

**COMENTARIOS SOBRE EL DICTAMEN DE PARTE Y LA PRUEBA PERICIAL  
EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Víctor David Lemus Chois<sup>1</sup>

**RESUMEN**

*Dentro de las numerosas reformas que contiene la Ley 1437 de 2011, la prueba pericial trae interesantes novedades tendientes a mejorar la efectividad de este medio de convicción, permitiendo que no sea solamente por encargo judicial, sino que pueda ser traído al proceso por las partes. Este cambio implica profundas modificaciones en la práctica y la contradicción de la prueba. El nuevo escenario procesal crea nuevos retos y expectativas al juez de lo contencioso administrativo y a las partes. En este sentido, resulta interesante comenzar a estudiar y analizar su futura problemática a la luz del derecho comparado, especialmente, por su decreto generalizado en los procesos de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado.*

*Palabras clave: Prueba pericial, Ley 1437 de 2011, proceso contencioso administrativo.*

**SUMMARY**

*Within the numerous reforms that Law 1437 of 2011 contains, the expert test brings interesting tending new features to improve the effectiveness of this means of conviction being allowed that it is not only by judicial order, but can be brought to the process by the parts. This change implies deep modifications actually and the contradiction of the test. The new procedural scene creates new challenges and expectations to the judge of the administrative contentious staff and to the parts. In this sense, it turns out interesting to begin to study it and to analyze his future problematic one in the light of the compared right, especially, by his decree generalized in the processes of contractual and extra-contractual responsibility of the State.*

*Key words: Expert test, Law 1437 of 2011, administrative process.*

---

<sup>1</sup> Juez 38 Administrativo Oral de Bogotá – Sección Tercera. Magister en Derecho Administrativo. Profesor universitario.

**CONTENIDO:** 0. Introducción. 1. La problemática actual de la prueba pericial en lo contencioso administrativo. 2. Modificaciones más relevantes. 2.1. El dictamen de parte. 2.1.2. El origen del dictamen. 2.1.3. Contradicción del dictamen de parte. 2.1.4. La práctica de la prueba. 2.2. El dictamen judicial y dictámenes del CGP. 3. Interrogantes y perspectivas sobre el dictamen de parte y la prueba pericial en la Ley 1437 de 2011. 3.1. La exposición oral del perito: ¿cambia la naturaleza del medio de prueba? 3.2. La prueba pericial científica. 3.3. La preparación del juez ante la prueba pericial. 3.4. Los compromisos de la partes ante la prueba pericial. 4. Bibliografía.

## **0. Introducción**

El nuevo entorno social e institucional de la Constitución Política de 1991, los cambios en la estructura organizacional de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la sentida necesidad de procurar una rápida y efectiva justicia para los ciudadanos, con acatamiento de las directrices que rigen el derecho fundamental a un debido proceso, motivó al Honorable Consejo de Estado para tomar la iniciativa en el año 2006 y reflexionar junto con la academia y el Gobierno Nacional sobre la modernización y actualización del proceso contencioso administrativo.

Fruto de estas reflexiones se conformó mediante el Decreto 4820 de diciembre 14 de 2007 la Comisión de Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y el 9 de diciembre de 2009 dicha comisión presentó a consideración del Congreso de la República el proyecto de nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. El resultado de este largo proceso de discusión y estudio es la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, que regirá a partir del 2 de julio de 2012<sup>2</sup>.

La nueva legislación contiene una unificación de procesos y la redefinición de los medios ordinarios de control judicial, que se acompaña con la simplificación del proceso contencioso administrativo en un esquema mixto que se dirige a reducir sustancialmente el trámite escrito, para fortalecer un esquema oral en el que se establezca un escenario de diálogo directo entre el juez y las partes, que garantice la justicia material y destierre los obstáculos procesales que se habían convertido en una nociva frustración ritual de la justicia y del derecho.

---

<sup>2</sup> En la Ley del Plan Nacional de Desarrollo se anticipó la vigencia del artículo sobre cuantías.

