante tinglado de garantías procesales o del debido proceso, y al mismo tiempo se permita un manejo laxo y abusivo de las garantías en materia de pruebas"⁴.

⁴ ARENAS SALAZAR, Jorge. *Pruebas Penales*, Ediciones Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, D.C. 1996, pág. 68.

Lo cierto es que, la determinación judicial no es un momento ahistórico desde el punto de vista de las realidades, la determinación judicial es una conclusión que, ahora más que nunca, apunta a la verdad verdadera, a la verdad histórica, haciendo que la verdad formal que se encuentra en un expediente sea coincidente, proyección de identidad, si es posible, a esa verdad histórica.

Ello es así, y la consecuencia de lo dicho está en que los hechos ya están dados, la grande problemática jurídica es el cómo demostrarlos.

Varios sistemas se han perfilado en punto de darle solución a la problemática ingeniándose primeramente los juicios de Dios u ordalías, posteriormente la tarifa legal y, ahora, la sana crítica o íntima convicción. El primer sistema tiene como fundamento la teocracia, en donde la verdad debería revelarse por los signos externos de lo que luego se constituyó en vocero del medio de prueba, vale decir, en la confesión y el juramento; el segundo, tiene como fundamento la cuantificación, tratando, de pronto, de enarbolar una tabla empírica de cantidad más que de calidad de prueba, de cantidad más que de calidad de demostración; los dos sistemas anteriores son reemplazados por el de la íntima convicción, aplicando como instrumento la sana crítica.

La íntima convicción, en la hora actual del mundo, posee una doble acepción; la primera hace referencia a la íntima convicción que produce la calidad de prueba, siempre y cuando ésta se produzca mediante el rigorismo que produce el principio de legalidad, de allí que vale más el procedimentalismo que el derecho procesal; la segunda acepción apunta a que el operador de la norma, el funcionario judicial y las partes por medio de sus apoderados, han de buscar la realización del derecho sustancial, en resalto, el derecho de defensa como lo ordena el artículo 228 de la Constitución Política. Cede entonces el rigorismo instrumental del principio de legalidad al principio de la realización del derecho sustancial que refleja la calidad de demostración, siempre y cuando no se trunque el derecho de defensa.

Podremos afirmar que, ¿en el sistema actual se rechaza totalmente la tarifa legal? La respuesta la otorga la jurisprudencia de la siguiente manera:

La posición mayoritaria afirma:

*“Lo que la doctrina por parte alguna enseña es que el error de HECHO recoja también el falso juicio de CONVICCIÓN, pues cuando de éste se trata se habla es del error de DERECHO, **habiéndose precisado ya suficientemente, que, hoy por hoy, al desaparecer de nuestro procedimiento penal la tarifa legal, para darle paso al sistema de la persuasión racional, que no prefija valor a la prueba, este error tampoco***

se da. Desde luego, y así hay que precisarlo, el error de DERECHO también cobija el falso juicio de LEGALIDAD, o sea, vicio en la aducción o incorporación de la prueba” (Resaltos fuera de texto).

Estamos con tal postura, no obstante, se debe agregar y entonces estar con el contenido de la aclaración de voto, cuando sostiene:

“Con el advenimiento del estatuto procedimental de 1987, se consideró prudente terminar con estos rígidos valores, reemplazándolos por las REGLAS DE LA SANA CRÍTICA, dejando sujeto al juez a su libre convencimiento. Con tal determinación esta especie de falencia no es dable predicarla de ninguna prueba en particular, ni tampoco de las diferentes especies, en general. (...).

“4. No obstante, y en esto radica mi aclaración, no consulta la realidad el predicar tajantemente que con el advenimiento del referido sistema de la persuasión racional, «...este error tampoco se da...». Aún subsisten, sin embargo, rezagos de la tarifa legal. Valgan algunos ejemplos:

“Lo primero tiene que ver con la duda insalvable. Aparte de los casos en los que puede presentarse una violación directa de la ley (la reconoció pero no la aplicó) o indirecta por error de hecho (no fue posible que surgiera la duda por haberse omitido, supuesto distorsionado la prueba) es posible también que se dé en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción. En su presencia, según la normatividad, debe aplicarse el INDUBIO PRO REO, lo que indica que unas pruebas que no son suficientes para dictar la sentencia absolutoria, basta que creen la duda insalvable para que adquieran la categoría de plena prueba.

“También existe un segundo ejemplo de pruebas tarifadas. **Según el inciso segundo del artículo 247 del C. de P.P., en los procesos de que conocen los jueces regionales, las declaraciones de testigos ocultos son insuficientes para dictar sentencia condenatoria.** Por consiguiente, sólo en conjunción con otras pruebas es posible dictar sentencia condenatoria.

“5. No ha desaparecido, por consiguiente, el error de derecho por falso juicio de convicción. Aún persiste en la normatividad y es posible su alegación en sede de casación”⁵ (Resalto fuera de texto).

⁵ AUTOS Y SENTENCIAS. Septiembre - Diciembre 1994. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Carlos E. Mejía Escobar. Noviembre 28 de 1994. No. de Rad.: 8583.

La demostración y su instrumento, los medios probatorios, lo son en tanto y en cuanto produzcan un juicio de certeza en el funcionario judicial, en últimas, en el Juez que define el proceso.

