

Prueba Pericial: Un Enfoque Comparativo del Sistema Penal de Colombia y EE.UU.

Para:

Alieth Milena Bolívar Valencia

De:

Sandra Yaneth Fonseca Ramírez

Héctor Guillermo Sierra Cuervo

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA PROFESIONALES

CENTRO DE INVESTIGACIONES

TRABAJO DE GRADO

BOGOTÁ, D.C. AGOSTO 2017

Prueba Pericial: Un Enfoque Comparativo del Sistema Penal de Colombia y EE.UU.

¹Sandra Yaneth Fonseca Ramírez

²Héctor Guillermo Sierra Cuervo

¹ Estudiante Grupo Profesionales Facultad de Derecho Universidad la Gran Colombia, Bogotá, D.C, agosto 2017

² Estudiante Grupo Profesionales Facultad de Derecho Universidad la Gran Colombia, Bogotá, D.C, agosto 2017

Contenido

	Pág.
Resumen	4
Abstract	4
Introducción	5
Formulación de la problemática	6
1. La prueba pericial en el sistema penal acusatorio de Colombia	8
2. Acerca del sistema penal acusatorio como trasplante jurídico.....	16
3. La prueba pericial en casos penales de Estados Unidos.....	18
Conclusiones	22
Referencias bibliográficas	25

Resumen

El artículo trata de la prueba pericial como objeto de estudio en el marco de las características del Sistema penal acusatorio de Colombia en contraste con su implementación, similitudes y diferencias en la justicia penal de Estados Unidos. El problema formulado se pregunta acerca de las diferencias en el desarrollo pericial dentro del derecho probatorio en los dos sistemas penales. Es así como, el objetivo general busca determinar diferencias de tipo comparado en el esquema probatorio pericial de Colombia y Estados Unidos. Metodológicamente se hace un breve análisis de investigación documental de las razones por las cuales un Sistema legal puede ser resultado de trasplante jurídico de sistemas relativamente probados en su lugar de origen, como podría ser el caso de la Ley 906 de 2004. A través de la búsqueda se concluye como resultados en primer lugar que la diferencia fundamental se centra en las distancias tecnológicas de los dos países para la aplicación de pruebas periciales de importancia probatoria. En segundo término, el hecho de que el Sistema penal acusatorio en Colombia no concentra su atención en la investigación y, por tanto, en la experticia pericial. Tercero, en que la carga de la prueba recae en Estados Unidos en las partes acusatoria y defensora, como también lo es en Colombia, pero en la práctica los elementos culturales y de tipo económico inciden en la práctica real del uso de las pruebas periciales para una mejor aplicación de la justicia en ambos ordenamientos penales.

Palabras claves: Sistema penal acusatorio, derecho comparado, derecho procesal penal colombiano, derecho procesal penal de Estados Unidos, prueba pericial.

Abstract

The article deals with expert proof within the framework of the characteristics of Colombia's accusatory criminal system in contrast to its implementation, similarities and differences in the criminal justice of the United States. The problem posed questions the differences in expert development within the law of evidence in the two criminal systems.

Thus, the general objective seeks to determine differences of a comparative type in the Colombian and United States expert evidence framework. A brief analysis is made of the reasons why a legal system can be the result of a legal transplant of systems that are relatively proven in their place of origin, as could be the case of Law 906 of 2004. It is concluded that the fundamental difference focuses on the technological distances of the two countries for the application of forensic evidence of probative importance in the first place. Secondly, the fact that the accusatory criminal system in Colombia does not concentrate its attention on research and, therefore, on expert expertise. Third, where the burden of proof falls on the United States in the accusatory and defending parties, as it is in Colombia, but in practice it is the cultural and economic elements that affect the actual practice of the use of expert witness for a better application of justice in both criminal systems.

Keywords: Accusatory criminal system, comparative law, Colombian criminal procedural law, United States criminal procedural law, expert evidence.

Introducción

La revisión de la muestra documental seleccionada para la estructura del escrito permitió ubicar el contexto de estudio a partir del Sistema Penal Acusatorio el cual entró en vigencia en Colombia el primero de enero de 2005, a partir de la Ley 906 de 2004. Es así que para tratar el objeto de estudio propuesto, la prueba pericial, se tiene en cuenta de manera particular los roles desempeñados dentro del Sistema Acusatorio por sus diferentes actores, como son los de fiscales, peritos, investigadores, jueces, Ministerio Público y defensores, además del imputado. Es de expresar, que el Fiscal General de la Nación es el encargado de la etapa preprocesal denominada de indagación e investigación de carácter administrativo, y los jueces del conocimiento, singulares y colegiados, de la del juzgamiento penal. En la primera etapa no se conciben pruebas. Media una etapa de preparación del juicio oral en la cual defensa y juez se enteran de los medios de convicción que la fiscalía desea hacer valer.

En consecuencia al tratar el contexto de la prueba pericial es de manifestarse que la introducción del SPA al país ha significado, en alguna forma, el fortalecimiento del juicio público, oral y concentrado, que elimina la carga judicial de llevar los procesos en expedientes por escrito de original y copia, tendiendo a reducir su costo económico, el gran retraso de las actuaciones y la mora en el desarrollo del proceso, por lo cual se introdujo como un elemento clave en la descongestión general de los juzgados y el logro de la celeridad en la impartición de justicia.