Estos ajustes implican novedosas transformaciones en el manejo y práctica de las pruebas, que hasta la fecha son uno de los cuellos de botella críticos, causantes de buena parte de la dilación de los términos judiciales. Es por eso que, la pretensión de esta breve exposición es la de comentar algunas de las novedades que contiene la nueva normativa sobre la prueba pericial, atendiendo a que se trata de uno de los medios de convicción más prolijamente utilizado en los juicios de responsabilidad patrimonial del Estado.

Es así como, en este artículo se abordaran sucintamente los siguientes aspectos: i) la actual problemática de la prueba pericial; ii) las principales novedades contenidas en la Ley 1437 de 2011; y iii) los retos y perspectivas para el juez, las partes y los peritos.

### **1. La problemática actual de la prueba pericial en lo contencioso administrativo**

El dictamen pericial ha sido definido por la Corte Constitucional de Colombia como una declaración de carácter técnico, científico o artístico, sobre hechos que interesan al proceso, rendida por personas que por sus conocimientos y su experiencia son considerados expertos en la materia respectiva<sup>3</sup>. En cuanto a su naturaleza jurídica se ha catalogado a la prueba pericial entre dos posturas: a) aquella que la configura como un verdadero medio de prueba, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos; y b) aquella que la configura como un mecanismo auxiliar del juez, porque no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-796 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>4</sup> Sobre el particular en la Sentencia T-554 de 2003 la Corte Constitucional señaló: “Tradicionalmente la prueba pericial ha sido definida como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de experiencia que del juez no posee o puede no poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto de debate.

También ha sido concebida como el medio de prueba consistente en la declaración de conocimiento que emite una persona que no es sujeto procesal acerca de los hechos, circunstancias o condiciones personales inherentes al hecho punible, conocidos dentro del proceso y dirigida al fin de la prueba para la que es necesario poseer determinados conocimientos científicos, artísticos o prácticos. De tal

Bien se conciba como un medio de prueba o como un mecanismo auxiliar de valoración para el Juez, lo cierto es que el dictamen pericial se convierte en un medio de convicción casi obligada, para dilucidar complejos asuntos de responsabilidad del Estado que por su cariz técnico y científico debe trascender la mera apreciación individual de objetos y las conductas que haría el mero espectador y aplicar su experiencia, habilidad y práctica en una ciencia o arte<sup>5</sup>. Es así como, en la responsabilidad médica, los contratos de obra pública y en las discusiones sobre el equilibrio económico del contrato, por mencionar solamente algunos ejemplos, es usual que se decrete, de oficio o a petición de parte, el auxilio de un experto en la materia.

La importancia de este medio de prueba tropieza en la actualidad con múltiples dificultades para su práctica lo cual contribuye, infortunadamente, a la dilación del período probatorio por meses y hasta años. La lista de auxiliares de justicia es un primer obstáculo que debe sortear el Juez Administrativo. En muchos casos no se encuentran inscritos expertos con el nivel científico y técnico requerido. A lo anterior se agrega la falta de depuración de las bases de datos, que lleva a la designación de auxiliares de la justicia que ya no están en ejercicio o se encuentran inhabilitados.

En los casos de responsabilidad médica se ha optado por el decreto de informes técnicos al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. No obstante, la insuficiente planta de personal de dicha entidad pública y la sobrecarga del trabajo de los forenses proveniente, en gran medida, del sistema penal acusatorio y de las pruebas genéticas de paternidad, ocasiona una demora en la rendición de los conceptos que fácilmente puede oscilar entre ocho meses y un año, sin contar con el plazo adicional para rendir aclaraciones y complementaciones al dictamen inicial.

---

suerte que la prueba pericial es considerada como una 'prueba de auxilio judicial' encaminada a suplir la ausencia de conocimientos científicos, técnicos o culturales de los jueces".

<sup>5</sup> En tal sentido la RAE considera como perito al "*entendido, experimentado, hábil y práctico en una ciencia o arte*".