No cabe duda, entre la dicotomía de juicios ex-ante y ex-post, los juicios, la axiología que determina cuáles son los medios de prueba, son ex-ante. Allí, el legislador puede determinar que los medios de prueba sean taxativos, o por el contrario, puede establecer un mecanismo meramente enunciativo. Colombia se encuentra dentro de la segunda opción, al establecer como principio fundamental **la libertad probatoria**:

El art. 253 del C.P.P. determina:

“Libertad probatoria. Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial y respetando siempre los derechos fundamentales” (resaltos fuera de texto).

Tal presupuesto permite hacer una distinción, la libertad probatoria existe siempre y cuando la ley no exija para la demostración un determinado medio de prueba, por ejemplo, en el caso de la propiedad inmobiliaria, ésta se debe demostrar por medio del título y el modo (registro), cosa que no ocurre en tratándose de fenómenos como el de la posesión.

El juicio ex-post, ocurre frente a lo demostrado, a la calidad de demostración y a la producción de certeza en el funcionario judicial; el mecanismo de apreciación de la prueba ha de ser en conjunto y mediante la aplicación de la sana crítica. Determina el C.P.P.:

“Artículo 254. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El Funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que se le asigne a cada prueba” (C.P.P.).

La exposición ponderada de la virtualidad probatoria, o también llamada motivación es, en verdad, punto técnico que permite desarrollar el derecho de defensa en los diferentes medios de impugnación, de gravamen o grado de jurisdicción (recursos ordinarios, extraordinarios y consulta, respectivamente).

Dos deben ser los puntos de reflexión: el primero, el de la libertad probatoria; el segundo, el de la apreciación de las pruebas. Un tercer interrogante que surge se refiere a saber si las pruebas ¿son del Juez o son del proceso? Esta última reflexión apunta al sistema procesal que se esté utilizando, en varios niveles. Si nos hallamos en un sistema inquisitivo podríamos decir en

sustrato de fundamento que, la administración y el apuntamiento de las pruebas corresponde al Juez, director supremo; si en el acusatorio, ellas corresponden a un debate entre las partes ante el Juez. Recuérdese que en este sistema, el mayor esfuerzo procesal demostrativo corresponde hacerlo en la etapa del juicio, y allí, la Fiscalía es parte, parte acusadora junto con la parte civil, frente a la acusada: sindicado-defensor, y ante un Juez que resuelve la contienda.

Qué se debe probar y cómo se debe probar, son entonces los interrogantes.

Dentro de la óptica de la realización del hecho punible, los esfuerzos de la demostración encuéntrase dirigidos a la realización de la acusación, con respecto a las partes que diseñan o han de diseñar la pretensión del Estado contra un individuo, especialmente la parte civil, o la configuración y reforzamiento de la presunción de inocencia, para la defensa, cuando su posibilidad se encuentra frente a la exoneración o al mejoramiento de las circunstancias punitivas, si fuere el caso, pero, en todos los momentos y circunstancias presuponiendo el derecho de defensa. Tales posturas de acción, desde luego, implican el ejercicio de la igualdad de las partes y por ello el restablecimiento del derecho.

Con todo, la pregunta siguiente es del mayor calado: ¿cómo se debe probar? En cualquier postura de pretensión y de defensa, importante es señalar ese "cómo". Por los medios de demostración, sería la mejor respuesta. No obstante, hoy por hoy, de interés resulta buscar no sólo la posibilidad de alcanzar el cómo, por dichos medios, sino los mecanismos para desarrollarlos y de allí la importancia que en la hora actual se da a la necesidad de contar con los desarrollos de la técnica, la ciencia o el arte para lograr, no sólo una ilustración adecuada y por ello más aproximada de los hechos, sino la posibilidad de alcanzar la protección del derecho sustancial. Allí la inquietud.

3. TENDENCIA DE LOS MEDIOS

El segundo sustrato de esta reflexión lo da la alternativa entre privatizar el medio de prueba o de publicizar el medio de demostración. Si lo segundo, nos veremos en la penosa circunstancia en que los peritos y los expertos deben ser servidores públicos para poder producir o intervenir en la prueba; si lo primero, la calidad de quien interviene o produce la prueba es separada y separable de la calidad de demostración que se evidencia. En este último caso, estamos hablando de la posibilidad de intervención o de producción de demostración por parte de los sujetos privados.

Cómo se debe demostrar siguiendo estos argumentos.

- Si los hechos ya han sucedido;

- Si lo que se requiere es la necesidad de prueba;
- Si ésta debe apuntar al objeto de demostración de debate;
- Si bajo este presupuesto se debe investigar lo favorable y lo desfavorable;
- Si la tecnificación de las actividades, de los hechos, requieren de tecnificación tanto del medio de prueba como de quien interviene en ella o la produce.

Tenemos que llegar a una doble conclusión: la obligatoria necesidad de expertos y la indistinta posibilidad que ellos sean asesores de carácter público o privado.

De esta manera se aplica el principio de libertad probatoria, con finalidad de apreciación de los medios de prueba, garantizando, en verdad, el derecho de defensa.

Antiguamente se pensaba, con alguna lógica, que el Juez era el perito de peritos, esto bajo el presupuesto del dicho popular, que quien decide es quien resuelve las circunstancias demostrativas. Ello no es correcto, lo cierto es que en la mirada actual el Juez es fiel de balanza en la realización del derecho sustancial y, entonces, ha de evaluar tanto las pruebas documentales, testimoniales, como las que hacen referencia a contenidos técnicos o de arte, o aquellos que de alguna manera apunten a la demostración de ciencia, que de suyo, no son del saber obligatorio de quien dispensa justicia.

La discusión se desplaza ahora a si esas personas que intervienen son partes, de suyo se debe considerar, cualquiera sea la postura que siendo o no partes, realizan actos procesales⁶.