Para algunos observadores, La introducción del SPA ha sido vista como una muestra de trasplante jurídico, aunque algunas posiciones al respecto distinguen entre un trasplante jurídico que no se acompaña de estudios empíricos que lo sustenten o de análisis del contexto importador, en este caso el colombiano y su ordenamiento jurídico, a diferencia de propuestas o figuras jurídicas que se inspiren sanamente en aquellas que han sido probadas con éxito en otras latitudes, parcialmente el caso comparable de Estados Unidos.

Es así como, el Sistema acusatorio de Estados Unidos, consiste en que el gobierno federal, como el de los estados, pueden procesar delitos penales, pues ambos cuentan con sus estatutos penales, sistemas de tribunales, fiscales y agencias policiales, aunque como Rubio (2012) comenta, los delitos en contra de las personas o de la propiedad en su gran mayoría son procesados por cada estado, dada su demarcación. En su sistema participan Cortes de Distrito,

fiscales y jueces que varían dependiendo del número de causas jurídicas, o las Cortes de Apelaciones según jurisdicción.

Como característica no se puede dictar orden de arresto contra alguien excepto si hay pruebas suficientes, las cuales pueden ser presentadas ante un jurado de acusación compuesto por ciudadanos que analizan las pruebas. De otra parte, existe una instancia de jurado de juicio cuyos ciudadanos integrantes deben consensuar decisiones de culpabilidad o no. Al igual que en Colombia, las pruebas periciales quedan sujetas al criterio del juzgador, del jurado en un caso o del juez en ambos, pero la diferencia fundamental reside en que el ámbito de aplicación es quizá más rígido en los Estados Unidos.

La metodología utilizada ha sido de tipo cualitativo, con un enfoque analítico de investigación documental que ha facilitado la aproximación al estudio del objeto prueba pericial en el marco de la problemática expuesta y del objetivo a lograr. Se parte de la premisa de que las pruebas periciales son elementos de carácter técnico, constitutivos de los ordenamientos penales pero que, a pesar que se pudieran considerar con fuerza objetiva para su aceptación en los correspondientes procesos, dependen de la subjetividad del juzgador. Este será quien acate o no la autoridad científica implícita en cada evidencia experta que es presentada con intención de ser prueba válida. El presente artículo no pretende un contraste de los dos ordenamientos penales, sino una comparación específica de la figura de la prueba pericial al interior de los sistemas penales de Colombia y Estados Unidos.

Formulación de la problemática

La propuesta de valoración de la prueba pericial en un régimen procesal con tendencia holística es un estudio desde la epistemología del testimonio sobre la justificación de la aceptación del conocimiento en la decisión. Se concluye que la valoración no debe limitarse a un soliloquio del juez con su reducido conocimiento de la vida, sino que él requiere de una experimentación previa en el contexto procesal en el que la prueba pericial se somete a juicios de admisibilidad, a los interrogatorios en su práctica y otras actuaciones que le ayuden a establecer signos de fiabilidad sobre el perito y su conocimiento.

El Código de Procedimiento Penal colombiano de 2004, realizó una forma de “trasplante por estaca” desde la legislación estadounidense (en el contexto de la “guerra contra las drogas”), consistente en que esta legislación pone una rama (las normas procesales penales) en el orden jurídico receptor, el colombiano. Como es de esperarse, los frutos producidos, en gran medida, conforman un híbrido, pero algunos resultan de dudosa fertilidad. El problema es que se trasplantan normas que tienen origen en un sistema de tradición adversarial, en el que al mismo tiempo el juicio oral es excepcional (solo para el 5% de las condenas) y el juez de derecho se concibe como gatekeeper (protector frente al engaño) distinto del juez de los hechos (jurado), y pasan a un contexto colombiano con tradición publicista, escritural, con juez funcionario que decide sobre el derecho y los hechos y con obligación de motivar; así mismo, con unas prácticas judiciales, policiales, de abogacía y socio-culturales muy diversas. Ruiz (2015).

Se cuestiona entonces sobre la adaptación y la utilidad de las reglas trasplantadas: ¿en qué aspectos esas reglas tienen o no eficacia por el contexto en que operan, pero también en qué sentido requieren de una contextualización mediante una interpretación sistemática? En la prueba pericial los componentes normativos de la prueba pericial trasplantados son los de la fase probatoria de la admisibilidad, consistentes en la regla de la pertinencia cognitiva (relevancia), y los parámetros de admisibilidad de la “base científica o técnica” de la prueba novel.

La síntesis anterior lleva a formular la pregunta de investigación documental de tipo analítico para orientar el breve estudio de la prueba pericial:

¿Cuáles son las diferencias de la prueba pericial al interior de los sistemas penales acusatorios de Colombia y Estados Unidos?

El interrogante se trata en este escrito a través del análisis documental que en la búsqueda y manejo de la información teórica y jurisprudencial sobre la prueba pericial en los contextos

indicados anteriormente sobre la identificación plena de lo que es actualmente el Sistema penal acusatorio en Colombia, el sistema penal acusatorio como trasplante jurídico y la prueba pericial en casos penales de Estados Unidos, los cuales se presentan a continuación de manera sucinta, en donde se reflejan particularidades que contribuyen a la comprensión del objeto de estudio.

