

Inconvenientes que se Presentan en la Práctica e Incorporación de la Prueba Pericial en Colombia, Estados Unidos Mexicanos e Italia*

Disadvantages that Arise in the Practice and Incorporation of the Expert Evidence in Colombia, the United Mexican States and Italy

Doris Silva Vega**

Cómo citar este artículo: Silva Vega, D. (2021). Inconvenientes que se Presentan en la Práctica e Incorporación de la Prueba Pericial en Colombia, Estados Unidos Mexicanos e Italia. *Verba Iuris*, 17(46), pp. 39-57.

Resumen

El dictamen pericial se encuentra reglamentado en la legislación colombiana, italiana y los Estados Unidos Mexicanos, es necesario hacer el estudio de su práctica e incorporación al proceso aproximadamente en los últimos diez años, como quiera que en los países en mención se ha pasado del sistema escrito al oral, donde tanto en el uno como en el otro presentan falencias que perjudican a las personas más débiles económicamente y de escasos conocimientos académicos y jurídicos. En esa medida, el presente artículo tiene como finalidad determinar las posibles falencias que se presentan, con el fin de dejar sentado un precedente para que futuros investigadores se motiven a su estudio y formulación de sus posibles soluciones.

En este artículo se hará análisis del valor que le han dado los órganos de cierre en la administración de justicia colombiana e italiana desde el 2010 a la fecha, para lo cual se tiene que en Colombia la

Fecha de Recepción: 16 de febrero de 2021 • Fecha de Aprobación: 15 de marzo de 2021

Reception date: February 16 of 2021 • Approval date: March 15 of 2021

- * El presente artículo hace parte del proyecto de investigación de la Universidad Libre, denominado “*Sentencias de Unificación y Extensión de Fallos*”, grupo de investigación en Derecho Privado y del Proceso, adscrito al Centro de Investigaciones de la Universidad Libre, número 11010120, del cual es integrante el autor. Tutor metodológico: Dr. Walter René Cadena.
- ** Abogada, Fundación Universitaria de San Gil “Unisangil”, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia sede Bogotá D.C. Correos electrónicos: dorissilvavega@hotmail.com, dorissilvavega1975@gmail.com, doris-silvav@unilibre.edu.co.
- This article is part of the research project of the Free University, called “*Rulings of unification and extension of rulings*”, a research group in private law and the process, attached to the Research Center of the Free University, number 11010120, of which the author is a member. Methodological tutor: Dr. Walter René Cadena.
- ** Lawyer, Fundación Universitaria de San Gil “Unisangil”, Master in Procedural Law from the Universidad Libre de Colombia, Bogotá D.C. Emails: dorissilvavega@hotmail.com, dorissilvavega1975@gmail.com, doris-silvav@unilibre.edu.co.

jurisdicción ordinaria se da en materia civil, penal, familia y laboral, mientras que en Italia en la jurisdicción ordinaria penal y civil, toda vez que esta última encierra la materia laboral.

Palabras clave: Prueba, Perito, Peritaje, Derecho Procesal, Jurisdicción.

Abstract

The expert opinion is regulated in Colombian, Italian, and Mexican states. It is necessary to study its practice and incorporation into the process approximately in the last ten years since in the mentioned countries the system has been passed written to the oral, where both have shortcomings that harm the most disenfranchised members of society (lower economic classes, lack of education, lack of knowledge of the law). To that extent, this article aims to determine the possible flaws that arise, hence setting a precedent for future researchers to motivate their study, and to formulate possible solutions.

In this article, an analysis of the value given by the closing bodies in the Colombian and Italian administration of justice from 2010 to date will be made, for which reason Colombia has ordinary jurisdiction in civil, criminal, family and labor, while in Italy in the ordinary criminal and civil jurisdiction since the latter contains labor matters.

Keywords: Test, Expert, Expertise, Procedural Law, Jurisdiction, Regulation.

Introducción

En vista de los cambios estructurales que se han dado en el desarrollo de los procesos debatibles en la jurisdicción constitucional¹, jurisdicción ordinaria que comprende el área civil², familia, laboral, agrario, comercial y penal³, jurisdicción administrativa y jurisdicciones especiales, se hace necesario el estudio de la práctica

e incorporación⁴ de las pruebas al proceso⁵, en tanto que estas son los medios con que cuentan las personas vinculadas a un proceso⁶ en el momento de ejercer su derecho de defensa y así determinar si un hecho ha ocurrido o no⁷, dentro de las cuales se tiene que más modificada es el dictamen o prueba pericial.

La presente investigación estudia la práctica e incorporación al proceso del dictamen peri-

¹ Bustamante Rúa, Mónica, "El proceso constitucional. Propuesta de código procesal constitucional para Colombia", recuperado de <https://co.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=f4334f6cc6f030cb68057d13fd49cdd3>

² Arévalo Fomeque, Héctor Francisco, "El Proceso Civil en el Marco Constitucional Colombiano", en Velandia Canosa, Eduardo Andrés, "Derecho Procesal Constitucional", Legis S.A., Bogotá, 2014.

³ Martínez Quintero, Ricardo, "La casación: de recurso extraordinario a proceso constitucional", en Velandia Canosa Eduardo Andrés, "Derecho Procesal Constitucional", Bogotá, Legis S.A., 2014.

⁴ Vivas Botero, Álvaro, "El lugar de los hechos. Referencia al sistema penal acusatorio", Bogotá, Leyer, 2006, p. 221.

⁵ Velandia Canosa, Eduardo Andrés, "Necesidad e importancia de la codificación procesal constitucional" en Velandia Canosa Eduardo Andrés, *Tendencias contemporáneas del derecho procesal*, Bogotá, Editorial Universidad Libre, 2017.

⁶ Gozaíni, Oswaldo Alfredo, "Problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs activismo judicial)", Santiago de Queretaro, FUNDAP, 2002.

⁷ Taruffo, Michele. "La prueba de los hechos", 2ª ed. Madrid, Editorial Trotta, 2005.

cial en la jurisdicción ordinaria y constitucional⁸ en Colombia, en los Estados Unidos Mexicanos⁹ e Italia. Teniendo en cuenta lo anterior, cabe señalar que tuvo sus inicios en el derecho romano, pero no como se practica actualmente, puesto que se nombraba un juez experto, de tal suerte que el juez no necesitaba de esta prueba porque reunía la doble calidad¹⁰.

En la actualidad, el dictamen¹¹ pericial¹² es medio de prueba en la jurisdicción ordinaria y constitucional¹³ de Colombia y de los Estados Unidos Mexicanos, en Italia¹⁴ lo es en la jurisdicción ordinaria penal, puesto que en la civil –que también abarca la laboral– es un consultor del operador judicial, este puede nombrar uno o varios para que lo asesoren pero en ningún momento el fallador puede fundamentar su fallo en el dicho del perito por expresa disposición de la ley, cosa que no acontece en Colombia ni en los Estados Unidos Mexicanos.

Desde hace diez años aproximadamente en la legislación Colombia y la de los Estados Unidos Mexicanos la práctica e incorporación

del dictamen pericial ha cambiado, pues antes bastaba con que la parte o la persona involucrada en el proceso la solicitara para que el juez, al momento de decretar pruebas, la ordenará; a partir de 2009 en los países inicialmente mencionados se implementó el sistema oral¹⁵ que establece que la mencionada prueba debe presentarse desde el inicio de la actuación, cosa que no acontece en Italia en tanto que la legislación procesal civil data desde 1940 y la penal desde 1988, esta se incorpora a la actuación a medida que se va necesitando.

Debido a lo intenso del tema, se limitará el estudio a la práctica e incorporación al proceso del dictamen pericial en la legislación colombiana e italiana en la jurisdicción ordinaria y constitucional, a la luz de las altas cortes o cortes de cierre¹⁶, puesto que se tiene que el principal principio del derecho probatorio es la carga de la prueba¹⁷ que corresponde a cada una de las partes, terceros y demás personas intervinientes en el proceso¹⁸, salvo que no la tenga en su poder y la posea la “parte contraria”, caso en el cual deberá allegarla este último en aplicación a la carga dinámica de la prueba¹⁹, en aplicación a lo dispuesto por la ley, puesto que le produce efectos la sentencia en el producida²⁰.