Otro aspecto que retarda la práctica de este medio de prueba tiene que ver, en algunos casos, con la falta de colaboración de las partes al experto en el acceso a datos y cosas o permitiéndole el acceso a lugares que necesite para el desempeño de su encargo. No obstante, el Código de Procedimiento Civil establecía que la condena al pago de honorarios del perito, más multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales, además de tener tal conducta renuente como indicio en su contra; estas sanciones en nada reducen la mora en el recaudo de la prueba, que es lo que interesa para la resolución efectiva del conflicto, pero si sobrecargan el trabajo judicial con el trámite de incidentes.

Finalmente, las medidas legales que hasta el momento se han adoptado tendientes a agilizar su recaudo permitiendo que las partes puedan practicarlo extrajudicialmente y aportarlo al proceso, tropieza con inconvenientes relacionados con la insuficiente reglamentación para su práctica, el valor probatorio y los costos económicos que para la parte interesada puede tener la contratación de un experto privado, sin que pudiera obtener el retorno de dichos gastos, en atención a que en muy contadas ocasiones se decreta la condena en costas, por ausencia el requisito de temeridad exigido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

El panorama expuesto es muestra significativa de la necesidad que existía de procurar un mejoramiento de las previsiones procesales para la práctica y la contradicción de la prueba pericial, que se acercara a los plazos señalados en las normas vigentes. Es por eso que resulta importante la reforma planteada a la prueba pericial en el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo algunas de cuyas novedades más sobresalientes exponemos enseguida.

## **2. Modificaciones más relevantes**

La nueva normativa presenta como su reforma central, la regulación íntegra del dictamen de parte, así como la contradicción del dictamen judicial, que presenta algunas controversias ante la regulación prevista en el Código General del proceso.

En primer lugar, revisaremos la normativa sobre el dictamen de parte y seguidamente se efectuarán unas breves reflexiones sobre el dictamen judicial.

## **2.1. El dictamen de parte**

2.1.1. El procedimiento aplicable. Como primera novedad, la Ley 1437 de 2011 regula el decreto y práctica de este medio de prueba de manera autónoma e independiente, con el fin de acoplarla con el procedimiento mixto. De esta manera, encontramos regulada el dictamen de parte en los artículos 218, 219, 220, 221 y 222. No obstante, en el artículo 218 se mantiene al estatuto adjetivo civil como codificación principal, dejando como residual o subsidiaria a la Ley 1437 de 2011, lo cual deja entrever una cierta contradicción en el artículo 211 de la misma normativa que contiene la regla inversa, es decir, que el procedimiento civil solamente se aplica “*en lo que no esté expresamente regulado*”. Sin perjuicio de lo anterior, en lo que se refiere al dictamen de parte creemos que la regulación del CPACA es suficiente para efectos de la contradicción de la prueba y no se requiere la aplicación de las disposiciones del CGP.

2.1.2. El origen del dictamen. La nueva legislación supera el debate sobre la validez del dictamen extrajudicial. En efecto, ha sido posición reiterada de la doctrina colombiana y de los jueces, que el dictamen pericial debe ser consecuencia de un encargo judicial<sup>6</sup>, por lo que no resultaron aplicables las previsiones de la Ley 446 de

---

<sup>6</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo Segundo, Editorial Temis, 2006, pp. 312: “b) *Debe ser consecuencia de un encargo judicial.* El dictamen de los expertos no puede ser espontáneo, como sí puede ser el testimonio en el proceso penal o en el curso de una inspección judicial civil o laboral; es indispensable que esté precedido de un encargo judicial, mediante providencia dictada y notificada en forma legal (cfr., núms. 217 y 258). Precisamente, este requisito distingue la peritación del testimonio y el perito del testigo, como vimos (cfr., núm. 217, b).”

1998<sup>7</sup> que permitían a las partes aportar dictámenes periciales practicados por fuera del proceso y dicha disposición fue retomada por el legislador nuevamente en la Ley 1395 de 2010<sup>8</sup>.