⁶ Crf. BAUMANN, Derecho Procesal Penal, Conceptos Fundamentales y Principios Procesales, Introducción sobre la base de casos. Ediciones Depalma Buenos Aires, 1986. "Testigos, peritos y otras personas que proporcionan informaciones". (Por ejemplo, autoridades, § 161 y 256 de la Ordenanza Procesal Penal) no son considerados, en cambio, por la opinión dominante, como sujetos procesales. Pero pueden realizar *actos procesales*. A mi juicio, se debería abandonar este concepto, excesivamente estrecho, de sujeto procesal y reconocer subjetividad procesal a todos los que intervienen en el procedimiento. La discusión tiene, en parte, carácter simplemente terminológico (del mismo modo se expresa Henkel, § 25. I)". Así mismo: GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Derecho Procesal Proceso Penal, Tirant lo blanch libros, Valencia 1993, págs. 287-288 y 301-302. "Las declaraciones testificales y los informes periciales que se estudian en este tema son actos o diligencias de investigación y no de prueba, realizados a presencia de la autoridad judicial encargada de la averiguación y constancia de los hechos, con el fin de preparar el juicio, proporcionado a las partes y elementos básicos en los que fundamentar la acusación y la defensa y, sobre todo, el conocimiento necesario para la proposición

4. REGULACIÓN Y DIFERENCIAS DE LAS DIVERSAS MANIFESTACIONES DE LA INTERVENCIÓN TÉCNICA EN EL PROCESO PENAL

No acabamos de afirmar la necesidad de los apuntamientos técnicos, cuando hemos de deducir la necesidad de dicha prueba. Necesidad de prueba que, como quedará demostrado, se encuentra afecta a las circunstancias actuales del mundo, entre ciencia y técnica.

Debemos realizar un bosquejo en visión de antecedente, de cómo se tenían varios principios de prueba y varios conceptos de la prueba técnica, a efecto de encontrar su desarrollo, y por último, el estado actual de la misma.

a. En el ya derogado, pero vigente en su época, Decreto 050 de 1987, que impuso un denominado sistema inquisitivo mixto, imperaba la fórmula genérica de la legalidad de la prueba, artículo 252, con interesantes resultados, pues según jurisprudencia reiterada, la prueba no solamente debería ser ordenada o admitida, sino que además debía estar cubierta dentro de los denominados términos de comisión.

Recuérdese que la comisión, era un factor de competencia judicial, por manera que, por fuera del término (tiempo) o de la materia (para lo que fue comisionado), la prueba perdía importancia pero, con todo, no podía deses-

de la prueba que se haya de practicar en el plenario o juicio oral, a presencia entonces del órgano jurisdiccional que deba dictar la sentencia.

Se trata de medios de investigación ordenado por el juez que la tiene legalmente encomendada desde el momento en que aparezca la comisión de hechos presuntamente delictivos; de aquí que resulten excluidas en este estudio las declaraciones testificales que hubieran podido prestarse con ocasión de la investigación policial o la pericia realizada en ese momento, porque, de un lado, no existe un deber jurídico de comparecer y de prestar declaración ante las autoridades policiales, y, de otro, los informes elaborados y los testimonios recogidos por ellas habrán de incorporarse al atestado o deberán dar razón de ciencia cuando los hechos referidos no sean de conocimiento directo.

Aunque materialmente pudiera afirmarse que la diligencia de investigación consistente en el examen de una persona ajena al procedimiento para que preste una declaración de conocimiento no difiere de la prueba de testigos realizada en el juicio oral, o que son semejantes los informes parciales rendidos en ambas fases del procedimiento, es obvio que procesalmente resultan por completo distintas, tanto desde el punto de vista de su finalidad, como teniendo en cuenta su valor, como por el procedimiento que se ha de seguir en ambos casos.

En efecto, las declaraciones testificales y los dictámenes de los peritos que se hayan de prestar durante la investigación, están preordenados a la averiguación de los hechos y a la determinación de las personas responsables. El interrogatorio y el dictamen pericial deben dirigirse, por tanto, de forma primordial, a que el testigo transmita al juez lo que sepa y el perito sus conocimientos científicos o artísticos para ordenar la práctica de otras diligencias cumpliendo la función que el ordenamiento le encomienda".

timarse por esta única circunstancia⁷. Huelga afirmar entonces que, en principio, la legalidad de la prueba apuntaba al rito de su decreto, y tenía como límite externo el de las comisiones; por manera que, era factible atenderse más a la formalidad de aducción, que a la calidad de demostración.

Obviamente, dicho criterio restrictivo y formal se encontraba reforzado por el principio de la libertad de prueba, bien que diverso al que hoy se encuentra, pues solamente reconoce **por los medios previstos en el Código**; mandaba el artículo 254:

*“Libertad de prueba. Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad o inocencia del procesado, y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán probarse **con cualquiera de los medios de prueba, previstos en este Código**”* (Subrayas fuera de texto).

Ahora bien, principios fundamentales de las pruebas eran el de la utilización de los medios técnicos y la consignación de la posibilidad de utilizar asesores especializados, artículos 255 y 260:

*“Art. 255. Utilización de medios técnicos. Los funcionarios del cuerpo Técnico de Policía Judicial, de Instrucción y de Conocimiento, para la práctica de cualquier prueba, podrán utilizar los medios técnicos adecuados, dejando constancia de haber sido recepcionada directamente por él. **Dichas pruebas serán valoradas por el funcionario en la misma forma que las de carácter documental**”* (Subrayas fuera del texto).