⁸ Velandia Canosa y Eduardo Andrés, “Teoría Constitucional del procesal”, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2009.

⁹ Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, “Litigación Penal. Juicio oral y prueba”, México, FCE-IN ACIPE, 2008, p. 330.

¹⁰ Acuña Gamba, Eduardo José, “La prueba pericial en el Código General del Proceso: análisis de las consecuencias generadas por la eliminación de objetar el dictamen pericial”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 41, 2015, pág. 167.

¹¹ Quinche Ramírez, Manuel Fernando, “Derecho Procesal Constitucional Colombiano”, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2015.

¹² Casanueva Reguart, Sergio, “Juicio oral. Teoría y práctica” México, Porrúa, 2008, p. 131.

¹³ Nisimblat, Nattan, “Derecho procesal constitucional. Principalísima procesal y tutela”, Editorial doctrina y le, Bogotá, 2015.

¹⁴ Uva, Valeria, Abril 16 2018, “Traducción jurídica. La traducción jurídica/judicial/jurada en Italia”, Recuperado de <http://www.lalinternadeltraductor.org/n16/traduccion-juridica-italia.html>

¹⁵ Guarderas Izquierdo, Ernesto, “La oralidad en el proceso civil”, recuperado de http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/cpc/11.pdf

¹⁶ Olano García, Hernán Alejandro, *El choque de trenes: ¿Guerra entre cortes?*, Editorial y Ley, Bogotá 2010, p. 38.

¹⁷ Cruz Tejada, Horacio, “La carga de la prueba y algunas cuestiones problemáticas en su distribución”, en *XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá D.C., 2015.

¹⁸ Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, Edición librería del profesional, Bogotá 2000.

¹⁹ Charry Rivas, Dagoberto, “La carga dinámica de la prueba” en *XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre de Colombia, 2015.

²⁰ Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis-Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

Necesidad de la Prueba Pericial en la Jurisdicción Ordinaria y Constitucional

El dictamen pericial es considerado como medio de prueba en la legislación colombiana²¹ y de los Estados Unidos Mexicanos²², debe ser aplicado cuando el operador judicial requiere de conocimientos científicos, técnicos, artísticos e inclusive para probar la “ley extranjera, la costumbre y la costumbre mercantil”; toda vez que así el fallador los posea no los puede utilizar, ya que no puede ser juez y parte a la vez, pues es de vital importancia cuando se trata de determinar los daños y perjuicios causados por responsabilidad contractual y extracontractual²³, ya sea penal²⁴ y/o comercial²⁵, y/o civil²⁶, pero al momento de apreciarla deberá hacerlo de acuerdo con “*las reglas de la sana crítica o su prudente apreciación*”²⁷.

Tratándose de la prueba pericial en asuntos penales²⁸, esta puede ser allegada por más

de un experto, ya sea de centro especializado, forense, de policía judicial o de persona de reconocida honorabilidad, los cuales se presentan en audiencia²⁹ y, en caso de no hacerlo y ser requerido su experticio, puede ser conducido por la policía; en últimas, pueden ser convocados para traducir escritos de las personas privadas de la libertad cuando sus escritos están con clave. En materia laboral y de seguridad social se tramita igual que en civil, pero si el perito no asiste a la audiencia³⁰ “el dictamen” no se tendrá y podrá ser multado, pero el fallador formará su conocimiento libremente de acuerdo con los principios científicos que forman a la prueba³¹.

La ciencia, la tecnología y el arte cada día avanzan a pasos agigantados y el experto que va a rendir el dictamen debe estar a la vanguardia, aun cuando se tiene que el dictamen que rinde no es un informe científico sino un concepto personal de acuerdo con el conocimiento que posea al respecto, para lo cual debe analizar cuándo esta frente a un hecho externo percibido o interpretado³² y en algunos casos su labor puede estar influenciada por los valores y principios con que se ha formado³³.

²¹ Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, art. 226, Congreso de la República de Colombia, Diario Oficial 48.489.

²² Código Federal de Procedimientos Civiles, Congreso de los Estados Unidos Mexicanos.

²³ López Oliva, José, “La garantía de los derechos de la víctima a través de la acción procesal directa contra el asegurador”, en Velandia Canosa Eduardo Andrés, *Tendencias contemporáneas del derecho procesal*, Bogotá, Editorial Universidad Libre, 2017.

²⁴ Romero Guerra, Ana Pamela, “La prueba pericial en el sistema penal acusatorio”. Recuperado de http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/10_ana-pamela.pdf

²⁵ Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, Presidencia de la República, Diario Oficial 33339, 1971.

²⁶ Ley 84 de 1873, Código Civil Colombiano, Congreso de Colombia, Diario Oficial 2867, 1873.

²⁷ Devis Echandía, Hernando, 1972, “Cientificidad de la prueba, en relación principalmente en los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1

²⁸ Longhi, Antonella. “L’interprete nel processo penale italiano: perito, consulente tecnico o professionista virtuale?”. *InTRAlinea*, vol. 7, 2005.

²⁹ Bustamante Rúa, Mónica María, “*Tendencias del derecho procesal penal contemporáneo: la reforma procesal penal y el mito de la oralidad*” en Velandia Canosa, Eduardo Andrés, *Tendencias contemporáneas del Derecho Procesal*, Bogotá, Editorial Universidad Libre, 2017.

³⁰ Parra Quijano, Jairo, “Juicios orales en Colombia. Divagaciones sobre el proceso oral”, México, Instituto de investigaciones jurídicas, Instituto Iberoamericano de derecho constitucional, Universidad Autónoma de México, 2013, p. 130.

³¹ Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Decreto-Ley 2158 de 1948, Congreso de la República de Colombia, Diario Oficial 44.640.

³² Fiero Méndez, Heliodoro, “La prueba en el Derecho Penal. Sistema acusatorio”, Bogotá, Leyer, 2006, p. 191.

³³ Vásquez, Carmen, “La imparcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos”, *Revista Isonomía*, núm. 48, 2018.

En Colombia no existe un código de procedimiento constitucional³⁴ que regule el proceso de todas las acciones constitucionales³⁵ tales como: “la acción de tutela, el *habeas corpus*, el *habeas data*, las acciones populares y de grupo, la acción de pérdida de investidura”, puesto cada una de ellas tiene su reglamentación por separado y en lo no regulado se debe acudir por regla general al Código General del Proceso, lo cual ha llevado, en el caso del amparo de tutela por tener trámite preferencial y sumario, a que los despachos judiciales cada día se congestionen más. Los códigos procesales existentes se aplican en todo el territorio nacional a pesar de estar dividido geográficamente en departamentos, contrario a lo que sucede en la legislación italiana donde cada región tiene determinada reglamentación que, empero, respeta la del orden nacional, lo cual lleva a que a la hora de administrar justicia haya tres instancias: dos en la región y la última en Suprema Corte de Justicia.

El operador judicial, al momento de valorar un dictamen pericial y en aplicación a la autonomía que le asiste, verifica la lógica en que se fundamenta el auxiliar de justicia para determinar su veracidad de acuerdo con su ciencia, conocimiento o arte, también considerando si ha incurrido en un error grave o falta de fundamentación por firmeza, precisión o claridad que no permite ilustrar y transmitir su dicho.

El legislador, al momento de regular la práctica e introducción de un medio de prueba al proceso, debe previamente hacer la investigación de las falencias que han presentado, ello con el fin de permitirle al operador judicial desentrañar la

verdad real del caso sometido a estudio a fin de administrar justicia con imparcialidad.

En la legislación italiana la rama judicial es independiente, y el juez, por disposición constitucional, está sometido al imperio de la ley; en materia civil el perito es un consultor técnico, ya sea que la presente al proceso cuando lo requiere o el juez lo decreta de oficio, en este último caso el operador judicial puede participar en la práctica de la investigación, para lo cual el informe debe presentarse a través de un proceso verbal o ponerlo a disposición de las partes para que hagan observaciones pertinentes; frente a algunas profesiones se requiere que el consultor técnico esté autorizado e inscrito por el Estado, a fin de no ser sancionado disciplinaria ni penalmente.