El mayor inconveniente provenía de la contradicción de dichos dictámenes que llevaba a los tribunales judiciales civiles y de lo contencioso administrativos declararlos carentes de valor probatorio, o a lo mucho puede ser considerado como presunción simple equivalente a la de un testimonio extrajudicial<sup>9</sup>. Con la obligación de la exposición y contradicción en juicio oral del perito o peritos, creemos que se superan tales obstáculos.

2.1.3. Contradicción del dictamen pericial. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala los requisitos de fondo y de forma del documento que será presentado como dictamen de parte en el proceso. Aunque el artículo 219 limita estos derroteros a los dictámenes presentados por las partes. Es así como el documento que se presente debe contener obligatoriamente cinco ítems: a) la declaración de que el o los expertos no están incurso en algunas de las causales impedimento, reguladas en el mismo artículo 219; b) la justificación de la

---

<sup>7</sup> “Artículo 10°. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.”

<sup>8</sup> “Artículo 116. Experticios aportados por las partes. La parte que pretenda valerse de un experticio podrá aportarlo en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas. El experticio deberá aportarse acompañado de los documentos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito y con la información que facilite su localización.

El juez citará al perito para interrogarlo en audiencia acerca de su idoneidad y del contenido del dictamen, si lo considera necesario o si la parte contra la cual se aduce el experticio lo solicita dentro del respectivo traslado. La inasistencia del perito a la audiencia dejará sin efectos el experticio.”

<sup>9</sup> Hernando Devis Echandía, *Op. cit.*, pp. 311: “LESSONA estudia este punto y recuerda que las opiniones han estado divididas, pues al paso que unos consideran que el dictamen extrajudicial carece de todo valor probatorio (tesis obtenida en numerosas sentencias de los tribunales italianos de finales del siglo XIX, que cita), otros (entre los cuales menciona a MORTARA y MATTIROLO) le reconocen el valor de fuente de presunciones simples (tesis que también tuvo apoyo en varias providencias de los tribunales italianos, de la misma época, citadas allí mismo). LESSONA considera que estos dictámenes tienen un valor de testimonio extrajudicial, por lo cual, si son impugnados, carecen de valor probatorio; en otro lugar dice que esos testimonios extrajudiciales, es decir, recogidos fuera del proceso, tienen el carácter de presunciones simples.”

idoneidad profesional y técnica; c) cuestionario punto por punto en un orden metodológico; d) el concepto propiamente dicho; y e) los documentos soporte.

Interesa resaltar la necesidad de que las instituciones o peritos que rindan el dictamen acrediten que son especializados e idóneos. Para tal efecto, ya no es suficiente la manifestación jurada que se considera prestada con la firma del documento, sino que además deben sustentar su pericia técnica, su experiencia y su idoneidad para conceptuar sobre el asunto objeto de dictamen. No hay límite en el número de profesionales.

La posibilidad de que el dictamen se produzca fuera del proceso hace relevante que el juzgador sea especialmente exigente con el cuestionario, verificando que esté respondido punto por punto sobre los hechos en los que gira la demanda. De igual manera, debe constatar que el cuestionario tenga un orden metodológico a efectos de facilitar la dirección de la audiencia pública en la cual se efectuarán las aclaraciones, complementaciones y objeciones, que como se verá, deberán surtir oralmente.

Reto importante, en lo que se refiere a los peritos contratados por las partes, será cumplir con la previsión de ejercer su labor con objetividad e imparcialidad tomando en consideración tanto lo favorable como lo desfavorable para su cliente. Esta problemática no es desconocida en los sistemas del *common law* donde la práctica judicial ha demostrado que el perito elegido por las partes tiene a servir a la parte que lo convoca<sup>10</sup>.