1. La prueba pericial en el sistema penal acusatorio de Colombia

La Corte Constitucional se ha referido en Colombia al tema de la prueba pericial, en su sentencia C-124 de 2011, (MP Luis Ernesto Vargas Silva) de la siguiente manera:

La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: (...) el instrumental para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. (...), el experticio como un medio de prueba en sí mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso. Es por esta última razón que los ordenamientos procedimentales como el colombiano, prevén que el dictamen pericial, en su condición de prueba dentro del proceso correspondiente, debe ser sometido a la posibilidad de contradicción de las partes, mediante mecanismos como las aclaraciones, complementaciones u objeciones por error grave.

Dentro del sistema penal acusatorio, ni el fiscal ni el juez tienen conocimiento directo de los hechos. El fiscal debe lograrlo a través de evidencias físicas e información legalmente obtenida. El juez habrá de conocer mediante pruebas practicadas en la audiencia de juicio oral en desarrollo de los principios de inmediación, contradicción y publicidad. Esto significa que, si se enfrenta aspectos que superen el conocimiento corriente, ha de ser necesaria la intervención

experta, de lo cual se desprende la importancia de la prueba pericial. Este tipo de prueba, de acuerdo con la Ley 906, “es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados” (art. 405). Es una prueba de auxilio judicial o de ayuda para que el juzgador entienda la evidencia frente a conocimientos que no posee. Debe recordarse que previamente, mediante Acto Legislativo 03 (2002), la prueba fue reiterada como elemento constitutivo fundamental del nuevo sistema acusatorio, a nivel del artículo 250 de la Constitución Nacional.

El dictamen pericial es parte del régimen probatorio dentro del sistema penal acusatorio en Colombia. En dicho sistema, como lo ha expresado Bedoya (2008) cuando se refiere a la carga de la prueba en cabeza del acusador, el ordenamiento procesal penal reafirma que la Fiscalía General de la Nación debe obtener lícitamente y presentar en debida forma, las pruebas que han de resultar necesarias para convencer al juez, fuera de toda duda razonable, de que una conducta es punible. Como consecuencia, que amerita la imposición de una sanción.

El anterior sistema, de carácter inquisitivo (Ley 600 de 2000) preveía que fuera el fiscal quien investigara lo favorable y lo desfavorable a la causa correspondiente, Ya en vigencia el sistema de carácter acusatorio (Ley 906 de 2004), el fiscal asume el rol de hallar la prueba requerida y tener en cuenta los hallazgos de evidencia de descargo, al tomar las decisiones que le competen, entre las cuales la formulación de imputación, la solicitud de imposición o revocatoria de una medida de aseguramiento, la acusación, entre otras. Pero, además, informar al defensor a partir de la radicación del escrito de acusación. Es decir, ello implica que el defensor debe realizar por su parte actividades investigativas conducentes a demostrar al juez aquello que resulte relevante para el acusado al cual representa.

Esta prerrogativa probatoria, sin embargo, no tiene la misma exigencia que la responsabilidad probatoria de la Fiscalía, ya que al defensor solo le basta con generar la duda. Por esto, el defensor no tiene que lograr un convencimiento más allá de duda razonable frente a un determinado aspecto. El artículo 125 del Código de Procedimiento Penal, enfatizó el diferente rol que cumple la defensa en el sistema acusatorio, permitiendo actuaciones a los investigadores y técnicos reconocidos por la ley. En estos casos, según Bedoya (2008), “las entidades públicas, privadas y particulares deberán prestar la colaboración que requiera el defensor certificado por la Fiscalía General de la Nación, sin que se pueda oponer reserva, condicionando ello al compromiso que la información ha de ser utilizada para efectos judiciales” (p. 34).

La defensa en el régimen acusatorio ha de asumir la carga de la prueba ubicando en forma adecuada los aspectos relevantes para un determinado caso. El fiscal, por su parte, debe preparar cuidadosamente su argumentación antes de presentarla al juez y debe desempeñar en forma adecuada su tarea probatoria, incluyendo todos los problemas que debe abordar y verificando la corrección material de los argumentos y subargumentos relacionados. Ningún aspecto relevante para concluir la procedencia de la sanción penal podrá quedar exento de la carga probatoria que tiene la Fiscalía.

El fiscal debe acreditar los hechos o circunstancias, tanto los específicos como los genéricos, que constituyen factores de mayor o menor punibilidad, debe en los casos que surjan dos hipótesis plausibles, explicar por qué se inclina por una de ellas, realizando los actos de investigación necesarios para el mejor conocimiento posible de lo ocurrido, y transmitir dicho conocimiento al juez a través de los medios de prueba, para no generar una duda razonable que torne improcedente la imposición de la sanción frente a las pruebas que presente la defensa. Al

respecto resultan de suma importancia los medios de acreditación utilizados para fines de impugnación o refutación, aspecto que será analizado más adelante (pp. 33-36).

En este punto ha de aclararse la diferencia existente entre actos de investigación y actos de prueba. Al respecto, la Corte Constitucional, a través de su Sentencia C-396 de 2007, (M P Marco Gerardo Monroy Cabra), precisó que:

(...) los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. (...) los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho. Es decir, como lo hubo expresado previamente la Corte Suprema, en su Sentencia 25007, los actos de investigación no pueden ser valorados ni objeto de contradicción, ni sustentan de modo alguno ninguna decisión y solamente vienen a tener una implícita trascendencia en tanto sirven para fundar una prueba.