En el caso de Italia, su “*Codice di Procedura Penale* (Código Procesal Penal) prevé en el artículo 398, bis²⁵, que, tratándose de delitos contra la libertad sexual en los que las víctimas sean menores de 16, la práctica de la prueba se podrá realizar fuera de la sede del Tribunal, en centros asistenciales especializados o, en su defecto, en el domicilio del menor; además, también es obligatorio que las declaraciones se documenten a través de los medios telemáticos oportunos”. El artículo 392.1 del mismo código prevé que “tratándose de una víctima menor de 16 años, su testimonio se pueda realizar fuera del juicio oral”.

Práctica de la Prueba Pericial en el Sistema Escrito, Mixto y Oral en la Jurisdicción Ordinaria y Constitucional (2010-2019)

Colombia

En materia civil, se tiene que la prueba pericial es necesaria en los procesos de pertenencia, se analiza en conjunto con los demás medios probatorios que se anexan al proceso, siendo la prueba reina el certificado especial de

³⁴ Moreno Alfonso, René, “Aproximación a la codificación procesal constitucional”, Recuperado de <https://co.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=d05816e15349cd69407646cc5179e00b>

³⁵ Díaz Ricci, Sergio, “El primer código procesal constitucional”. En *Codificaciones procesales constitucionales*. Editorial doctrina y ley, Bogotá 2010, pp. 106 y 107.

pertenencia expedido por la oficina de instrumentos públicos donde se encuentra ubicado el bien objeto del proceso; el registrador debe indicar si aparece o no titular de derecho real de dominio y los linderos de la cosa a usucapir, debiendo además el demandante dirigir la demanda contra quien aparezca como propietario del inmueble y demostrar la posesión³⁶. En asuntos penales es utilizada el experticio para determinar “el valor de los perjuicios materiales y morales” a favor de la parte civil cuando se ha cometido un delito culposo, pero este no ata al juez íntegramente³⁷.

Cuando se trata de probar la existencia de la relación laboral luego de trabajar más de diez años a dos empleadores de una misma persona natural o jurídica, en el desarrollo del proceso se pueden utilizar todos los medios de prueba con que cuenta y se encuentra regulado en la legislación laboral, entre ellos el dictamen pericial, pero deben ser analizadas por el operador judicial en su conjunto³⁸ a fin de dar la decisión que en derecho corresponda³⁹; de la misma forma acontece cuando se pretende el reconocimiento y pago de honorarios, donde el fallador puede dar mayor credibilidad al experticio presentado por el auxiliar de la justicia⁴⁰.

Con el fin de lograr el reconocimiento y pago de las indemnizaciones y demás derechos dinerarios a que se tiene cuando un trabajador ha sido víctima de un accidente de trabajo, la prueba reina es el dictamen que rinde la junta calificadora de invalidez y pérdida de la capacidad laboral, pues

tiene los conocimientos necesarios para emitir los juicios de valor requeridos⁴¹.

Cuando se acude al amparo de tutela para alegar una vía de hecho en la decisión de fondo proferida por un operador judicial, ha de tenerse en cuenta que el accionante debe analizar en totalidad todas las actuaciones surtidas en el proceso y no puede alegar su propia negligencia con el fin de que el juez constitucional ordene rehacer nuevamente la actuación, especialmente cuando se trata de un proceso de servidumbre donde la prueba reina es el dictamen pericial⁴².

Por otro lado, si se tiene que en una investigación acerca de un homicidio cometido por un miembro de la fuerza pública del Estado se tienen pruebas testimoniales, en últimas la que determina cómo se cometió el delito es el informe de balística y la escena del crimen⁴³; lo mismo acontece cuando es cometido con violencia e indefensión, pues es el dictamen pericial al cuerpo del occiso el que determina cómo se produjo el punible⁴⁴; al igual acontece cuando sucede un homicidio culposo por parte de un galeno al ser negligente en la prestación de un servicio médico por urgencias⁴⁵. También cuando se reclama el reconocimiento de la pensión, junto con los intereses generados desde su causación no obliga al juez acatar en su integridad el dictamen pericial⁴⁶.

Cuando se acude a la jurisdicción ordinaria laboral con el fin de obtener el pago de los honorarios pactados por la prestación de servi-

³⁶ Sentencia STC 52001-3103-003-2000-00380-01-2010, Corte Suprema de Justicia.

³⁷ Sentencia STP28498-2010, Corte Suprema de Justicia.

³⁸ Bonet Ortiz, Samir Alberto, “El principio indubio pro operario”, en XXXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá D.C., 2011, p. 535.

³⁹ Sentencia STL32060, Corte Suprema de Justicia, 2010.

⁴⁰ Sentencia STL35542-2010, Corte Suprema de Justicia, 2010.

⁴¹ Sentencia SL39951-2010, Corte Suprema de Justicia, 2010.

⁴² Sentencia T-009/10, Corte Constitucional de Colombia, enero de 2010.

⁴³ Sentencia STP26422-2011, Corte Suprema de Justicia, 2011.

⁴⁴ Sentencia STP28143-2011, Corte Suprema de Justicia, 2011.

⁴⁵ Sentencia STP37327-2011, Corte Suprema de Justicia, 2011.

⁴⁶ Sentencia SL37123-2011, Corte Suprema de Justicia, 2011.

cios profesionales como abogado en un proceso de sucesión, donde se objetó el dictamen pericial del avalúo de los bienes pero que no se surtió por culpa del peticionante y, en últimas, lo perjudica, no puede exonerársele del pago de los honorarios⁴⁷; se incurre en “vía de hecho” susceptible de la acción de tutela cuando las partes de común acuerdo deciden que las controversias que surjan se decidirán por árbitros, y estos al resolver el asunto desconocen la totalidad de las pruebas obrantes en el plenario, especialmente el experticio judicial que ha sido aclarada, complementado, objetado, cuando este es el determinante de la decisión, ya que en estos casos se viola el debido proceso. No puede decirse lo mismo cuando el accionante tiene otro medio de defensa y juez natural viola en un proceso fiscal ante la contraloría el derecho de defensa al no correrse traslado del dictamen objetado, pues en estos casos se debe acudir a “la acción de nulidad y restablecimiento del derecho” ante la jurisdicción contenciosa y solicitar como medida cautelar la suspensión de acto administrativo mientras se decide en legal forma⁴⁸.

Cuando se adelanta un proceso reivindicatorio, el bien debe coincidir en su totalidad con la cosa poseída por el demandado, lo cual se prueba con documentos, declaraciones, pericia y la inspección judicial; de otra parte, tratándose de proceso ordinario para reclamar el pago de las prestaciones laborales por haber habido despido injustificado del trabajador, habrá de demostrarse inclusive con prueba pericial a fin de que sean reconocidas dentro del proceso⁴⁹; igual acontece cuando se reclama el pago de un bono pensional, en cuyo caso el experticio al respecto es primordial para que el fallo no sea proferido en abstracto⁵⁰. Cuando se deben alimentos a menores de edad y

se acude a la jurisdicción penal hay que tener en cuenta los acuerdos que se hayan celebrado entre las partes, ya sea mediante conciliación o indemnización integral tasada por peritos, con el fin de no juzgar por unos mismos hechos dos veces⁵¹. En casos de delito de peculado por apropiación por manejar particulares recursos del Estado, por ejemplo, en la construcción de obras civiles, el peritazgo que se rinda al respecto no es prueba reina en tanto el fallador las analiza de acuerdo con la sana crítica⁵².

Cuando se adelanta un proceso ordinario por lesión enorme en la venta de un bien inmueble ha de demostrarse a través de peritos que lo recibido por el precio es inferior a la mitad del justo precio, o viceversa si se trata del comprador⁵³; en los procesos laborales que pretendan dejar sin efecto los acuerdos realizados entre el trabajador y el empleador, referente a las prestaciones sociales como la pensión, no es procedente dejarlo sin efecto alegando falta de apreciación del dictamen pericial⁵⁴; por otra parte, se tiene que en los delitos de acceso carnal violento a menor de años ha de demostrarse con sexología forense que la menor ha sido penetrada, pues no bastan los exámenes psicológicos y psiquiátricos que detalle la menor⁵⁵.