“Art. 260. Asesores especializados. Podrá el juez solicitar, de entidades oficiales, la designación de expertos en determinada ciencia o técnica cuando quiera que la naturaleza de los hechos que se investigan requiera de la ilustración de tales expertos. Los asesores designados tomarán posesión como los peritos y tendrán acceso al expediente en la medida en que su función lo exija”.

La primera norma transcrita no apunta a la prueba técnica sino a la posibilidad o a la introducción para Colombia, de utilizar medios técnicos para contener las pruebas, circunstancia que hoy no tiene reparo alguno, pero con un error fundamental en el contenido del precepto transcrito, que apuntaba a una especie de tarifa legal, pues el mandato apuntaba a que el funcionario debería valorar dicha prueba como si fuera documental. Error fundamental. Porque una cosa es la naturaleza de la prueba (testimonio, confesión, etc.) y otra, el mecanismo o técnica utilizado para contenerlo, que sí es un documento, o un cassette, o un video.

⁷ C.S. de J., Sala de Casación Penal, M. P. Dr. Luis Enrique Aldana Roza. Sept. 24 de 1985.

La segunda norma transcrita refiere a los asesores especializados. Allí solamente acepta la colaboración de *entidades oficiales*, sin que exista razón atendible para ello, y además afirma que, para efecto de la posesión, dichos asesores especializados lo harán como peritos. De interés el hecho de ser aceptados los asesores especializados, pero al mismo tiempo la norma dejó a la interpretación, si aquellos realmente eran peritos o sencillamente eran asimilados a aquéllos, para efectos de su posesión, situación que se agudiza cuando se estudia la prueba pericial, pues la razón que le asiste a la creación de asesores especializados, es decir, la necesidad de concepto “de expertos en determinadas ciencia o técnica”, es la misma que se establece en la procedencia de la prueba pericial.

No obstante, es más evidente la reiteración cuando en la prueba pericial se encuentran las siguientes posibilidades en cuanto a la diferencia entre peritos oficiales y no oficiales:

“Art. 267. Prestación de servicios de peritos. *Cuando sea solicitado judicialmente el servicio de peritos se prestará por los expertos del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, Medicina Legal y demás funcionarios de la Administración Pública que no tengan interés en el proceso”* (Resaltos fuera de texto).

“Art. 268. Nombramiento especial de peritos. *Cuando no sea posible utilizar el servicio de peritos previsto en el artículo anterior, el funcionario designará al perito o peritos que deban intervenir, de las listas de auxiliares de la justicia elaboradas para la actuación en los procesos civiles. La no prestación del servicio demandado, lo hará acreedor a las sanciones previstas en el artículo 261 de este Código y al retiro definitivo de las listas en que aparezca. D. 2265/69 8. C.P.C. 8”* (Resaltos fuera de texto).

“Art. 271. Posesión de peritos no oficiales. *El perito por nombramiento especial tomará posesión del cargo prestando el juramento legal”* (Resaltos fuera de texto).

Del estudio de las anteriores normas se debe llegar a las siguientes conclusiones:

- Que los peritos debían ser oficiales, vinculados a entidad pública;
- Que cuando no era posible obtenerlo de dichas entidades, serían llamados los auxiliares de la justicia, utilizados en los procesos civiles.

Lo que implica que la posibilidad de nombramiento de peritos, como asesores especializados acudiendo a las entidades privadas, era del todo

imposible, tal vez, con el prurito de privatizar la justicia y, como tales, servidores públicos que realizan funciones públicas de manea transitoria, conforme a las voces del artículo 63 del Código Penal, en concordancia con el antiguo Decreto 2265 de 1969, y actualmente el Decreto 2282 de 1989, artículo 8, que determina:

“Art. 8º. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 1º. Naturaleza de los cargos. Los cargos de auxiliares de la justicia **son oficios públicos** que deben ser desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación e incuestionable imparcialidad. Para cada oficio se exigirán versación y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, título profesional legalmente expedido. Los honorarios respectivos constituyen una equitativa retribución del servicio, y no podrán gravar en exceso a quienes solicitan que se les dispense justicia por parte del poder público” (Resaltos fuera de texto).

Lo que es una reflexión intrascendente, pues en estos casos para efectos de la ley, las entidades y más exactamente las personas de naturaleza privada, se convierten en servidores públicos para los efectos de las pruebas.

b. Ahora bien, los antecedentes del Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, indican lo siguiente:

b.1. Resáltase, que en la enumeración de los medios de prueba existe en verdad una amplia libertad probatoria, a punto tal; que la tendencia de la propuesta del gobierno era el aceptar *“cualquier otro medio que sea útil para la formación del convencimiento del funcionario”*. La subcomisión reduce el concepto dejando la libertad probatoria al arbitrio judicial, quien, *“practicará las pruebas no previstas en este Código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, sin violación a los derechos fundamentales”*. Tal disposición (artículo 248) es coherente con el contenido en el de la libertad probatoria (artículo 253).

b.2. En cuanto hace a los **asesores especializados**, ubicados en este capítulo de principios, se afirmó lo siguiente:

“PROPUESTA DEL GOBIERNO

“Artículo 253. Asesores especializados. *El funcionario podrá solicitar de entidades oficiales la designación de expertos en determinada ciencia, arte o técnica, cuando quiera que la naturaleza de los hechos que se investigan requiera de la ilustración de tales expertos.*

“Los asesores designados tomarán posesión como los peritos y tendrán acceso al expediente en la medida en que su función lo exija.