Bedoya (2007) ha diferenciado los actos de investigación orientados a la obtención de evidencias en aquellos que implican la afectación de derechos fundamentales y los que no significan la limitación de derechos. Ejemplifica ello con la recopilación de evidencias en la escena del crimen, recepción de entrevistas, la práctica de ciertos dictámenes (balística, autenticidad documentaria) que representan actos de investigación que generalmente no afectan los derechos. En tanto que, el allanamiento y registro de un inmueble, o la interceptación de comunicaciones telefónicas, o las inspecciones corporales, entre algunos otros, sí comprometen derechos fundamentales.

Sea la una u otra circunstancia, el juez conocerá con mayor y mejor seguridad para el conocimiento y comprensión de los hechos gracias a la labor pericial. El Código de Procedimiento penal hace referencia a la pertinencia de la prueba, en este sentido:

(...) el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deban referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y a sus consecuencias, así como a la identidad o la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o perito (art. 375).

Cabe recalcar en que la actividad pericial no solo hace referencia los aspectos estrictamente técnicos sino en sentido amplio a aspectos científicos como lo pueden ser el análisis de un “cognoscente, en el caso de testigos” (Bedoya, p. 97), para lo cual el Fiscal puede requerir la asistencia pericial de orden psicológico, o la de tipo pericial médico, como es en los casos de violaciones. No obstante, según la Ley 906, tales pruebas periciales pueden ser motivo de impugnación, al igual que lo es la credibilidad de un testigo (arts. 375 y 440). Ello implica la probabilidad de presentar otra prueba pericial con intención de refutación a la primera.

Otra diferenciación a tener en cuenta es la que se presenta entre un testigo experto y un perito. Un testigo técnico conoce los hechos por fuera de la actuación penal, ha llegado a ser inquirido acerca de algún hecho específico dada su experiencia técnica y su presencia casual en el hecho investigado. La intervención del perito, según Climent (1999) “no emana estrictamente de sus títulos académicos sino también de su conocimiento especializado y por experiencia” (p.

472), se da precisamente dentro de dicha actuación, independientemente de la etapa en que acontezca.

El ordenamiento jurídico colombiano, de forma similar a la que hay en muchos otros países, dispone que sólo es prueba la practicada durante la audiencia del juicio oral. No obstante, ha de entenderse que en las más veces la actividad principal del perito, relacionada con su profesión o especialidad, se produce fuera de la audiencia del juicio oral. Empero, esa actividad en laboratorios u otros lugares similares, se explica básicamente en la audiencia oral en cuanto a procedimientos y conclusiones, aunque con la condición de que se cumplan los principios de inmediación, contradicción, publicidad, entre otros.

La prueba pericial se encuentra consignada de la siguiente manera en el Código de Procedimiento Penal vigente (parte III): El servicio de peritos se prestará por los expertos de la policía judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidades públicas o privadas, y particulares especializados en la materia de que se trate. Las investigaciones o análisis realizados por los peritos deben ser consignados en informes que se entienden presentados bajo la gravedad de juramento (art. 406). Las partes pueden presentar informes de peritos de su confianza y pedir que estos sean citados a la audiencia del juicio oral (arts. 413 y 415). El juez admite el informe y a partir de ello dispone la citación del perito, aunque no como prueba, pues el artículo 415 establece con claridad que la admisión del informe está supeditada a que el perito comparezca a la audiencia de juicio oral (art. 414).

El interrogatorio y conainterrogatorio de los peritos en la audiencia de juicio oral tendrán como punto de referencia los informes presentados con antelación (art. 412).

El informe por sí sólo no puede admitirse como prueba (art. 415), se considera solo como la base de opinión pericial. Esta se encuentra, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia 25920 de 2007 “(...) generalmente expresada por escrito, que contiene la ilustración experta o especializada solicitada por la parte que pretende aducir la prueba. Este informe debe ser puesto en conocimiento de las otras partes por lo menos con cinco (5) días de anticipación a la audiencia pública; y cuando se obtiene en la fase investigativa, se sujeta a las reglas de descubrimiento y admisión en la audiencia preparatoria (...)”. Por lo demás, cabe anotar, las instrucciones para interrogar a un perito se encuentran consagradas en el mismo Código de Procedimiento Penal (art. 417).

Esto significa que, en la valoración de una prueba pericial habrá de tenerse en cuenta los criterios técnico-científicos utilizados por el perito para que, en caso de conceptos revaluados o poco confiables, o de instrumentos técnicos en mal funcionamiento, sus conclusiones no sean aceptadas por el juez, o durante el contradictorio, la contraparte haga notar dichas falencias. En este punto debe recordarse que el ordenamiento probatorio acepta en Colombia lo que Granados (2005) ha recordado como prueba novel, aquella que está referida a conocimientos con base científica o técnica nueva, lo cual siendo el criterio de aceptación una prerrogativa del juzgador, la evidencia de peritaje estará en todo momento sujeta a crítica objetiva y subjetiva para ser aceptada.

Un dictamen pericial no es prueba evidente y se encuentra sujeto en todo momento a su examen crítico para validación o no en criterio de fiscal o de juez, lo que significa que la Ley 906 ha previsto como admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel (art. 422), para que sea aceptada en el juicio, deberá satisfacer el haber sido realizada en seguimiento estricto de procedimientos que no la invaliden, pues es posible que durante ellos se encuentren evidencias

físicas, cuyo carácter probatorio depende en buena parte de la forma en que hayan sido realizados dichos procedimientos. Este es el caso que se da cuando determinado objeto de análisis por un perito se encuentra acompañado por el formato de cadena de custodia y la defensa logra demostrar que un funcionario administrativo fue custodio del elemento después del investigador y antes del perito, o lo contrario, afectando la confiabilidad de la prueba pericial.