Para cobrar un siniestro garantizado con una póliza de seguros, se requiere que en la actuación se pruebe su ocurrencia y el monto del mismo junto con su indemnización, indexación e intereses, siendo la prueba más importante el dictamen pericial⁵⁶; por otra parte, se tiene que tratándose de procesos de deslinde y amojonamiento de bien

⁴⁷ Sentencia 39171-2011, Corte Suprema de Justicia, 2018.

⁴⁸ Sentencia T-604/11, Corte Constitucional de Colombia, agosto de 2011.

⁴⁹ Sentencia SL36576/12, Corte Suprema de Justicia, 2012.

⁵⁰ Sentencia SL41798/12, Corte Suprema de Justicia, 2012.

⁵¹ Sentencia SP36907/12, Corte Suprema de Justicia, 2012.

⁵² Sentencia SP38126, Corte Suprema de Justicia, 2012.

⁵³ Sentencia SC50001-3103-004-2009-00084-01, Corte Suprema de Justicia, junio de 2013.

⁵⁴ Sentencia SL419-2013, Corte Suprema de Justicia, 2013.

⁵⁵ Sentencia SP41136/13, Corte Suprema de Justicia, agosto de 2013.

⁵⁶ Sentencia SC5336-2014, Corte Suprema de Justicia, noviembre de 2013.

inmueble, las pruebas a practicar son documentales, declaraciones e inspección judicial en compañía de perito⁵⁷; si lo pretendido en un proceso es que se reincorporen al haber social bienes que han salido, aprovechándose del estado de incapacidad absoluta por demencia de la causante, cuando previamente sea adelantado proceso de interdicción y se quiera que la prueba pericial adelantada en él surta efectos en el otro proceso, se requiere que la parte demandada en el último expediente también lo haya sido en el inicial⁵⁸.

Si bien se tiene que un proceso laboral donde se pretende reconocer el pago de “los daños y perjuicios” causados por una enfermedad profesional, se requiere que se presente dictamen pericial que los tase, pero si la parte interesada no lo allega, el operador judicial debe tasarlos teniendo en cuenta la jurisprudencia del momento⁵⁹; por otro lado, para determinar si se ha cometido el delito de secuestro, el fallador ha de tener en cuenta diversas pruebas, entre ella la tantas veces mencionada en el presente documental, puesto que es a través del informe pericial grafológica del DAS (Departamento Administrativo de Seguridad) que se determina la culpabilidad del proceso y se auxilia la justicia para tasar los daños y perjuicios causados⁶⁰.

Por otra parte, se tiene que para proteger los derechos del menor cuando están siendo afectados por los progenitores que se están divorciando, se puede acudir a la acción consagrada en el artículo 86 de la constitución política, con el fin de evitar un perjuicio irremediable en su desarrollo psicológico, para lo cual ha de estarse plenamente probado en el plenario, entre otras pruebas con dictamen psiquiátrico⁶¹; con respecto

a la acción reivindicatoria, se tiene que el predio a reclamar coincida integrante junto con sus linderos y mojones con el predio poseído, lo cual se prueba entre otra por la inspección judicial y el peritazgo. En caso de duda sobre los linderos ha de adelantarse previamente un proceso de deslinde y amojonamiento⁶².

Entorno a la reclamación de la propiedad de una cuota parte de un bien inmueble, se requiere que en las pruebas aportadas a la actuación, muy especialmente la prueba pericial, se determine con claridad el terreno que es objeto de la posesión, identificándolo con su área, linderos, explotación económica, etc.⁶³; según lo ha establecido “la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil”, cuando se pretende el reconocimiento de un hijo extramatrimonial y no sea posible adelantar la prueba de ADN con personas vivas, en últimas el fallador de oficio puede ordenar que se practique con muestra de sangre del causante que se conserven en laboratorio, sin que por ello pueda decirse que se violó el debido proceso, habiendo tenido la parte contraria la oportunidad de alegarlo y no haberlo hecho⁶⁴.

En relación con el reconocimiento y pago de la pensión, cuando el trabajador lleva más de diez años al servicio de un empleador en el momento de entrar en vigor la Ley 100 de 1993, se calcula con el salario promedio el tiempo que le falta para adquirir tal derecho y, en caso de que adelante proceso con el fin de que se le reconozca más prestaciones sociales y se haya nombrado perito al respecto, este dictamen no ata al juez, pues falla de acuerdo con lo probado legalmente⁶⁵; con referencia al reconocimiento

⁵⁷ Sentencia SC10051, “Corte Suprema de Justicia”, julio de 2014.

⁵⁸ Sentencia SC4580/14, C.S.J., abril de 2014.

⁵⁹ Sentencia SL3784, C.S.J., marzo de 2014.

⁶⁰ Sentencia SP16740, C.S.J., prueba, diciembre de 2014.

⁶¹ Sentencia T-732/14, Corte Constitucional de Colombia, 2014.

⁶² Sentencia SC11340, Corte Suprema de Colombia, agosto de 2015.

⁶³ Sentencia SC4960, “Corte Suprema de Justicia”, abril de 2015.

⁶⁴ Sentencia SC2542/15, Corte Suprema de Justicia, marzo de 2015.

⁶⁵ Sentencia SL8645, Corte Suprema de Justicia, junio de 2015.

de la pensión de sobrevivientes, cuando el pensionado muere y deja hijos discapacitados debe demostrarse pericialmente que ha perdido más del 50% de la capacidad laboral para tener derecho a ella, siempre y cuando sea para proteger el mínimo vital, la seguridad social, la igualdad y el debido proceso⁶⁶.

Se genera responsabilidad civil extracontractual cuando una empresa prestadora del servicio público de fluido eléctrico ocasiona lesiones personales por una descarga eléctrica, lo anterior al no cumplir con el reglamento de instalación y cableado frente a las viviendas y por donde circula en la vía pública; así, para que haya lugar a la indemnización pertinente se requiere que esté probado especialmente con experticios técnicos, donde inclusive es llamado a responder la entidad aseguradora⁶⁷.

Según el estudio de la jurisprudencia, para que se pruebe la comisión del delito de peculado por apropiación cuando una persona labora como cajero de un establecimiento público educativo, no basta con que se dé una sola prueba pericial y, a fuerza de ello, no tenga fundamentos fácticos para sostenerla, pues de lo contrario lleva a la duda que favorece al procesado y en consecuencia es absuelto de dicha responsabilidad⁶⁸; por otro lado, se tiene que para que proceda la demanda de tutela contra un fallo proferido por un tribunal de arbitramento donde se haya alegado en su oportunidad, el perito designado para tasar cuentas financieras no es idóneo por no poseer los conocimientos requerido para ello y no esperar al final, y esperar que esta clase de amparo reviva etapas procesales ya concluidas⁶⁹.

Se puede inferir el valor de la indemnización de los perjuicios materiales a título de daño emergente a través de la prueba pericial, cuando se trata de un proceso de responsabilidad contractual por haberse celebrado contrato de administración de un bien inmueble rural destinado a la explotación tecnificada agrícola, cuando no se ha hecho inventario del bien ni para entregarlo ni para recibirlo⁷⁰; de conformidad con lo establecido en el articulado 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, para que un trabajador tenga derecho a pensionarse con el 90% del salario promedio durante toda la vida laboral se requiere que esté en el régimen de transición, siempre y cuando se mantenga o regrese a tiempo al régimen de prima con prestación definida y, en caso de desconocerse este hecho por Colpensiones, pueda ser tasada por medio de perito dentro de un proceso ordinario ante la jurisdicción laboral⁷¹.

Tratándose de delitos por lesiones personales, ha de tenerse en cuenta el estado de sanidad en que se encontraba la víctima al momento de la ocurrencia del hecho, ello con el fin de determinar la responsabilidad del procesado, lo cual debe tenerse en cuenta al momento de tasarle la pena⁷². Cuando se sufre un accidente de tránsito y la persona pierde su capacidad para laborar y no tiene los medios económicos necesarios para costear el dictamen que deba rendir al respecto, la junta regional de invalidez será cargo de la aseguradora, igualmente cuando la decisión se alegue ante la junta nacional de invalidez tal y como lo determina la ley, a fin de garantizar el derecho al mínimo vital y a la seguridad social⁷³.