Ahora bien, también es una novedad el procedimiento para controvertir el dictamen pericial. La nueva normativa estableció tres caminos distintos para su controversia, dependiendo de la parte de la cual proviene la prueba o si es practicado en el curso del juicio:

---

<sup>10</sup> Michelle Taruffo, *La Prueba*, editorial Marcial Pons, 2008, pp. 90: “En su calidad de testigo, en Estados Unidos, el perito normalmente es presentado por las partes. Ambas partes presentan a sus propios testigos expertos con el fin de ofrecer al tribunal los conocimientos especiales necesarios para decidir sobre los hechos. En consecuencia, las partes deciden si presentan o no a los testigos expertos, los eligen, los preparan para el juicio y les pagan. Se genera así la figura del perito o testigo experto como un <<pistolero a sueldo>>, dispuesto a servir a la parte que lo convoca.”

*2.1.3.1. Contradicción del dictamen aportado por la parte demandante.* La nueva codificación le presenta a las entidades públicas demandadas un abanico de estrategias para refutar el experticio que aporte la parte actora con la demanda. La primera posibilidad es la de que lo objete por error grave o pida aclaraciones o adiciones en la Audiencia Inicial<sup>11</sup>. En segundo lugar, está facultado para aportar un contra dictamen con la contestación de la demanda. Si decide hacer uso de esta opción, el numeral 5° del artículo 175 le concede un término de treinta días adicionales a los treinta días generales para contestar la demanda, pero la solicitud al juez de este nuevo término debe hacerla antes del vencimiento del traslado de la demanda. En tercer lugar, la parte demandada puede solicitar la práctica de un dictamen al Juez. En este evento la prueba se decreta en la Audiencia Inicial y se practica en la Audiencia de Pruebas.

En cuarto lugar puede, también en la contestación de la demanda, solicitar al juez la recepción de testigos técnicos “que hubieren tenido participación en los hechos materia del proceso” (artículo 220-1). Vale la pena detenerse en este punto para advertir que esta regla permite inferir que el contra dictamen no puede ser elaborado por funcionarios o empleados de la entidad, sino que deberá contratar con terceros, pues resultaría insólito que una de las partes del proceso pretenda ser al mismo tiempo “auxiliar del juez”, como ya lo ha advertido el Consejo de Estado<sup>12</sup>. En este sentido, creemos que será el testimonio técnico la vía adecuada para que las entidades públicas lleven al juicio el concepto calificado de sus empleados

---

<sup>11</sup> El nuevo procedimiento establece en su artículo 179 que el juicio se desarrollará en tres audiencias: la inicial que culmina con el decreto de pruebas, la probatoria para su recaudo, y la de alegaciones y fallo. En los despachos unipersonales todas ellas se realizan por el juez administrativo, pero en los colegiados, las dos primeras las lleva a cabo el magistrado ponente, mientras que en la última deben estar presentes los magistrados que integran la Sala para fallar.

<sup>12</sup> Entre otras decisiones, CE3, sentencia de 1° de octubre de 2008, exp. 2004-01856 (AP), Ruth Stella Correa Palacio: “Si la prueba pericial a cargo de entidades oficiales, conforme al citado inciso tercero del artículo 243 del CPC, debe tener por objeto materias propias de las actividades de dichas entidades, resulta insólito que cuando una de esas entidades es demandada judicialmente, funja simultáneamente como experta auxiliar del juez que va a dirimir la controversia.”

especializados, especialmente cuando se trate de controversias contractuales o de responsabilidad médica.

En quinto lugar, se permite al apoderado de la demandada interrogar a los peritos en la audiencia de pruebas (artículo 220-2), y en sexto lugar, puede solicitar el decreto y práctica de cualquier otro medio de prueba.

#### *2.1.3.2. Contradicción del dictamen aportado por la entidad pública demandada.*

Conservando el principio de igualdad de armas y de medios entre las partes, la nueva reglamentación procesal también le ha conferido a la parte actora los medios para conocer y controvertir el dictamen presentado por la entidad demandada. Para lograr este cometido el parágrafo 3º del artículo 175 ordena que el experticio quede a su disposición en la Secretaría del Despacho, sin necesidad de auto que lo ordene. La norma especial no fija el periodo de tiempo, por lo cual habría que acudir al término de tres (3) días previsto en el artículo 228 del CGP, luego de vencido el término para contestar la demanda.