La Ley 1395 de 2010, permite a las partes seleccionar el perito, definir las cuestiones atinentes a la prueba y aportar el dictamen con la condición de ser sustentado en la audiencia por el auxiliar de la justicia, si el juez lo dispone o la parte contraria lo solicita. Este nuevo sistema con tendencia adversarial busca garantizar peritos más idóneos, simplificar el trámite, concentrar la actuación y mejorar la publicidad y la inmediación en la producción de este medio de prueba en los procesos orales o por audiencias, para los fines de la administración de justicia. Por lo anterior, desaparece la lista oficial de peritos, imperando un sistema de libertad y responsabilidad para las partes en su selección (art. 48).

Así mismo, en el artículo 234 del CGP, en relación con las peritaciones de entidades y dependencias oficiales, se autoriza al juez para designar como peritos a este tipo de entidades, de oficio o a solicitud de parte, cuando deba versar sobre hechos propios de la actividad de ellas. Igualmente cuando la petición la presenta una persona amparada por pobre. Para este evento el director de la entidad o dependencia oficial, atendiendo la solicitud del juez, designará a quienes deben rendir el dictamen, cuya contradicción se somete a las reglas generales. Si se requiere el pago de gastos, para que no se prescinda de la prueba, la parte interesada deberá suministrarlos.

2. Acerca del sistema penal acusatorio como trasplante jurídico

Este es un tema de análisis de teoría sociojurídica puesto que los denominados trasplantes jurídicos, o trasplantes legales, son una forma de importación de figuras jurídicas provenientes de otros contextos sociales y normativos, principalmente de naciones desarrolladas, para su puesta en marcha como modelos jurídicos en la periferia. El caso del sistema penal acusatorio puede catalogarse como un caso más de importación de una figura jurídica proveniente de otros entornos jurídicos internacionales.

Jonathan Miller (2004) realiza una tipificación de los tipos de trasplantes jurídicos con base en los factores que impulsan su implementación en los casos que estas innovaciones se ponen en práctica en diferentes sociedades y contextos: 1) Cost-saving Transplant (p. 21). Se trata de un trasplante que ahorra costos, de manera que la recepción del sistema jurídica asumido va dirigida a ahorrar tiempo haciendo lo que en otro país se ha comprobado, evitando destinar recursos en soluciones autóctonas. 2) Externally Dictated Transplant (p. 61), de alguna manera impuesto externamente, con recepción a través de todo el mundo, pero particularmente en los países en desarrollo. 3) Transplant as a vehicle for individual investment, o trasplante entrepreneur (p. 31), refleja un claro estímulo para el trasplante legal derivado de la presencia en el país receptor de individuos que se encuentran interesados en la estructura legal foránea, con interés en obtener algunos beneficios políticos o económicos por su implementación al interior del país. 4) Legitimacy-Generating Transplant, cuando la nueva figura es vista como un generador de legitimidad, como muestra de la dominación tradicional, en la que la autoridad descansa en una creencia arraigada en la legitimidad de tradiciones inmemoriales y en la consecuente legitimidad de quienes ejercen la autoridad bajo éstas.

Sea cual sea la causa de trasplante, Twinning (2005) ha analizado las diferencias entre trasplantes simples, complejos, pragmáticos, valorativos y contextuales. En el *trasplante simple*,

tanto el exportador como el importador de derecho son claramente identificables, el objeto transferido es usualmente un conjunto de reglas jurídicas que, como objeto no sufren ningún tipo de cambio en el Estado receptor, llenando algún vacío existente sobre la materia en el sistema jurídico receptor.

En el *trasplante complejo*, surge de la circunstancia de que no siempre o no solo los trasplantes son promovidos por los Estados o no son siempre identificables y los importadores de derecho no resultan ser siempre sistemas jurídicos subdesarrollados o dependientes. Esto significa que hay países desarrollados que recepcionan derecho (España y Portugal), y otros (Alemania y Francia), que exportan derecho en la misma Unión Europea. Los derechos que se trasplantan así son diseños institucionales, formas de redacción de documentos jurídicos, algunas ideologías, modelos teóricos descriptivos o normativos y métodos de enseñanza o estructuras curriculares.

Los *trasplantes pragmáticos*, de otra parte, son herramientas para solucionar problemas concretos donde el agente importador escoge, o el agente exportador lo impone, un conjunto de normas o instituciones que en otros contextos afrontaron con éxito retos análogos a los que ahora se enfrentan en el país receptor. El *trasplante valorativo*, significa que para comprender los trasplantes hay que concentrarse en los valores, principios e interés políticos que los fundamentan y motivan.

Los instrumentos jurídicos que se importan y que son relevantes para el análisis, sin embargo, son secundarios frente a las categorías conceptuales y prácticas que les dan origen y los sostienen. El *trasplante contextual*, parte de la existencia de una estrecha relación entre el derecho y la sociedad, en la cual las normas reflejan las variables culturales, políticas y

económicas que caracterizan la comunidad. De ello se deduce que los trasplantes tienen problemas serios para echar raíces y consolidarse en los contextos de recepción.