⁶⁶ Sentencia T-350/15, Corte Constitucional de Colombia, junio de 2015.

⁶⁷ Sentencia SC18146-2016, Corte Suprema de Justicia, diciembre de 2016.

⁶⁸ Sentencia SP8737-2016, Corte Suprema de Justicia, junio de 2016.

⁶⁹ Sentencia T-430/2016, Corte Constitucional de Colombia, agosto de 2016.

⁷⁰ Sentencia SC20448-2017, Corte Suprema de Justicia, diciembre de 2017.

⁷¹ Sentencia SL53240, Corte Superior de Justicia de Junín, agosto de 2017.

⁷² Sentencia SP13451, Corte Suprema de Justicia, agosto de 2017.

⁷³ Sentencia T-400/17, Corte Constitucional de Colombia, junio de 2017.

En cuanto a la simulación de un contrato de compraventa y nudo propiedad, cuando en realidad ha habido una simulación habrá que probarse que no hubo precio, y si ya no está el donante y los donatarios tienen la calidad de herederos y cónyuge sobreviviente, los negocios realizados se introducen en la liquidación de la sucesión, para lo cual ha debido declararse la nulidad de los negocios antes mencionados, debiendo cancelarse las mejoras necesarias compradas en la actuación⁷⁴.

De otra parte, se reclama pago de indemnizaciones por perjuicios materiales y morales por haber sufrido un accidente de trabajo por parte del empleador, en la actuación ha de estar demostrado por peritos la pérdida de la capacidad laboral a través de la junta de invalidez, al igual que el valor de las indemnizaciones a que se tiene derecho⁷⁵. En relación con la determinación de la responsabilidad penal por acceso carnal violento e inasistencia alimentaria, no basta con que se tenga la prueba pericial del galeno de medicina legal, sino además que la víctima se presente al proceso para confrontar su dicho con el procesado⁷⁶.

La acción de tutela procede contra providencia judicial por exceso ritual manifiesto cuando, estando en trámite un proceso de responsabilidad médica en el tratamiento de la salud de una menor, se solicita el amparo de pobreza por parte de la demandante después de decretada la práctica de la demostración pericial a cargo de la parte interesada; el fallador no la concede para tal efecto por ser posterior el reconocimiento del amparo solicitado, la Corte tutela a favor de la infante por estarse violando el derecho de procedibilidad y de la administración de justicia⁷⁷.

⁷⁴ Sentencia SC1078-2018, Corte Suprema de Justicia, abril de 2018.

⁷⁵ Sentencia SL2383, C.S.J., mayo de 2018.

⁷⁶ Sentencia SP1664-2018, Corte Suprema de Justicia, diciembre 2018.

⁷⁷ Sentencia T-339/18, Corte Constitucional de Colombia, agosto de 2018.

Italia

Para abordar el tema en estudio con respecto a la legislación italiana, se tiene que no consagra amparo constitucional que permita a una persona que se le haya violado un derecho fundamental acudir directamente al juez constitucional, como acontece en Colombia, donde se puede invocar por vía acción de tutela, como quiera que esta acción es tramitada ante los jueces ordinarios una vez proferida la sentencia de primera o única instancia se envía la actuación para su eventual a la corte constitucional.

En el caso italiano el ofendido por violación de un derecho fundamental⁷⁸ debe alegarlo en la jurisdicción ordinaria, planteándose al juez de conocimiento, pero es este quien decide si el asunto se va a estudio del tribunal⁷⁹ constitucional⁸⁰, quien es el que en última instancia decide⁸¹. Este cuerpo colegiado ha requerido de los conocimientos de un experto para resolver los asuntos sometidos a su consideración, como lo fue el caso que llegó a la Corte Europea⁸² con el fin de reconocer los derechos de los ELB que se acudió a estudios médicos y científicos⁸³.

En materia penal se tiene que el experticio presentado por un perito es prueba, pero el

⁷⁸ Mezzetti, Luca, *Los Derechos Fundamentales*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2015.

⁷⁹ Hans Kelsen, "La garantía jurisdiccional de la constitución" Austria, 1928.

⁸⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos. El tribunal Constitucional y la Política*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

⁸¹ Romboli, Roberto, "El derecho procesal constitucional, una reflexión en torno al significado y valor de las reglas procesales en el modelo de justicia constitucional previsto y relacionado en Italia", en Velandia Canosa, Eduardo Andrés, *"Derecho Procesal Constitucional"*, Bogotá, Legis S.A., 2014.

⁸² Mezzetti, Luca, Fanotto y Luca, *"Derecho Constitucional de la Unión Europea"*, Bogotá, Universidad Libre 2007.

⁸³ Romboli, Roberto, *Manuale Di Diritto Costituzionale. Italiano ed Europeo*, Vol. III, Torino, Giappicheli Editore, 2009.

operador judicial debe analizarla con las demás pruebas que obran en el plenario⁸⁴. El tribunal de casación señala que no puede exigirse anticipos para el pago de los honorarios del consultor técnico de parte o de oficio, del auxiliar del magistrado o fiscal porque cuando se intervenga en el proceso a persona de escasos recursos económicos, se le violaría el derecho de defensa al no contar con los recursos necesarios para cancelarlos; por otra parte, cuando el consultor técnico es nombrado de oficio, los honorarios deben ser cancelados por ambas partes, en virtud de que es para esclarecer la verdad de los hechos que requieren de los conocimientos científicos o tecnológicos de un experto, por tanto, declaró inadmisibles las solicitudes de ilegitimidad de la norma que habla de lo expuesto en líneas atrás⁸⁵.

Al demandarse pago de perjuicios materiales y morales en un proceso civil por no practicarse correctamente una cirugía estética, el fallador puede fundamentarse en el experticio rendido por el auxiliar de justicia, ya sea el designado de oficio o a petición de parte, pudiendo solicitar aclaración o complementación para poder determinar valoración⁸⁶. Asimismo, se tiene que si una persona que ha sido procesada por una conducta penal⁸⁷ y en el transcurso del proceso resulta más favorable al procesado, se aplica aun cuando la base para fallar haya sido el dictamen pericial⁸⁸.

Si mediante experticio pericial se determina que una persona es portadora de monedas producto de una excavación arqueológica y no la ha puesto a ordenes de los correspondientes órganos estatales para que le dé la

destinación correspondiente, el procesado responde penalmente por porte ilegal de material arqueológico⁸⁹.

Por otra parte, se tiene que si el operador judicial en materia civil, en relación con el reconocimiento de pago de perjuicios por acciones que se han puesto a disposición del mercado y no llenan las expectativas del público, y existe informe de prensa que permita determinarlos, el juez debe reconocerlos en coordinación con los demás documentos obrantes en el proceso⁹⁰.

Falencias en la Práctica e Introducción de la Prueba Pericial en el Sistema Escrito, Mixto y Oral en la Legislación Ordinaria y Constitucional de Colombia e Italia

En Colombia

De acuerdo con lo esbozado en líneas anteriores, se tiene que la actuación llega al conocimiento del órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria cuando ya ha sido discutida en primera o segunda instancia por el juez *a quo* y *a quem*, quienes son los que han valorado la prueba para fallar siguiendo estas instancias donde las partes y demás personas vinculados a un proceso han tenido la oportunidad, cuando el proceso judicial demanda la intervención de peritos, de pedir la aclaración, complementación, objetarlo por error grave; la Sala de Casación Civil, Penal Laboral y Penal deciden con las pruebas obrantes en el diligenciamiento a menos que revoque lo resuelto, y en ello incluya la práctica nuevamente de experticio técnico, científico o artístico, según fuere el caso.

Lo anterior habida cuenta de que la jurisdicción ordinaria civil tiene un atraso por lo

⁸⁴ Sentencia 46247, Corte Suprema de Justicia, noviembre de 2013.

⁸⁵ Sentencia C-136/16, Corte Constitucional de Colombia, mayo de 2016.