“El director de la entidad o dependencia oficial cumplirá inmediatamente el requerimiento del funcionario.”

“COMENTARIO DE LA SUBCOMISIÓN

“Es necesario, agregarle el término «judicial».

“PROPUESTA DE LA SUBCOMISIÓN

*“**Artículo 253. Asesores especializados.** El funcionario judicial podrá solicitar de entidades oficiales, la designación de expertos en determinada ciencia, arte o técnica, cuando quiera que la naturaleza de los hechos que se investigan requiera de la citación de tales expertos.*

“Los asesores designados tomarán posesión como los peritos y tendrán acceso al expediente en la medida en que su función lo exija.

“El director de la entidad o dependencia oficial cumplirá inmediatamente el requerimiento del funcionario judicial.”

“TEXTO DEFINITIVO

*“**Artículo 257. Asesores especializados.** El funcionario judicial podrá solicitar de **entidades oficiales o privadas**, la designación de expertos en determinada ciencia, arte o técnica, cuando quiera que la naturaleza de los hechos que se investigan requiera de la ilustración de tales expertos.*

“Los asesores designados tomarán posesión como los peritos y tendrán acceso al expediente en la medida en que su función lo exija, obligándose a guardar la reserva debida.

“El director de la entidad o dependencia oficial o privada cumplirá inmediatamente el requerimiento del funcionario judicial” (resaltos fuera de texto).

De lo anterior se deduce que por razones no explícitas, pero útiles, se aceptó como principio general la existencia de asesores especializados, de naturaleza oficial o privada. Afirmando que no explícita, porque no existe ningún antecedente que explique la inclusión de entidades privadas, pero útil, porque era una necesidad probatoria.

b.3. De interés también tenemos los denominados informes técnicos, así:

“INFORMES TÉCNICOS

“PROYECTO DEL GOBIERNO

Los artículos 294, 295 y 296 conformaban un capítulo especial que en la redacción final se integró al capítulo de Documentos:

“CAPÍTULO VII

“INFORMES

“**Artículo 294. Informes técnicos.** Los funcionarios podrán solicitar a **entidades públicas o privadas**, que o sean parte en la actuación procesal, **informes técnicos o científicos** sobre datos que aparezcan registrados en sus libros o consten en sus archivos o en cualquier objeto, destinados a demostrar hechos que interesen a la investigación o al juzgamiento (subrayas fuera de texto).

“TEXTO DEFINITIVO

“**Artículo 278. Informes técnicos.** Los funcionarios podrán requerir a **entidades públicas o privadas**, que no sean parte en la actuación procesal, **informes técnicos o científicos** sobre **datos que aparecen registrados en sus libros o consten en sus archivos o en cualquier objeto**, destinados a demostrar hechos que interesen a la investigación o al juzgamiento”⁸ (subrayas fuera de texto).

Nótese que estos informes se encuentran dentro del capítulo que refiere al medio de prueba documental, con un trámite especial de traslado y con posibilidad de requerimiento en caso de haber sido recogidos por la policía judicial, para ser llamados como testigos, salvo el caso de protección de identidad de funcionarios.

b.4. Punto de resalto lo constituye el llamado testigo técnico y testigo experto, sin que exista antecedente en el Código de Procedimiento Penal, Decreto 409 de 1971 y en el Decreto 050 de 1987, no obstante lo cual se deduce del contenido del artículo 292 del Código de Procedimiento Penal. En los antecedentes o discusiones del Código de Procedimiento Penal. actual, no existe referencia específica al tema, pero trataremos de precisarlo.

c. En el Código de Procedimiento Penal;

⁸ GANCINO MORENO, Antonio José, SALAZAR DE LA TORRE, Juan Carlos, Código de Procedimiento Penal, Actas de la comisión especial legislativa comentado - concordado con jurisprudencia, Ediciones Librería del Profesional, págs. 382, 383, 405.

- c.1. Como se dijo, es aceptada toda clase de medios de prueba⁹.
- c.2. Así mismo, es coherente la postura anterior con la libertad probatoria.
- c.3. También se afirmó la posibilidad genérica de utilización de asesores especializados de naturaleza pública o privada¹⁰.

La aceptación de asesores especializados es un prisma de la formulación genérica de perito, pues son expertos en determinado arte o ciencia. Tales asesores especializados no hacen parte en verdad de la prueba pericial, tomada como medio de prueba, sino que son, en verdad, asesores que, como en gabinete de instrucción, aportan luces al funcionario judicial en la investigación de hechos o autores; en tal virtud, dichos asesores pueden orientar al funcionario judicial en una inspección judicial, en la explicación de circunstancias técnicas de una prueba pericial, y en la hora actual del mundo se requieren para lograr el esclarecimiento del delito y la conducción hacia la verdad real. Por ello está bien que se afirme que dichos asesores toman posesión como los peritos, pues se convierten en servidores públicos que ejercen función pública de manera transitoria, son auxiliares de la justicia. Desde este punto de vista, su actuación debe ser imparcial y con obligación de verdad, por manera que, su actuar posee todas las consecuencias jurídicas.

c.4. Tenemos el medio de prueba, prueba pericial; ésta sí apunta a la demostración del objeto de investigación, procede por necesidad de conocimientos especiales, científicos, técnicos o artísticos, *aportando su parecer sobre el objeto de investigación, juicios de valor controvertibles*¹¹; a ellos se

⁹ **Art. 248. Medios de prueba.** Son medios de prueba: la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión. Los indicios se tendrán en cuenta al momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica.