Para implementación de un trasplante jurídico se prevé un trabajo de comparación entre los países emisor y receptor. De conformidad con los trabajos de Giuseppe de Vergottini (2011) y Alessandro Somma (2011), quien habla de impostaciones jurídicas, hay cinco pasos que son:

1. Identificación del *tertium comparationis*, o problema común a los dos países.
2. Descripción sobre las instituciones jurídicas vinculadas con la comparación tanto en los sitios de producción jurídica, emisores, como en los sitios de recepción, en cuanto a formantes normativos, jurisprudenciales y doctrinales.
3. Identificación de los contextos sociales, económicos, políticos y culturales en que se observan los formantes antedichos.
4. Realización del ejercicio de semejanzas y diferencias.
5. Identificación y explicación de las conclusiones que sean resultado de la comparación consistente en tipos de trasplantes jurídicos (p. 49).

3. La prueba pericial en casos penales de Estados Unidos

Inicialmente se debe tener en cuenta en relación con los Estados Unidos, que su territorio cuenta con una estructura Federal y cincuenta gobiernos Estatales; por ende funcionan en paralelo dos sistemas penales, con dos soberanos actuando al mismo tiempo. Cada uno de los Estados de la unión Americana tiene su propia estructura, significando esto, que cada uno cuenta con su propio gobierno, sus propias leyes, sus propios estatutos penales, su propio sistema de tribunales, sus propias oficinas de defensa pública, sus propias fiscalías y sus propios departamentos de policía; por ende las actuaciones desde el punto de vista penal pueden ser constitutivas de un delito Federal, constitutivas de un delito Estatal, una misma conducta puede ser penada Federalmente y Estatalmente sin que exista violación

del principio “Ne bis in ídem” (derecho a no ser puesto dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito. Quinta Enmienda) en función del doble soberano, técnicamente puede ser acusado por la fiscalía estatal y la fiscalía federal según el código federal, los estatutos penales y los preceptos constitucionales. Carazo(2017)

En el sistema penal hasta la década de los años sesenta, la prueba pericial no tenía importancia relativa en los juicios penales americanos. Dos décadas más tarde, este tipo de prueba sería referido como “el punto decisivo en todo caso en que hay elementos materiales de prueba”, un desarrollo que algunos autores consideran es el resultado de la Revolución del Debido Proceso de la Corte de Warren, según Meliá (2005), citado por Ramírez (2006), y las repercusiones restrictivas de este sobre el uso de técnicas tradicionales de solución de casos, como los interrogatorios.

Desde un comienzo los problemas relacionados con la prueba pericial ya habían provocado grandes debates. El incremento en el uso de este tipo de prueba, así como los cambios probatorios y procedimentales presentados desde finales del siglo XX en Estados Unidos, no han silenciado dicho debate. La prueba pericial uno de los temas más debatidos en la literatura legal americana, de acuerdo con Ramírez (2006), ante todo respecto al epicentro problemático relacionado con el asunto de “si el uso de expertos elegidos por las partes es una manera satisfactoria de asegurar la justicia para todos” (parte 2, párr. 2).

Respecto a la obligatoriedad de la intervención de peritos, el proceso penal americano se basa en dos aspectos claves. El primero, la autonomía de las partes y el segundo, los incentivos a dichas partes. Dado que en el sistema penal estadounidense la responsabilidad de conducir la investigación de los hechos eventualmente punibles está asignada a las partes, estas tienen el enorme incentivo de poder investigar con amplitud los asuntos que en su opinión son

importantes. El juez no tiene que realizar tareas de investigación, pues solamente preside el juicio. La evidencia presentada como prueba y que no sea impugnada se asume como verdadera, lo que implica que la evidencia no presentada se asume como inexistente o irrelevante.

De esta manera, es muy importante que ambas partes cuenten con la oportunidad de asegurar y presentar las pruebas periciales al juzgador, en el interés de adelantar su caso. Ello a pesar de que, como comenta Quintero (2013), “la carga de la prueba en un juicio criminal corresponde al gobierno y a la defensa le basta con probar que la evidencia introducida por la fiscalía no es suficiente para sustentar una declaración de culpabilidad” (p. 39), pero esto es un supuesto ante una actitud cómodamente pasiva de un caso específico, puesto que la defensa tiene allí la opción de contrato pericial para las pruebas que considera pertinentes.

La “teoría del pleito”, como se denomina al principio de autonomía de las partes ha sido largamente elogiado en los Estados Unidos, aunque también ha sido criticado. Los detractores argumentan que este principio proporciona a las partes un poder sin paralelo para seleccionar peritos pagados. Este aspecto facilita el que los juicios se conviertan en batallas de peritos, a la vez que oculte una característica derivada que es la existencia de muchos sindicatos sin capacidad financiera suficiente para pagar peritos y presentarlos al juez. Dado que cada parte puede presentar testigos expertos, a los que preparan y se les paga, Taruffo (2008), de manera escueta ha comentado que ello genera “la figura del perito o testigo como un pistolero a sueldo, dispuesto a servir a la parte que lo convoca” (p. 90).

Durante el año 2000 se modificó en Estados Unidos la regla 702 de las Federal Rules of Evidence, como comenta Aguirrezabal (2011), estableciendo estándares para la admisibilidad de las pruebas científicas, entre las que destaca el control sobre la fiabilidad del método utilizado por el perito, lo cual contempla desde la forma en que la parte interesada paga sus honorarios, hasta la revisión de evidencias presentadas que entren en la definición de ciencia novel. La jurisprudencia norteamericana

sobre el contenido y alcance del peritaje o declaración de un testigo experto, y frente a la función del juez, ha tenido un particular desarrollo que le permitió identificar principios de la prueba pericial, que facilitan su labor. Estos principios se derivan de las decisiones en los casos fallados por la Corte Suprema de Justicia Daubert, Joiner, y Kumho Tire, que revisaron el criterio estricto de no admitir pruebas noveles consagrado en el fallo Frye.