⁸⁶ Sentencia SN28059, Corte de Casación, diciembre de 2013.

⁸⁷ Vargas Vargas, Pedro Pablo y Londoño Herrera, Taylor, "Las pruebas en el sistema penal acusatorio colombiano", Bogotá, Editorial Doctrina y Ley, 2005.

⁸⁸ Sentencia 45159, Corte Suprema de Casación, 2013.

⁸⁹ Sentencia 45675, Corte Suprema de Casación, 2015.

⁹⁰ Sentencia 23418, Corte Suprema de Casación, 2016.

menos de cinco años y el actual Código General del Proceso “Ley 1564 de 2012” entró a regir en todo el territorio nacional el 1 de enero de 2016, en consecuencia, en el presente artículo queda demostrado una vez más que la actuación del perito en el sistema escrito y mixto ha llevado que un proceso dure, por lo menos, entre diez y doce años aproximadamente, por lo tanto se considera que con la nueva reglamentación de la práctica e introducción de la prueba pericial, como lo reglamenta el Código General del Proceso, el proceso judicial se desarrolle en los términos de duración allí estipulados⁹¹; cabe anotar que lo aquí establecido para esta de prueba se aplica de manera residual por disposición de los otros códigos de procedimiento tales como el laboral, el penal y el administrativo.

Pero lo que sí está demostrado es que los sujetos de derecho de escasos conocimientos académicos, jurídicos y recursos económicos que acuden a la jurisdicción ordinaria a fin de debatir sus controversias, cada vez más, no tiene la posibilidad de que dichos asuntos lleguen al conocimiento del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en sus diferentes salas.

Si bien se tiene que por violación al debido proceso y al derecho de defensa se puede acudir a la jurisdicción constitucional, mediante la acción de tutela contra providencia judicial, ha de tenerse en cuenta que esta clase de actuaciones ha llevado, en algunos casos, a que se llegue jurídicamente al choque de trenes entre los órganos de cierre y se congestione una vez más la administración de justicia. Toda vez que el amparo antes mencionado tiene prelación frente a los demás al momento del operador judicial resolver los asuntos sometidos a su consideración, no sobra advertir que a veces las partes quieren con ello revivir etapas ya vencidas, ya que en su

oportunidad no pidieron su aclaración, complementación u objetarlo por error grave.

En Italia

En la legislación ordinaria civil, el dictamen expedido por un perito no tiene la calidad de prueba, toda vez que puede ser consultado no solo por las partes o intervinientes en el proceso, sino además por el operador judicial; el peritaje puede ser presentado en todo el transcurso del proceso, inclusive se puede pedir su aclaración, complementación u objetarlo, pero el fallador no puede fundamentar su decisión en lo dicho por el experto, a pesar que por disposición constitucional y legal tiene libertad para fallar⁹².

En asuntos penales se tiene que el dictamen pericial es un medio de prueba con que cuentan las partes para ejercer su derecho de defensa especialmente en los delitos de abuso sexual, homicidio, lesiones personales, delitos derivados de un accidente de tránsito y cuando las decisiones han generado trascendencia nacional sirven como base para toma de decisiones futuras en casos similares.

Falencias en la Práctica de la Prueba Pericial en el Sistema Escrito, Mixto y Oral en la Jurisdicción Ordinaria de Colombia e Italia

En Colombia la práctica e incorporación de la prueba en el sistema escrito y mixto ha generado que el proceso se dilate y tenga una duración aproximada de diez a doce años, puesto que en algunos casos el perito nombrado por el fallador no puede acudir a audiencia, ya sea por causa a justificar o porque la parte en la actuación sin fundamento solicitan su aclaración, complementación o su objeción, incluso una vez presentada

⁹¹ Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

⁹² Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.

y obrante en la actuación, las partes o intervinientes nuevamente solicitan su aclaración o la objetan, lo cual llevó a que estudiosos en el tema se reunieran por disposición de la rama ejecutiva y legislativa con miras a establecer un nuevo código de procedimiento en el cual se instituyó el sistema oral, donde todo se lleva a cabo en audiencia., tal como acontece en Italia desde la expedición del Código Procesal Civil⁹³ en 1940 y el penal en 1988.

Con respecto a la prueba pericial, se tiene que sufrió un cambio estructural en tanto la parte que quiera hacer uso de ella ya sea porque la quiere utilizar dentro del proceso o porque la ley lo exige para probar determinado hecho, debe presentar en la demanda, si es demandante, y en la contestación, si es demandado, o el tercero que intervenga dentro del proceso; así, cuando se llegue ya a la etapa de instrucción y juzgamiento debe haber sido controvertido a fin de no dilatar el proceso en estas etapas.

Hasta el momento no puede decirse con firmeza que la nueva forma de practicar e incorporar la prueba al proceso, especialmente la pericial sea analizada por el órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria civil, laboral y agrario, como se dijera líneas atrás siguiendo el Código General del Proceso que entró a regir en todo el país a partir del 1 de enero de 2016, pues inicialmente se hizo en forma escalonada en algunos tribunales superiores de distrito judicial.

Cabe anotar que en Italia no existe la prueba pericial, sino la figura del consultor técnico, el cual puede ser nombrado y rendir el experticio en el transcurso del proceso a medida que se va necesitando dentro de la actuación, cosa que no acontece en penal donde sí es medio de prueba y debe satisfacer los requisitos que establece la ley para no generar nulidad de la

actuación, aun cuando el perito no cumple con sus funciones puede ser investigado disciplinariamente y multado.

Soluciones Pertinentes para Resolver las Falencias en la Práctica de la Prueba Pericial

Para enmendar las falencias que se han presentado y que se presentan en la jurisdicción ordinaria y constitucional en la práctica e incorporación del experticio técnico, científico, artístico, de ley extrajera o de costumbre al proceso judicial en Colombia e Italia, no es mediante la implementación de nuevas normas al ordenamiento jurídico, puesto que ya se ha discutido en la lucha de poderes políticos, por unos principios, reglas, derechos y valores que se encuentran consignados en la carta magna y las leyes que la desarrollan; por tanto, el operador judicial está en la obligación de aplicar la norma al caso concreto teniendo en cuenta la realidad en que sucede el hecho, puesto que en la interpretación que debe dar no es rígida al dogma que consagra sino que puede y debe descomponerse en los principios⁹⁴ y reglas que la mandan si así lo requiere el caso en estudio⁹⁵.

Teniendo en cuenta que actualmente hay crisis en el ámbito global respecto a la democracia constitucional, no hay que desconocer que la soberanía reside en el pueblo⁹⁶ y no en el parlamento, por tanto, frente a la necesidad de comunicación entre culturas a fin de tener acceso al mercado, se han celebrado convenios con diferentes Estados como la Unión Europea –a la cual pertenece Italia–, y en Latinoamé-

⁹³ Capelleti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1972.

⁹⁴ Ramírez Gómez, José Fernando, *Principios constitucionales del derecho procesal*, Señal Editora, Bogotá, 1998.

⁹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

⁹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Poderes Salvajes La Crisis de la Democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.

rica la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Comunidad Andina –a las cuales pertenece Colombia–. Se tiene que una vez el tratado hace parte de la legislación interna y debe ser aplicada por el operador judicial, siempre que así lo requiera el caso en estudio, se nota con ello que se ha delegado la soberanía del pueblo⁹⁷ a fin de beneficiar a la comunidad en aspectos económicos, es decir, al no verse sometidos a pagar arancel cuando compran productos de uno de los estados en que hace parte de la comunidad y en caso de conflicto resolverse de acuerdo con ese tratado.

Aunado a lo anterior, se tiene que otra de las necesidades mundiales no resuelta en los países en vía de desarrollo como los latinoamericanos es que están en constante migración⁹⁸, ya sea a Europa, el Reino Unido o los Estados Unidos; se ven obligados a enfrentar problemas de salud y de alimentación. En Italia se tiene, por ejemplo, el problema que se presentó con la población LGTBIQ, que por no tener reconocimiento de sus derechos en la legislación interna debió el Tribunal Europeo intervenir y establecer para todos los Estados miembros que deben tener dentro de su legislación interna el reconocimiento de derechos como la unión civil, la adopción, etc.; sin embargo, para poder llegar hasta esta decisión, el alto tribunal tuvo que tener en cuenta dictámenes médicos que denotan el avance científico en la medicina física y psiquiátrica, desde los cuales se establece que estas orientaciones sexuales no afectan la educación del menor dado en adopción. Respecto a lo anterior, el legislador debe pronunciarse creando la norma, teniendo en cuenta lo interpretado por el tribunal internacional del cual hace parte el Estado, a fin de evitar que este sea sancionado con multas económicas.