El funcionario practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, respetando siempre los derechos fundamentales.

¹⁰ **Art. 257. Asesores Especializados.** El funcionario judicial podrá solicitar de entidades oficiales o privadas, la designación de expertos en determinada ciencia, arte o técnica, cuando quiera que la naturaleza de los hechos que se investigan requiera de la ilustración de tales expertos.

Los asesores designados tomarán posesión como los peritos y tendrán acceso al expediente en la medida en que su función lo exija, obligándose a guardar la reserva debida.

El director de la entidad o dependencia oficial o privada cumplirá inmediatamente el requerimiento del funcionario judicial.

¹¹ **Art. 264. Procedencia.** Cuando se requieran conocimientos especiales científicos, técnicos o artísticos, el funcionario judicial decretará la prueba pericial.

les aplican las causales de impedimento y recusación¹²; presentarán su dictamen en el cual explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones, siéndoles prohibidos los juicios de responsabilidad penal¹³; tal dictamen se debe contradecir, claro, previa constatación del cumplimiento de los requisitos indicados en el artículo 267 y la idoneidad del experto; si el dictamen cumple con todos los requisitos, se corre traslado por el término de cinco días, para que pueda ser aclarado, ampliado o adicionado; no obstante, cuando se tratare de la objeción, tal proceder (el de objeción) se puede promover hasta antes de que finalice la audiencia pública¹⁴. Los peritos podrán ser citados, salvo normas de protección de identidad, a la audiencia pública para que absuelvan cuestionario explicando el dictamen¹⁵ lo cual puede resultar de suma importancia en el debate de audiencia pública. Empero, lo más interesante es el criterio de apreciación del dictamen, pues al ser un juicio de valor en ciencia, técnica o arte, se deberá observar la firmeza, precisión y calidad del dictamen, la idoneidad de los peritos, y obvio, los demás medios probatorios que obren en el proceso¹⁶. De allí que el Juez no es perito de peritos, sino un crítico de las pericias.

Desde luego varias e importantes críticas se han dejado oír sobre la prueba que apunta básicamente a determinar la idoneidad de los peritos. Dice la doctrina:

“Uno de los peores lastres en la administración de justicia en Colombia, es que en las dependencias oficiales encargadas de servir de auxilio de la justicia aparecen con el cargo de peritos o personas sin ninguna clase de capacitación o con capacitación muy deficiente. A estas posiciones se llega de ordinario por motivos completamente extraños a la suficiencia académica y profesional. En virtud de que no existen regulaciones estrictas de carrera administrativa para determinar las condiciones de ingreso, permanencia y retiro de estos cargos, a causa de que ellos se proveen fundamentalmente con criterio burocrático y clientelista y amparados en la buena fe de funcionarios judiciales, abogados litigantes y, en general, de los usuarios de esta

¹² Artículo 265.

¹³ Artículo 267.

¹⁴ Artículo 270.

¹⁵ Artículo 272.

¹⁶ Artículo 273. **Art. 273. Criterio para la Apreciación del Dictamen.** Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

función pública que cree en su idoneidad especializada, estas personas, ya por ello probadamente inescrupulosas, le están ocasionando un gravísimo daño a la administración de justicia.

"De esta situación es apenas un resultado natural el cúmulo de dictámenes periciales escandalosos y alarmantes. Pero no puede ser menos, cuando resultan fungiendo ser peritos grafólogos quienes afirman que aprendieron grafología en la «universidad de la vida», o que cuando se les cuestiona su idoneidad, recurren a demostrar que la grafología no es una ciencia ni una técnica, sino un oficio, como si con ello fuera suficiente para acreditar su idoneidad como grafólogos; más insólito es que cuando se cuestiona su idoneidad se solazan acreditándola con el hecho de pertenecer o estar en la lista de peritos oficiales. Es muy común encontrar grafólogos que ya ni ven o que tienen limitaciones visuales incompatibles con el oficio. No falta el médico recién graduado, sin especialización alguna, dictaminando sobre causas de muerte por accidente anestésico. Ni el médico general que resulta dictaminando sobre fallas cardíacas originadas en procedimiento médico-quirúrgicos. Son muy pocos los expertos en la tanatología forense, pero todos o casi todos dictaminan en esta materia. En la psiquiatría forense, los casos resultan mucho más alarmantes. Se abusa porque se ejerce una disciplina eminentemente especulativa, valorativa y subjetiva. Que no tiene fundamentos relativamente serios ni tampoco se puede ejercer por los peritos, cuando son idóneos en las condiciones adecuadas. En esta materia, lo que no sea objeto de conocimiento para la neurociencia o neurología, debe considerarse de carácter netamente especulativo. Para ello, anexo en este capítulo se transcribirán dictámenes periciales psiquiátricos que darán una idea al lector de los riesgos tan altos que se corren por parte de los usuarios y destinatarios de la justicia.

"Es conveniente, justo e importante, máxime cuando se trata de un curso de pruebas y cuando se enfatiza en la importancia de establecer verdades, reconocer que sí hay personas especialmente capacitadas para desempeñarse como peritos en las respectivas áreas en los establecimientos oficiales de apoyo a la administración de justicia, pero lamentablemente son muy pocos y, en definitiva, insuficientes"¹⁷.

c.5. De otra parte tenemos los informes técnicos. Necesario es apuntar que:

¹⁷ ARENAS SALAZAR, Jorge. *Pruebas Penales*, Ediciones Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, D.C. 1996, págs.148-150.