Las pruebas no aceptadas por la comunidad científica no resultaban evidencia, pero en 1993, como recuerda Ramos (2013), se decidió revocar lo establecido en Frye en el año 2000 “pues nada en ellas establece que el concepto de admisión general sea un criterio de admisibilidad y el conocimiento debe ser científico, esto es, debe sustentarse en un método científico, más que en una creencia subjetiva y que debe ayudar al juzgador, con el objeto de establecer un estándar a la admisibilidad de la prueba pericial” (p. 21).

Ante dicho cambio de criterio jurisprudencial, se puntualizó los principios de la interpretación de la prueba pericial, según Ramos: “1. El testimonio del experto deber estar basado en suficientes hechos y datos. 2. El testimonio debe ser producto de principios y métodos confiables, y 3. El testigo debe aplicar los principios y métodos confiables a los hechos del caso” (p. 22). En Daubert, la corte estableció como criterios orientadores, como describe Ramírez (2006):

- a) que la opinión se base en teorías o técnicas que sean demostrables o lo hayan sido;
 - b) Que la teoría o técnica haya sido objeto de revisión por miembros de la comunidad científica o publicada;
 - c) Que sea conocido el margen de error y tenga normas de control el uso de la técnica;
 - d) Que la teoría o técnica haya sido aceptada por la comunidad científica (p. 78).
- De esta forma, se estableció que eran criterios orientadores y no únicos, permitiendo establecer otros criterios. Uno de

ellos el criterio de pertinencia, con base en el cual sólo pueden ser admitidas las pruebas periciales cuando se ajustaran a los hechos litigiosos.

Estos elementos de principio y criterio fueron reglas federales de evidencia de Estados Unidos. Cabe anotar finalmente que, en términos cuantitativos, la gran parte de los juicios en Estados Unidos no resultan en jurado, calcula Madrigal (2011), pues “solo el 10% de las condenas son resultado de juicios, el 90% son obtenidos sin juicios porque los inculpados se declaran culpables con antelación a su realización” (pp. 27-28). Ello, de manera llana, habría de significar que la incidencia de la dilatación de causa por motivos debidos a la malversación de informes periciales de todo orden afectaría solo una de cada diez causa iniciadas. En ello incide el hecho de que, como recuerda López (2011), el sistema de negociación anglosajón reduce penas o “imputa delitos de menor gravedad” (p. 68) ante la confesión del inculgado, allanando las etapas posteriores.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el trabajo pericial es predeterminado por las partes, pues según Celis (2011 a) “la investigación en el sistema norteamericano se lleva a cabo sin control judicial” (p. 43), lo que en el caso de sistemas de tipo latinoamericano, como el colombiano, se realizan judicialmente como parte de la etapa preliminar, dejando los elementos periciales que eventualmente se utilicen a libre criterio de las partes.

Conclusiones

Se concluye en primer lugar que la diferencia fundamental se centra en las distancias tecnológicas de los dos países para la aplicación de pruebas periciales de importancia probatoria..

En segundo término, hay un hecho representado en que el Sistema Penal Acusatorio en Colombia no concentra su atención en la etapa de investigación y, por tanto, en la experticia pericial.

Tercero, es de tener en cuenta que la carga de la prueba recae en Colombia sobre las partes acusatoria y defensora, como también lo es en Estados Unidos, pero en la práctica del uso conveniente de las figuras probatorias experticias son los elementos culturales y de tipo económico los que inciden en la práctica real del uso de los informes periciales para una mejor aplicación de la justicia en ambos ordenamientos penales.

De otro lado, La defensa puede no contar con los suficientes recursos económicos para asumir costos de la pericia a niveles técnico, tecnológico y científico, en ambos países. Esto a pesar que se ha desechado la idea inicial de asumir los informes periciales que se atuvieran solo al conocimiento científico tradicionalmente aceptado. Esta idea ya dominante se acoge bien al hecho de que, en ambos ordenamientos penales, el resultado del trabajo pericial no resulta en una prueba definitiva sino en un dictamen que hace parte de los elementos que sirven de criterio, sean acogidos o no, para una decisión en la etapa final del proceso penal.

El SPA como régimen procesal de tendencia holística es más posible en la legislación colombiana que en la estadounidense ya que las reglas trasplantadas de la jurisprudencia y normatividad de esta última se han fundido con reglas de la tradición colombiana. El híbrido resultante es que a la tradición de valorar racionalmente la prueba y de la obligación de motivación de la decisión se unen los parámetros de admisibilidad de la fiabilidad de la prueba pericial y los interrogatorios en la práctica probatoria.

Finalmente sobre los criterios de valoración debe tenerse presente que, en última instancia, están referidos a la sana crítica o las máximas de experiencia y se entienden mejor como signos de lo fiable o infundado que puede resultar un dictamen en un caso en concreto.