⁹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.

⁹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.

Conclusiones

El dictamen pericial es un medio de prueba en la legislación colombiana, en el sistema escrito las partes puede solicitar su aclaración, complementación y objeción por error grave, incluso que sea nuevamente practicada por otro perito, cosa que no acontece en el actual sistema oral que se desarrolla en primera o segunda instancia, ya que la actuación se inicia por escrito⁹⁹ hasta la etapa en que se traba la Litis, es decir, hasta cuando se contesta la demanda y las excepciones si hubiere lugar a ello, esto en la jurisdicción ordinaria civil, familia, agrario, laboral, comercial y de pequeñas causas.

En el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, se tiene que la Sala Civil, Laboral, Agrario tiene un atraso de seis años, por tanto, en el presente artículo solamente se ven las falencias de la prueba pericial en el sistema escrito, donde se demuestra una vez más que solo pueden llegar hasta instancia extraordinaria las personas que poseen recursos económicos, considerando que en la mayoría de los casos la competencia para acudir a ella es la cuantía.

En la jurisdicción constitucional de Colombia, desde sus inicios con la Constitución Política de 1991 y los decretos que desarrolla la acción de tutela como medio de defensa cuando a una persona se le violan los derechos fundamentales, se permite a las partes intervinientes en un proceso ordinario o constitucional acudir a este amparo contra providencia judicial cuando consideran que se le ha violado el derecho de defensa o el debido proceso, lo anterior mediante un trámite preferente y sumario que permite al operador judicial decretarla, practicarla e incorporarla al proceso oportunamente¹⁰⁰.

⁹⁹ Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio, *Teoría General del derecho Procesal*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2008, pp. 154, 158-159.

¹⁰⁰ Constitución Política de Colombia, arts. 29, 116, 178, 179, 250.

Con respecto a la legislación italiana, se tiene que muy esporádicamente el juez constitucional¹⁰¹ acude a la prueba pericial, ya que la actuación llega a su conocimiento cuando el operado judicial de la jurisdicción ordinaria considera que debe manifestarse el tribunal constitucional por considerar que la ley aplicar al caso concreto viola un derecho fundamental¹⁰². Cabe de anotar que en Italia la Constitución Política no consagra las acciones constitucionales tales como la acción de tutela, el *habeas corpus*, el *habeas data*, las acciones populares y de grupo, en tanto que todo se adelanta por la jurisdicción ordinaria, se llega a la jurisdicción constitucional como se menciona inicialmente.

Con el presente estudio se concluye que la ciudadanía colombiana tiene desconfianza en la administración de justicia dada por los jueces ordinarios y constitucionales, quienes en algunos casos han llevado a la inseguridad jurídica toda vez que acuden a la acción de tutela contra providencia judicial, cosa que no acontece en la legislación italiana, ya que ni siquiera ha tenido que reformar la constitución para crear o establecer acciones con miras a proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos¹⁰³.

El operador judicial de la legislación colombiana está en la obligación de apreciar el dictamen pericial de acuerdo con las reglas de la sana crítica cuando así lo establece la ley, mientras que en la italiana no, considerando que en materia procesal civil no se toma como un medio de prueba en tanto el perito es un auxiliar de la justicia y donde su dictamen no ata ni obliga al juez.

En Colombia el operador judicial de menor jerarquía está en la obligación de acatar el precedente judicial del órgano de cierre respecto a la jurisdicción ordinaria y constitucional, pues en caso no hacerlo, además de involucrarse en una investigación disciplinaria, también lo estará en un proceso penal por el delito de prevaricato, cosa que no acontece en la legislación italiana donde generalmente el fallador tiene libertad para interpretar y aplicar la ley¹⁰⁴.

Referencias Bibliográficas

- Acuña Gamba, Eduardo José, “La prueba pericial en el Código General del Proceso: Análisis de las consecuencias generadas por la eliminación de objetar el dictamen pericial”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 41, 2015, pág. 167.
- Arévalo Fomeque, Héctor Francisco, “El Proceso Civil en el Marco Constitucional Colombiano”, en Velandia Canosa Eduardo Andrés, *Derecho Procesal Constitucional*, Legis S.A., Bogotá, 2014.
- Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, “Litigación Penal. Juicio oral y prueba”; México, FCE-IN ACIPE, primera reimpresión 2008, p. 330.
- Bernal Pulido, Carlos, “El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales”, Editorial Universidad extranjero de Colombia, Bogotá 2005, p. 371.
- Bonet Ortiz, Samir Alberto, “*El principio indubio pro operario*”, en XXXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá D.C. 2011, p. 535.
- Bustamante Rúa, Mónica María, “*Tendencias del derecho procesal penal contemporáneo: la reforma procesal penal y el mito de la oralidad*” en Velandia Canosa, Eduardo Andrés, *Tenden-*
- ¹⁰¹ Zagrebelsky, Gustavo y Maarceco Valeria, *Giustizia Costituzionale*, Bolona, Editorial in mulino, 2012.
- ¹⁰² Velandia Canosa, Eduardo Andrés, *Jurisdicción constitucional y codificación procesal constitucional*. Recuperado de: <https://co.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=4c0b64f552f400b2b7ec0cb2190461d6>
- ¹⁰³ Constitución de la República Italiana, artículos 101 al 113, diciembre 27 de 1947. D.O. 298.
- ¹⁰⁴ Malfatti, Elena, *Giustizia Costituzionale*, Torino, Giappicheli Editore, 2000.

- cias contemporáneas del Derecho Procesal*, Bogotá, Editorial Universidad Libre, 2017.
- Bustamante Rúa, Mónica, “El proceso constitucional. Propuesta de código procesal constitucional para Colombia”, Recuperado de <https://co.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=f4334f6cc6f030cb68057d13fd49cdd3>
- Capelleti, Mauro, “El funcionamiento de la oralidad en el proceso civil Italiano”, La oralidad y las pruebas en el proceso civil, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1972.
- Casanueva Reguart, Sergio, “Juicio oral. Teoría y práctica” México, Porrúa, 2008.
- Charry Rivas, Dagoberto, “La carga dinámica de la prueba” en *XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre de Colombia, 2015.
- Código Federal de Procedimientos Civiles, Congreso de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, art. 226, Congreso de la República de Colombia, Diario Oficial 48.489.
- Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Decreto-Ley 2158 de 1948, Congreso de la República de Colombia, Diario Oficial 44.640.
- Constitución de la República Italiana, artículos 101 al 113, diciembre 27 de 1947. D.O. 298.
- Constitución Política de Colombia, arts. 29, 116, 178, 179, 250.
- Cruz Tejada, Horacio, “La carga de la prueba y algunas cuestiones problemáticas en su distribución”, en *XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá D.C., 2015.
- Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, Presidencia de la República, Diario Oficial 33339, 1971.
- Devis Echandía, Hernando, “Cientificidad de la prueba, en relación principalmente en los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador”, *Revista de derecho procesal iberoamericana*, núm. 1, 1972.
- Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis-Pontificia Universidad Javeriana, 2012.
- Díaz Ricci, Sergio, “El primer código procesal constitucional”. En *Codificaciones procesales constitucionales*. Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2010, pp. 106 y 107
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- Ferrajoli, Luigi, *Podere Salvajes La Crisis de la Democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- Fiero Méndez, Heliodoro, “La prueba en el Derecho Penal. Sistema acusatorio”, Bogotá, Leyer, 2006.
- Gozáini, Oswaldo Alfredo, *Problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs activismo judicial)*, Santiago de Queretaro, FUNDAP, 2002.
- Guarderas Izquierdo, Ernesto, “La oralidad en el proceso civil”, recuperado http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/cpc/11.pdf
- Hans, Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la constitución” Austria, 1928.
- Ley 84 de 1873, Código Civil Colombiano, Congreso de Colombia, Diario Oficial 2867, 1873.
- Longhi, Antonella. “L’interprete nel processo penale italiano: perito, consulente tecnico o professionista virtuale?”, *InTRAlínea*, vol. 7, 2005.
- Lopez Oliva, José, “La garantía de los derechos de la víctima a través de la acción procesal directa contra el asegurador”, en Velandia Canosa Eduardo Andrés, *Tendencias contemporáneas del derecho procesal*, Bogotá, Editorial Universidad Libre, 2017.