- * Se encuentran ubicados en el capítulo de medio de prueba documental.
- * La solicitud apunta tanto a entidades públicas como a entidades privadas.
- * El objeto del informe técnico científico, apunta a la obtención de "datos que aparezcan registrados en sus libros o consten en sus archivos o en cualquier objeto, ...".

Por manera que, podemos decir que ésta es una especie de prueba pericial sobre objeto de investigación y circunscrita a libros, a archivos o a objetos, o, podemos afirmar también, que se trata de una simple recolección de pruebas documentales. Estamos con la primera opción; así lo afirma el artículo 278:

***"Informes Técnicos.** Los funcionarios podrán requerir a entidades públicas o privadas, que no sean parte en la actuación procesal, informes técnicos o científicos sobre datos que aparezcan registrados en sus libros o consten en sus archivos o en cualquier objeto, destinados a demostrar hechos que interesen a la investigación o al juzgamiento".*

- * No obstante lo anterior, es mucho menos exigente que el dictamen, pues, mientras que en éste se exige el examen, el experimento, la investigación, en el informe simplemente se dan los motivos y el origen de los datos suministrados. Así lo determina el artículo 279:

***"Requisitos.** Los informes se rendirán bajo juramento, serán motivados y, en ellos se explicará fundadamente el origen de los datos que se están suministrando".*

Nótese que el término de traslado de los informes es menor que el del dictamen, es decir, de tres días, y a ellos se les podrá imponer la posibilidad de complementación o aclaración. Pero no sólo esto, sino que, no posee el mecanismo de la objeción con lo que se presentaría una imposibilidad en el ejercicio del derecho de defensa.

En suma, es un documento que, como tal, ha de valorarse, con principio de dictamen pericial y sin posibilidad de objeción. Afirmar la norma:

***"Traslado.** Los informes se pondrán en conocimiento de las partes por el término de tres días para que se puedan solicitar aclaraciones o complementaciones".*

- * Mayor es la perplejidad cuando se acepta la posibilidad de llamar al técnico como testigo, pero sólo cuando ejerce funciones de policía judicial, salvo norma de protección de identidad. Afirmar la norma:

“Art. 281. Requerimiento como Testigos. *Salvo el caso previsto en el del (sic) art. 158 de este Código, quienes ejercen funciones de policía judicial podrán ser llamados a declarar dentro del proceso como testigos”.*

Allí se presenta una especie de tarifa legal, porque siendo una prueba documental o pericial por naturaleza, se le califica como medio testimonial.

d. Por último, tenemos la presencia con fundamento doctrinario y con postura legal, si se interpreta la norma como corresponde, del llamado testigo técnico y testigo experto.

La referencia normativa, puede encontrarse en el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal, que determina:

“Artículo 292. Práctica del interrogatorio. *La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas:*

“1. Presente e identificado el testigo, el funcionario le tomará el juramento y le advertirá sobre las excepciones al deber de declarar.

“2. A continuación, el funcionario informará suscintamente al testigo acerca de los hechos objeto de su declaración y le ordenará que haga un relato de cuánto le conste sobre los mismos.

“Terminando éste, procederá el funcionario a interrogarlo si lo considera conveniente. Cumplido lo anterior, se le permitirá a los sujetos procesales interrogar.

“Se permitirá provocar conceptos del declarante cuando sea una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia (resaltos fuera de texto).

“El funcionario podrá interrogar en cualquier momento que lo estime necesario. Las respuestas se copiarán textualmente, y el funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación”.

En la literatura extranjera podemos apoyar su importancia y consecuencia de tal medio probatorio, de la siguiente manera:

En el derecho procesal penal de Puerto Rico, se afirma:

“Cuando conocimiento científico, técnico o especializado sea de ayuda para el juzgador entender la evidencia o determinar un hecho en controversia, un testigo capacitado como perito en relación con

la materia sobre la cual va a declarar podrá testificar en forma de opiniones o de otra manera¹⁸.

“La regla establece el criterio de «ayuda al juzgador» para permitir el testimonio pericial y dispone que el perito puede testificar en forma de **opiniones** o de otra manera. El rasgo distintivo del testimonio pericial es que se le permite rutinariamente emitir opiniones o hacer conclusiones, lo que es solo una excepción en el caso del testigo no perito. La expresión «de otra manera» se usa para indicar que no necesariamente el perito tiene que emitir una opinión o conclusión sobre el asunto especializado sobre el cual declara; también puede hacer una disertación sobre el asunto, siempre que ello sea de ayuda al juzgador.

“La regla guarda silencio en cuanto a si en determinado tipo de caso es absolutamente necesario el testimonio pericial. En casos civiles de daños y perjuicios por impericia médica el demandante no ha de prevalecer sin prueba pericial, salvo casos muy especiales. En muchos otros casos de daños y perjuicios la prueba pericial ha de ser crucial. En el área criminal, es «casi» necesario recurrir a la prueba pericial. Si bien es cierto que en **Pueblo v. Marcano Pérez**¹⁹ el Tribunal Supremo expresó que para ayudar al juzgador a determinar la condición mental del acusado, tanto el Ministerio Fiscal como la defensa pueden hacer uso de testigos legos al amparo de la Regla 51 de Evidencia, lo cierto es que el propio caso de **Marcano** demuestra que es altamente improbable que el Ministerio Fiscal pueda refutar sin prueba pericial la prueba pericial de insanidad mental presentada por la defensa para establecer que el acusado estaba inimputable al momento de los hechos imputados en la acusación²⁰.