En adición a lo anterior, también se le permite objetar y pedir aclaraciones o adiciones en la Audiencia Inicial e interrogar a los peritos en la Audiencia de Pruebas (numeral 2º, artículo 220).

2.1.4. La práctica de la prueba. En el dictamen de parte es obligación del perito o peritos comparecer a la audiencia de pruebas para efectuar una exposición, leyendo el concepto elaborado de acuerdo con las formalidades a las que hicimos referencia en el 2.1.3. En la audiencia se permite al experto aportar soportes técnicos y científicos adicionales a los que venían con el documento inicial para respaldar sus conclusiones (artículo 220, numeral 2º).

Seguidamente, pueden las partes interrogar al perito, pero restringiendo sus preguntas al cuestionario planteado. Esto reitera la importancia de que el juez controle este aspecto desde el comienzo de la litis. También puede el juzgador interrogar al perito. Quiere decir lo anterior, que para la validez de la prueba pericial

ya no es suficiente el informe escrito y su traslado a las partes por Secretaría, sino que es necesario presentar la prueba aplicando los mismos mecanismos procesales que se utilizan para las pruebas testificales. Se hace bastante difusa así la distinción que hasta el momento judicial y doctrinariamente se sostenía para el testigo experto y el dictamen pericial. Aunque la Ley 1437 guarda silencio sobre los efectos de la inasistencia del perito, el Código General del Proceso es contundente en señalar que si el perito no asiste *el dictamen no tendrá valor* (artículo 228). Ante la expresa integración de que trata el artículo 218 del CPACA habría que aplicar la misma regla.

Así mismo, la tacha de los peritos debe tramitarse de manera idéntica que la de los testigos sospechosos y formularse antes de celebrarse la audiencia siguiente a la aportación del dictamen –audiencia inicial en los peritazgos aportados por las partes y en la audiencia de pruebas cuando es decretada por el juez-

## **2.2. El dictamen judicial y otros dictámenes del Código General del Proceso**

Si bien es cierto la Ley 1437 contempló la posibilidad al Juez de decretar de oficio o por solicitud de cualquiera de las partes la prueba pericial dentro del proceso contencioso administrativo, se remitió en toda la regulación de dicha prueba al derogado Código de Procedimiento Civil. Ante la vigencia del Código General del Proceso para esta jurisdicción, tal y como lo definió la Sala Plena del Consejo de Estado en el auto del 25 de junio de 2014, expediente No. 49299, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, aparecen ahora innumerables interrogantes, que por efectos de espacio solamente me permito enunciarlos:

- ¿Es el dictamen de parte la regla y el de oficio excepcional? Así parecería si se tiene en cuenta que el nuevo proceso busca asemejarse al modelo de juicio de los Estados Unidos o España, que es de tendencia predominantemente adversarial.

- ¿Nacieron otros nuevos tipos de dictámenes? Con el CGP nacieron seis categorías: 1) dictamen de parte (art. 227); 2) dictamen de oficio por el Juez (arts. 229, 230 y 231); 3) dictamen de entidades o dependencias oficiales decretadas de oficio o a petición de parte (art.234); 4) dictamen practicado de común acuerdo por las partes (arts. 48-4 y 190); 5) dictamen pericial decretada por el juez a petición de persona amparada de pobre (art.299-2) y 6) dictamen pericial extraprocesal (Leyes 446 de 1998 y 1395 de 2010).
- ¿Subsiste el dictamen judicial a petición de parte? Resulta el asunto que más polémica ha generado en la jurisdicción. Me inclino por quienes sostienen que desaparecido, pues no se encuentra dentro de las categorías señaladas en el punto anterior, va en contravía del nuevo sistema de juicio oral y carece de regulación especial en el Código General del Proceso al punto de que desaparecieron los peritos de la lista de auxiliares de la justicia.