Referencias bibliográficas

- Acto Legislativo 3 (diciembre 2002) Por el cual se reforma la Constitución Nacional.
- Aguirrezabal, M. (2011) La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, no.2 Santiago ago, pp. 371-378
- Bedoya, Luis F. (2008) La prueba en el Proceso Penal Colombiano. Fiscalía General de la Nación Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. Documento pdf. 274p. Recuperado de: <http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/01/LaPruebaenelProcesoPenalColombiano.pdf>
- Bonilla, Daniel (2009). *Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos*. Primera edición, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.
- Campos, R. et . al. (2011) *Análisis Comparativo de los Sistemas Procesales Penales de Estados Unidos, Chile, Colombia y México*. Conatrib, México.
- Carazo Johanning, A. (2017). *El sistema acusatorio penal desde una perspectiva comparada*. Miami (Florida): Universidad Internacional de la Florida.
- Celis, M. (2011a) El por qué mirar al modelo de enjuiciamiento penal norteamericano para mejorar el modelo mexicano. En: Campos, R. et . al. (2011) *Análisis Comparativo de los Sistemas Procesales Penales de Estados Unidos, Chile, Colombia y México*. Conatrib, México, pp. 40-53
- Celis, M. (2011b) El sistema acusatorio colombiano: un esfuerzo valiente. En: Campos, R. et . al. (2011) *Análisis Comparativo de los Sistemas Procesales Penales de Estados Unidos, Chile, Colombia y México*. Conatrib, México, pp. 109-118
- Climent Duran, C. (1999) *La Prueba Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch

Corte Constitucional. Sentencia C-396 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: mayo 23, 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-124 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: marzo 1 de 2000).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 25007, (M.P. Alfredo Gómez Quintero: septiembre 13, 2006).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 25920, (M.P. Javier Zapata Ortiz: febrero 21, 2007)

De Vergottini, Giuseppe (2011). Balance y perspectivas del derecho constitucional comparado, Comparación interna y externa. pp. 1373-1399

Granados, J. (2005) La prueba pericial y la prueba novel en el marco del nuevo proceso penal en Colombia. Revista N° 11 Abr. Jun. Recuperado de:

http://legal.legis.com.co/document?obra=rpenal&document=rpenal_7680752a8054404ce0430a010151404c

Ley 600 (julio 24, 2000) Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Ley 906 (agosto 8, 2004) Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Ley 1142 (Junio 28, 2007) Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.

Ley 1395 (Julio 12, 2010) Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.

Ley 1564 (Julio 12, 2012) Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

López, A. (2011) Sistema penal oral y adversarial con derecho al jurado de los Estados Unidos de Norteamérica. En: Campos, R. et . al. (2011) Análisis Comparativo de los Sistemas

- Procesales Penales de Estados Unidos, Chile, Colombia y México. Conatrib, México, pp. 57-69.
- Madrigal, C. (2011) Similitudes y diferencias: pros y contras de los Sistemas legales México-Estados Unidos, pp. 9-30. En: Campos, R. et . al. (2011) Análisis Comparativo de los Sistemas Procesales Penales de Estados Unidos, Chile, Colombia y México. Conatrib, México.
- Madrigal C. y Campos, R. (2011) El sistema penal acusatorio en Colombia. En: Campos, R. et . al. (2011) Análisis Comparativo de los Sistemas Procesales Penales de Estados Unidos, Chile, Colombia y México. Conatrib, México, pp. 93-105
- Miller, Jonathan (2004). Una tipología de los trasplantes legales, utilizando la sociología, la historia del derecho y ejemplos argentinos para explicar el proceso de trasplante. American Journal Comparative Law. Traducción de Lucas Emiliano Barreiros y Luciana Teresa Ricart.
- Quintero, C. (2013) La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia. Estudio comparado desde una perspectiva de Cultura Jurídica.
- Ramírez, Fernando (2006) Postulados del sistema penal de Estados Unidos y prueba pericial comparada. Revista Derecho Penal N°. 16, jul.-sep. Recuperado de:
http://legal.legis.com.co/document?obra=rpenal&document=rpenal_7680752a806b404ce0430a010151404c
- Ramos Pavlov, F- (2013) Regulación, admisibilidad y valoración de la prueba pericial penal en el derecho nacional. Proyecto de actividad formativa equivalente a tesis Magister en Derecho, Mención en Derecho Penal, Santiago de Chile. Recuperado de:
http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116532/de-ramos_b.pdf?sequence=1

- Rubio, V. (2012) Introducción al Sistema Legal Estadounidense. Universidad Autónoma de Baja California. Recuperado de: <http://tareasisistemapenalestadounidense.blogspot.com.co/>
- Ruiz, Luis Bernardo. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS - UPB ISSN: 0120-3886 / ISSN: 2390-0016 (En línea) / Vol. 45 / No. 123 / PP. 481 - 511 julio - diciembre 2015 / Medellín, Colombia. <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v45n123.a07>
- Somma, Alessandro (2011). Trasplante jurídico ordoliberal: la fundación Konrad Adenauer en América Latina, con particular atención al ordenamiento jurídico peruano. Università degli Studi di Ferrara, 2007-2010
- Taruffo, M. (2008) La prueba. Marcial Pons, Madrid, 324 pp. Recuperado de: <https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf>
- Twining, William (2005). Diffusion of law: a global perspective. The Tillburg Warwick Lectures, 2000; pp. 22-27; Generalizing about law: the case of legal transplants, HILJ Lecture IV, 2006, pp. 507-515; y, Social Science and diffusion of law. Journal of law and sociology, 2005, pp. 203-204