“El tribunal debe permitir prueba pericial cuando tiene ante sí un asunto cuya cabal comprensión requiere un conocimiento especializado. Es suficiente con que el testimonio pericial sea de ayuda al juzgador, bien para entender la evidencia –en cuyo caso es suficiente una disertación pericial– o para adjudicar un hecho en controversia, para lo cual es de más ayuda la opinión o conclusión del perito.

“La complejidad del asunto ha de ser extrajurídica. El perito jurídico es el juez, quien solo permitirá prueba pericial sobre derecho

¹⁸ Véase Pueblo V. Gerardino, 37 D.P.R. 185 (1927), sobre testimonio de que una persona “era el tipo de un hombre tuberculoso”-

¹⁹ 116 D.P.R. 917, 920 (1986).

²⁰ En *Marcano Pérez*, El Tribunal Supremo revocó unas convicciones por robo y ley de armas al estimar que El Pueblo no demostró más allá de duda razonable la imputabilidad del acusado.

extranjero en los casos de conflicto de leyes donde la controversia depende de la aplicación del derecho extranjero"²¹.

No es pues ajena tal circunstancia a nuestro medio, y en Colombia, se han forjado una serie de elementos concluyentes para su existencia y aceptación; la doctrina afirma:

*"El testigo técnico ha encontrado resistencia para que se admita procesalmente, puesto que se sostiene que las cuestiones técnicas deben ser resueltas por el perito y no por el testigo*²². Sin embargo, hay eventos en los cuales quien percibe el acontecimiento delictuoso es una persona que posee conocimientos especiales y ellos, obviamente, le sirven de fundamento para formarse un juicio. De ahí que nuestro Código de Procedimiento Penal acepte esta clase de testigos cuando establece que en el curso del interrogatorio «se permitirá provocar conceptos del declarante cuando sea una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia» (art. 292 num. 2o. inciso 3o.)"²³.

Pero vamos más allá:

Siguiendo la temática del doctor JAIRO PARRA QUIJANO²⁴, existe la posibilidad del testigo técnico, como persona de experiencia, o como la que utiliza el lenguaje, para lo cual se acerca en su criterio a que el testigo técnico es la persona idónea, en la que, más que su discurso, importa su formación científica, que le permite producir el discurso científico.

Del contenido del artículo 292, inciso 5, transcrito, se llega a la conclusión de aceptar el testigo técnico, al permitírsele al funcionario y a las partes "provocar conceptos del declarante cuando sea persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos en la materia". Bien puede suceder, como lo trae el tratadista en cita, que se llame a declarar al médico que atendió al paciente, luego de una vulneración a su integridad personal, para establecer desde el punto de vista científico los

²¹ CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Volumen III, Editorial Forum, 1995, págs. 331-334.

²² Sobre este tema ver DENTI, Vittorio, Estudios de Derecho Probatorio, Trad. Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, págs. 25-43.

²³ GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. Las Pruebas en el proceso penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 1993, 1ra. Edición, pág. 134.

²⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial - El Testimonio. Tomo I. Quinta Edición. Ed. Librería del Profesional. Santafé de Bogotá 1996. Pág. 20 y ss.

elementos esenciales del traumatismo, su producción y en algo, sus consecuencias que, en términos jurídicos, traduciríamos como la posibilidad de adecuación al tipo penal correspondiente. Pero, obsérvese allí que el problema apunta no a quien observó los hechos, sino a quien observó la vulneración desde el punto de vista científico, y, de esta manera, colabora en el esclarecimiento de los hechos. A quien así interviene, lo podemos denominar testigo técnico.

No obstante, si el problema jurídico consiste en demostrar unos hechos que por su contenido y manifestación requieren de conocimientos especializados, ocurre pensar también que como se requiere es demostrar hechos, bien puede suceder que no nos encontramos frente a la persona que los presencié (testigo), ni a persona que puede dar informes sobre la vulneración, como el caso del médico tratante (testigo técnico), sino la persona que conoce de determinada ciencia, técnica o arte, y que puede ofrecer información conceptual y valorativa sobre los mismos (como sería el caso de un fisiatra, que puede dar razón de la posibilidad o imposibilidad de lesión, cuando la persona lesionada se encuentra en marcha y, la lesión se presenta en la espalda, por ejemplo), a éste lo podemos denominar testigo experto.

Obsérvese, insistimos, no presencié los hechos, no trató las consecuencias de la vulneración, pero si es conocedor en ciencia.

Se dirá que para ello existen los peritos, no obstante, nada impide que en ejercicio de la libertad probatoria y en protección del derecho sustancial, que apunta a acusación o defensa, se pueda utilizar.

Esta postura, auxilia al investigador y al operador de la norma para lograr claridad y, sobre todo, justicia material.

4. EN CONSECUENCIA:

La especialización y el avance de las ciencias, de las técnicas y del arte han hecho, y hoy hacen, necesario para el proceso penal, para la necesidad de prueba, el uso de especiales conocimientos y el auxilio de expertos en la materia.

Los asesores especializados son marco general de tal aplicación, obsérvese: asesores, que no peritos, y por ello la relación es directamente con el funcionario judicial en dirección al proceso.

La prueba pericial es verdadero medio de prueba y como tal, se debe valorar.

Los informes técnicos son también expresión de la especialización en el proceso, cuya naturaleza es bien que complicada, multiforme, y con especial formulación de tarifa legal.

Y por último, resáltase ahora la posibilidad del testigo técnico y del testigo experto que, obvio, son postulados por las partes.