- Malfatti, Elena, *Giustizia Costituzionale*, Torino, Giappicheli Editore, 2000.
- Martínez Quintero, Ricardo, “La casación: de recurso extraordinario a proceso constitucional”, en Velandia Canosa Eduardo Andrés, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Legis S.A., 2014.
- Mezzetti, Luca, Fanotto y Luca, *Derecho Constitucional de la Unión Europea*, Bogotá, Universidad Libre 2007.
- Mezzetti, Luca, *Los Derechos Fundamentales*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2015.
- Moreno Alfonso, René, “Aproximación a la codificación procesal constitucional”, Recuperado de <https://co.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=d05816e15349cd69407646cc5179e00b>
- Nisimblat, Nattan, “Derecho procesal constitucional. Principales procesal y tutela”, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2015.
- Olano García, Hernán Alejandro, *El choque de trenes: ¿Guerra entre cortes?*, Editorial y Ley, Bogotá 2010, p. 38.
- Parra Quijano, Jairo “Manual de derecho probatorio” Edición librería del profesional, Bogotá 2000.
- Parra Quijano, Jairo, “Juicios orales en Colombia. Divagaciones sobre el proceso oral”, México, Instituto de investigaciones jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de México, 2013, p. 130.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *Derecho Procesal Constitucional Colombiano*, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2015.
- Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio, *Teoría General del derecho Procesal*, Editorial Temis S.A., Edición, Bogotá, 2008.
- Ramírez Gómez, José Fernando, *Principios constitucionales del derecho procesal*, Señal Editora, Bogotá, 199, p. 234.
- Romboli, Roberto, “El derecho procesal constitucional, una reflexión en torno al significado y valor de las reglas procesales en el modelo de justicia constitucional previsto y relacionado en Italia”, en Velandia Canosa, Eduardo Andrés, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Legis S.A., 2014.
- Romboli, Roberto, *Manuale Di Diritto Costituzionale. Italiano ed Europeo*, Vol. III, Torino, Giappicheli Editore, 2009.
- Romero Guerra, Ana Pamela, La prueba pericial en el sistema penal acusatorio, Recuperado de: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/10_ana-pamela.pdf
- Sentencia 23418, Corte Suprema de Casación, 2016.
- Sentencia 39171-2011, Corte Suprema de Justicia, 2018.
- Sentencia 45159, Corte Suprema de Casación, 2013.
- Sentencia 45675, Corte Suprema de Casación, 2015.
- Sentencia 46247, Corte Suprema de Justicia, noviembre de 2013.
- Sentencia C-136/16, Corte Constitucional de Colombia, mayo de 2016.
- Sentencia SC10051, Corte Suprema de Justicia, julio de 2014.
- Sentencia SC1078-2018, Corte Suprema de Justicia, abril de 2018.
- Sentencia SC11340, Corte Suprema de Colombia, agosto de 2015.
- Sentencia SC18146-2016, Corte Suprema de Justicia, diciembre de 2016.
- Sentencia SC20448-2017, Corte Suprema de Justicia, diciembre de 2017.
- Sentencia SC2542/15, Corte Suprema de Justicia, marzo de 2015.
- Sentencia SC4580/14, Corte Suprema de Justicia, abril de 2014.

- Sentencia SC4960, Corte Suprema de Justicia, abril de 2015.
- Sentencia SC50001-3103-004-2009-00084-01, Corte Suprema de Justicia, junio de 2013.
- Sentencia SC5336-2014, Corte Suprema de Justicia, noviembre de 2013.
- Sentencia SL2383, Corte Suprema de Justicia, mayo de 2018.
- Sentencia SL36576/12, Corte Suprema de Justicia, 2012.
- Sentencia SL37123-2011, Corte Suprema de Justicia, 2011.
- Sentencia SL3784, Corte Suprema de Justicia, marzo de 2014.
- Sentencia SL39951-2010, Corte Suprema de Justicia, 2010.
- Sentencia SL41798/12, Corte Suprema de Justicia, 2012.
- Sentencia SL419-2013, Corte Suprema de Justicia, 2013.
- Sentencia SL53240, Corte Superior de Justicia de Junín, agosto de 2017.
- Sentencia SL8645, Corte Suprema de Justicia, junio de 2015.
- Sentencia SN28059, Corte de Casación, diciembre de 2013.
- Sentencia SP13451, Corte Suprema de Justicia, agosto de 2017.
- Sentencia SP1664-2018, Corte Suprema de Justicia, diciembre 2018.
- Sentencia SP16740, Corte Suprema de Justicia, diciembre de 2014.
- Sentencia SP36907/12, Corte Suprema de Justicia, 2012.
- Sentencia SP38126, Corte Suprema de Justicia, 2012.
- Sentencia SP41136/13, Corte suprema de Justicia, agosto de 2013.
- Sentencia SP8737-2016, Corte Suprema de Justicia, junio de 2016.
- Sentencia STC 52001-3103-003-2000-00380-01-2010, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia STL32060, Corte Suprema de Justicia, 2010.
- Sentencia STL35542-2010, Corte Suprema de Justicia, 2010.
- Sentencia STP26422-2011, Corte suprema de Justicia, 2011.
- Sentencia STP28143-2011, Corte suprema de Justicia, 2011.
- Sentencia STP28498-2010, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia STP37327-2011, Corte Suprema de Justicia, 2011.
- Sentencia T-009/10, Corte Constitucional de Colombia, enero de 2010.
- Sentencia T-339/18, Corte Constitucional de Colombia, agosto de 2018.
- Sentencia T-350/15, Corte Constitucional de Colombia, junio de 2015.
- Sentencia T-400/17, Corte Constitucional de Colombia, junio de 2017.
- Sentencia T-430/2016, Corte Constitucional de Colombia, agosto de 2016.
- Sentencia T-604/11, Corte Constitucional de Colombia, agosto de 2011.
- Sentencia T-732/14, Corte Constitucional de Colombia, 2014.
- Taruffo, Michele. *“La prueba de los hechos”*, 2ª ed. Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- Uva, Valeria, “Traducción jurídica. La traducción jurídica/judicial/jurada en Italia”, Recuperado de <http://www.lalinternadeltraductor.org/n16/traduccion-juridica-italia.html>
- Vargas Vargas, Pedro Pablo y Londoño Herrera, Taylor, “Las pruebas en el sistema penal acusatorio colombiano”, Bogotá, Ed. Doctrina y ley Ltda., 2005, pp. 4 y 5.
- Vásquez, Carmen, “La imparcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos”, *Revista Isonomía*, núm. 48, 2018.

- Velandia Canosa, Eduardo Andrés “*Necesidad e importancia de la codificación procesal constitucional*” en Velandia Canosa Eduardo Andrés, *Tendencias contemporáneas del derecho procesal*, Bogotá, Editorial Universidad Libre, 2017.
- Velandia Canosa, Eduardo Andrés, “Jurisdicción constitucional y codificación procesal constitucional”. Recuperado de: <https://co.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=4c0b64f552f400b2b7ec0cb2190461d6>
- Velandia Canosa; Eduardo Andrés, “Teoría constitucional del procesal”, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2009.
- Vivas Botero, Álvaro, “El lugar de los hechos. Referencia al sistema penal acusatorio”, Bogotá, Leyer, 2006, p.221.
- Zagrebelsky, Gustavo y Maarceco Valeria, *Giustizia Costituzionale*, Bolona, Editorial in mulino, 2012.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos. El tribunal Constitucional y la Política*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.