No obstante, para quienes defienden su existencia el soporte jurídico aparece en la Ley 1437 de 2011, cuando establece que a diferencia del dictamen aportado por las partes, el judicial debe presentarse por escrito, el peritazgo judicial se produce en la audiencia de pruebas y en esa misma oportunidad se efectúa el debate, mediante interrogatorio de las partes y del juez. También será la audiencia de pruebas la única oportunidad procesal para que las partes soliciten aclaraciones o adiciones verbales y formular la objeción por error grave (numeral 3º, artículo 220). Pero igualmente válido sería señalar que dicha normativa se aplica solamente para el dictamen de oficio.

### **3. Otros Interrogantes y perspectivas sobre la prueba pericial en la Ley 1437 de 2011**

No se ocupa este artículo de otras novedades relacionadas con el régimen legal de los peritos contratados por las partes, los impedimentos, el pago de

honorarios y su inclusión en la condena en costas, porque hemos limitado la presentación de asuntos relacionados con el decreto y práctica de la prueba pericial. En esta dirección, se quiere llamar la atención, como punto final, sobre algunas inquietudes que afrontan los jueces en este nuevo escenario procesal.

3.1. La exposición oral del perito: ¿cambia la naturaleza del medio de prueba? Como ya se adelantó, en el numeral 2.4, una evaluación superficial llevaría a concluir que la declaración del perito en la Audiencia de Pruebas y su interrogatorio por las partes y el juez, transforma el medio de prueba en un testimonio. Sin embargo, un estudio más detallado permite concluir que las diferencias de fondo entre la prueba pericial y el testimonio siguen vigentes.

En primer lugar, el testimonio de terceros es una declaración libre y espontánea de los hechos que sabe o le constan, mientras que el perito en ningún caso hace una narración libre, sino que está sujeta a los precisos límites fijados en el cuestionario. Tampoco declara sobre hechos que le constan, sino que emite un concepto u opinión autorizada sobre el tema específico para el que fue designado o contratado por las partes.

En segundo lugar, el perito, sea de las partes o designado por el juez, no pierde su calidad de “auxiliar de la justicia”. La forma oral u escrita en que rinda su dictamen el perito, no transmuta su papel esencial en el proceso, que es la de apoyar al juez sobre aspectos técnicos que deben ser tenidos en cuenta al momento de proferir la decisión judicial.

En tercer lugar porque, como se ha visto, la nueva normativa crea la figura del “testigo técnico” como uno de los medios de las partes para controvertir los dictámenes aportados por la partes. El testimonio técnico viene a ser una prueba diversa del dictamen pericial y de la declaración de terceros, si se recuerda lo mencionado sobre la limitación establecida en la Ley 1437 de 2011, para que los servidores públicos de la entidad demandada que hayan tenido participación en los hechos que se juzgan, ejerzan como peritos extrajudiciales. En esa medida, también

es una novedad en lo contencioso administrativo colombiano, la introducción del *expert testimony* o *expert witness* del derecho anglosajón, que tiene unas condiciones especiales de admisibilidad para que puedan rendir declaración<sup>13</sup>.

De todas maneras, no se discute que los linderos entre la prueba pericial y el testimonio técnico no siempre serán muy claros en el terreno práctico, lo que constituye un nuevo reto que tendrá que afrontar el juez al momento de la valoración conjunta de las pruebas.

3.2. La prueba pericial científica. En las controversias contractuales y en la responsabilidad médica del Estado, de manera usual aunque no exclusiva, los jueces y magistrados de lo contencioso administrativo tendrán el reto de distinguir entre la ciencia “válida” de la ciencia “basura”, contenida en los dictámenes periciales y los conceptos de los testigos técnicos. En nuestro medio la seriedad de instituciones oficiales como el Instituto Nacional de Medicina Legal, el Instituto de Cancerología o las facultades de medicina de las universidades públicas, ha reducido este riesgo. Empero, con la nueva posibilidad que se confiere a la partes para traer al proceso opiniones diversas, bien por la pericia extrajudicial o el testigo técnico, nace el riesgo de que las decisiones judiciales terminen “contaminadas” por falaces teorías científicas, como ya ocurrió en los Estados Unidos de América entre finales de los años 80 y principios de los 90<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Francisco Verbic, *La prueba científica en el proceso judicial*, Rubinzal-Culzoni editores, 2008, pp. 49: “Actualmente, la figura del *expert witness* se encuentra regulada en el artículo VII de las *Federal Rules of Evidence* (en adelante FRE), intitulado *Opinions and expert testimony*. Las FRE 702 determinan que un testigo calificado como experto (por conocimiento, habilidad, experiencia, entrenamiento o educación) podrá prestar declaración de la forma u opinión o de otra manera cuando conocimientos especiales de orden científico, técnico o de diverso tipo puedan asistir al juez de los hechos a entender la prueba o a determinar un hecho en discusión.”

<sup>14</sup>Francisco Verbic, *Op. Cit.*, pp. 65: “Según se desprende de la doctrina que tuvimos la oportunidad de analizar en torno al argumento de la prueba científica, el término *junk science* se encuentra en el centro de gran parte del discurso contemporáneo. Se trataría de una imagen espejada de la *real science* “con mucho de la misma forma pero poco de su sustancia”, configurada por aquellos conocimientos pseudocientíficos que nacen del empleo de datos incompletos, meras intenciones y dogmatismos truculentos o bien, en ciertas ocasiones, lisa y llanamente como producto del fraude.”

3.3. La preparación del juez ante la prueba pericial. La exposición y controversia oral del dictamen implica para el juez administrativo afrontar el nuevo reto de estar debidamente preparado para manejar el tema técnico en discusión. La práctica y valoración de este tipo de prueba convierte al juez en protagonista central del proceso de lo contencioso administrativo exigiéndole una preparación adicional al meramente normativo.

No quiere significar lo anterior que el juez deba convertirse en una especie de “científico amateur”. Tampoco se trata de subestimar su papel, hasta el punto de afirmar que no se encuentra capacitado para analizar críticamente la labor del perito. Se trata más bien de aprender y perfeccionar el uso y aprovechamiento adecuado de los instrumentos procesales y las alternativas posibles para enriquecer el bagaje cultural del juez, de modo que pueda adquirir los elementos mínimos para valorar el trabajo de los expertos.

3.4. Los compromisos de las partes ante la prueba pericial. El éxito de la reforma depende en gran medida del cambio en la conducta procesal de las partes. El que se asuma con absoluta rigurosidad y lealtad el dictamen elaborado extraproceso, disminuirá el riesgo de que el juicio se convierta en un interminable debate de opiniones contra puestas, que en lugar de apoyar al juez le hagan más difícil la labor de administrar justicia de manera pronta y oportuna.

Mucho más puede comentarse sobre este complejo medio de prueba, por ello no es pretensión distinta la de este escrito que la de llamar la atención de la comunidad jurídica y judicial, para continuar ahondando en el análisis de los nuevos retos que exige la materialización de una justicia contencioso administrativa mucho más eficiente.

#### 4. Bibliografía

- ARBOLEDA PERDOMO Enrique José, *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Legis, 2011, 428 p.
- BERMUDEZ MUÑOZ. Martín, *Del dictamen judicial al dictamen de parte*, NET Educativa editorial, 2012, 267 p.
- DEVIS ECHANDÍA Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo Segundo, Editorial Temis, 2006, 820 p.
- LAMPREA RODRÍGUEZ Pedro Antonio, *De la prueba en el contencioso y administrativo*, Ediciones Doctrina y Ley, 2010, 598 p.
- RIVADENEIRA BERMÚDEZ Rosenber Emilio, *Manual de derecho probatorio administrativo*, Librería jurídica Sánchez R. Ltda., 2008, 315 p.
- TARUFFO Michelle, *La Prueba*, editorial Marcial Pons, 2008, 324 p.
- VERBIC Francisco, *La prueba científica en el proceso judicial*, Rubinzal-Culzoni editores, 2008, 91 p.